QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Una giustizia
(im)prevedibile?

Il dovere
della comunicazione

2018

4

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore
Renato Rordorf

Comitato di redazione
Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Amone, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico
Perfecto Andrès Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione
Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

IV trimestre 2018 - chiuso in redazione in gennaio 2019

Sommario

Editoriale
di *Renato Rordorf* Pag. 4

Obiettivo1. Una giustizia (im)prevedibile?

Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?
di *Andrea Natale* " 7

Storicità *versus* prevedibilità: sui caratteri di un diritto *pos-moderno*
di *Paolo Grossi* " 17

Giurisdizione per principi e certezza del diritto
di *Enrico Scoditti* " 24

Il giudice e il precedente
di *Pietro Curzio* " 37

Clausole generali e prevedibilità delle norme penali
di *Donato Castronuovo* " 45

«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)
di *Ombretta Di Giovine* " 55

«Ragionevoli prevedibilità» e giurisprudenza della Corte Edu
di *Carlo Sotis* " 68

Fattispecie o *case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza
di *Massimo Donini* " 79

Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo
di *Maria Giuliana Civinini* " 102

***Overruling* e prevedibilità della decisione**
di *Martina Condorelli* e *Luca Pressacco* " 112

Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile
di *Alberto Giusti* " 126

Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale
di *Giorgio Fidelbo* " 137

Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale
di *Enzo Vincenti* " 147

Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi
di *Claudio Castelli* e *Daniela Piana* " 153

La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale
di *Claudio Costanzi* " 166

Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?
di *Clementina Barbaro* " 189

Ti faresti giudicare da un algoritmo? Intervista ad Antoine Garapon
a cura di *Emanuela Fronza* e *Corrado Caruso* " 196

Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?
di *Simone Gaboriau* " 200

Obiettivo 2. Il dovere della comunicazione

Introduzione:

- **Il Dovere di comunicare dei magistrati: la sfida per recuperare fiducia nella giustizia**
  di *Donatella Stasio* " 213
- **Un percorso che deve coinvolgere l'agire quotidiano dei magistrati per costituire una effettiva svolta culturale**
  di *Vincenza (Ezia) Maccora* " 218

Condividere un linguaggio, aprire una finestra
di *Vittorio Lingiardi* " 227

Recuperare la fiducia e non rincorrere il consenso
di *Franco Ippolito* " 231

Farsi capire da Adam Henry e da tutti gli altri
di *Elisabetta Cesqui* " 236

Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare
di *Nello Rossi* " 245

Il Giurista e la comunicazione
di *Patrizia Giunti* ” 255

Il ruolo della formazione nella comunicazione dell'informazione giudiziaria: un investimento necessario
di *Nicoletta Giorgi* ” 258

Comunicazione della Procura della Repubblica: una garanzia anche per l'imputato
di *Giuseppe Pignatone* ” 262

Comunicare: un compito inutile?
di *Giancarlo De Cataldo* ” 270

Comunicare il processo
di *Francesco Petrelli* ” 275

Uno sguardo oltre confine. Principi ed esperienze della comunicazione giudiziaria in Europa
di *Mariarosaria Guglielmi* ” 278

La magistratura e i media in Romania
di *Daniela Lecca* ” 283

Giovani toghe: «Fuori dalla torre, con più comunicazione»
di *Raffaella Calandra* ” 289

Comunicazione della giustizia sulla giustizia. *Come non si comunica*
di *Armando Spataro* ” 294

L'esperienza di un giudice che ha "spiegato" il dispositivo di sentenza
di *Beniamino Deidda* ” 302

Le «linee guida 2018 del Consiglio superiore della magistratura»
Due voci:

«Non per dovere ma per interesse (dei cittadini): i magistrati e la paura di spiegarsi»
di *Luigi Ferrarella* ” 310

Un punto di arrivo o un punto di partenza?
di *Edmondo Bruti Liberati* ” 318

Epilogo

Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione
di *Elvio Fassone* ” 323

Gli autori ” 329

Editoriale

Già più di trenta anni fa, nella prefazione ad un suo libro intitolato *Riti e sapienza del diritto* (edito da Laterza nel 1985), Franco Cordero, con la sua prosa immaginifica, si spingeva a paragonare il diritto al Minotauro, il mostruoso figlio di Minosse e Pasifae che abita nel labirinto: un luogo dove «*vigono testi individuati da un canone, e dei sapienti li frugano pescando mille contenuti talvolta imprevedibili*». Una visione angosciosa – la si potrebbe dire kafkiana – perché nel labirinto non ci si raccapezza, non si riesce a prevedere dove conduce il percorso che si è intrapreso ed è arduo trovare una via d'uscita. In una prospettiva di tal fatta l'esercizio della giurisdizione inevitabilmente assume i caratteri di un'arte sapienziale, vagamente esoterica, un «*monopolio delle cabale*» – dice ancora Cordero – in cui «*contano solo le parole uscite di bocca a gente segnata*». Una giustizia imprevedibile, dunque, perché sfugge ad ogni controllo razionale, ed al tempo stesso indecifrabile dai più.

Eppure è tradizionale anche la raffigurazione della giustizia che regge in mano una bilancia, di cui tiene i piatti in equilibrio, quindi che soppesa e perciò stesso misura. Ma la misura è numero, esprime capacità di calcolo e richiede parametri conoscibili, che dunque dovrebbe essere possibile prevedere ed, almeno entro certi limiti, controllare in base a criteri logici comprensibili: non foss'altro per evitare che la bilancia sia truccata o per accorgersi se lo è.

Anche nell'immaginario collettivo diritto e giustizia sembrano talvolta oscillare tra questi due poli simbolici: il labirinto e la bilancia, l'indecifrabilità e la misurabilità, lo smarrimento e l'analisi critica. Ed è appunto lungo questo asse che si sviluppano le considerazioni ospitate nei due obiettivi di cui consta l'attuale numero trimestrale di *Questione giustizia*: per aiutare a riflettere sull'interrogativo se la prevedibilità del diritto, nel suo farsi quotidiano, sia una legittima aspirazione, o invece un mito o magari solo una figura retorica o, più semplicemente, un'utopia; e se il modo in cui il diritto concretamente viene attuato ed i criteri (più o meno prevedibili *ex ante*) che presiedono alla sua concreta attuazione risultino poi comprensibili dalla comunità del cui sentire quel medesimo diritto dovrebbe essere espressione, o se invece vi sia una frattura comunicativa tra chi "dice il diritto", cioè è chiamato ad esercitare la giurisdizione (la *gente segnata* di cui parla Cordero), e coloro per i quali il diritto viene detto o, più in generale, l'opinione pubblica.

V'è un'evidente linea di continuità tra questa riflessione e le considerazioni già a suo tempo svolte in altri precedenti numeri della *Rivista*: mi riferisco in particolare al tema del rapporto tra il giudice e la legge, che trattammo due anni orsono in un apposito numero monografico (il numero 4 del 2016[1]), ed a quello della nomofilachia, sul quale si soffermò l'obiettivo che ebbe ad oggetto la Corte di cassazione (ospitato nel numero 3 del 2017[2]). E ci sembra importante continuare a discutere su quello che appare davvero come uno dei principali nodi problematici della nostra società democratica, perché in ultima analisi si tratta di cercar di capire bene cosa davvero significhi che la sovranità, di cui la giurisdizione è espressione, appartiene al popolo, quale valore abbia la formula secondo cui le sentenze sono pronunciate dai giudici in nome del popolo italiano ed attraverso quali tecniche e quali strumenti il concreto esercizio della giurisdizione possa inserirsi nel tessuto sociale, non già in forma di comando imperioso e magari capriccioso o di oracolo imperscrutabile, ma quale espressione di un sentimento di giustizia comunemente avvertito. È importante anche e soprattutto in una fase storica delicata, quale quella che stiamo attraversando, nella quale si avverte (non solo in Italia) il montare di una diffusa insoddisfazione per l'esercizio di ogni funzione sociale che, per la specificità delle conoscenze in essa implicate e per la conseguente necessità di affidarla ad un corpo di soggetti a

1. V. www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4
2. V. www.questionegiustizia.it/rivista/2017-3

ciò specificamente qualificati, sovente suscita sospetto e rischia di esser vista come espressione elitaria di un privilegio di casta. E perciò su questo tema, solo apparentemente teorico ma gravido invece di moltissime conseguenze pratiche, ci ripromettiamo di soffermarci ancora in un prossimo numero monografico che, muovendo da riflessioni già sviluppate anche nelle pubblicazioni quotidiane della Rivista *online*, tratterà appunto di populismo e diritto.

* * *

Mi pare difficile negare che, almeno in via di principio, la nozione di prevedibilità, riferita all'esercizio della giurisdizione, pur potendo essere declinata in vario modo (gli scritti che seguono ne danno ampia testimonianza), esprima comunque un valore tendenzialmente positivo. Per rendersene conto è sufficiente confrontarla con il suo opposto: pochi se la sentirebbero davvero di auspicare una giustizia dagli esiti del tutto imprevedibili, esercitata in chiave assolutamente soggettiva ed al di fuori di ogni parametro razionale di cui le parti possano preventivamente tener conto e di cui il giudice possa poi, a propria volta, dare conto. La celebre immagine del giudice Bridoye, ideato dalla meravigliosa fantasia di Rabelais, il quale, non senza aver prima rigorosamente rispettato tutti i canoni del procedimento in contraddittorio, si ritira in Camera di consiglio e decide la causa tirando i dadi può far sorridere e persino suscitare simpatia, ma non so quanti se la sentirebbero di portarla ad esempio di buon esercizio della giurisdizione. Ed, in giorni più vicini ai nostri, i sistemi di *lottery as a legal decision-making device* non hanno davvero mai raccolto molte adesioni nemmeno nel mondo giuridico anglosassone, dove pure sono stati seriamente prospettati metodi di decisione a sorte delle cause sottolineandone i vantaggi in termini di rapidità e di sicura imparzialità (ne parla diffusamente Neil Duxbury, *Random Justice*, Oxford University Press, 2002).

Come ignorare, d'altronde, che il diritto si rispecchia e si forgia nelle decisioni dei giudici, e che dunque se queste fossero erratiche ed imprevedibili (o affatto casuali) la comprensibilità stessa delle regole dell'agire giuridico ne risulterebbe inevitabilmente compromessa? E come non tener conto del fatto che, soprattutto (ma non solo) in campo penale, ogni attuazione del diritto che presupponga l'accertamento di una colpa e comporti l'applicazione di una sanzione dovrebbe logicamente postulare la possibilità per l'agente di conoscere la norma violata e quindi di prevedere le conseguenze della sua violazione? E che dire poi del nesso evidente tra prevedibilità ed applicazione uniforme della *regula iuris*, che chiama immediatamente in causa il principio costituzionale di eguaglianza di fronte alla legge?

Ma, se la prevedibilità degli esiti giurisdizionali è dunque un obiettivo meritevole di essere perseguito, occorre d'altro canto evitare il rischio di farne un feticcio, o comunque di declinarla in termini così rigidi e meccanici da trasformarla in una camicia di forza, che mai comunque riuscirebbe davvero ad imporsi alla multiforme varietà delle dinamiche sociali. In anni nei quali l'analisi economica del diritto ha fortemente influenzato il mondo giuridico e le logiche di mercato hanno assunto quasi ovunque un carattere dominante la prevedibilità delle decisioni giudiziarie è stata sovente invocata come strumento necessario per la sicurezza dei traffici e per lo sviluppo dell'economia, sino ad essere indicata da più parti come uno dei fattori decisivi per la concorrenzialità del cd. sistema-paese. Naturalmente c'è del vero nel sostenere che un sistema giudiziario non in grado di garantire un minimo di prevedibilità delle proprie decisioni può scoraggiare gli imprenditori, i quali ambiscono ad avere regole certe e di sicura applicazione per poter calcolare adeguatamente il rischio inerente all'attività d'impesa e commisurarvi i costi. Tuttavia occorre guardarsi dal concepire il diritto nei termini di un modello econometrico, perché la sua funzione non si esaurisce di certo nella sola regolazione giuridica dei fenomeni economici (che, del resto, come hanno da tempo evidenziato gli studi di psicologia cognitiva, sono largamente influenzati anche da un'ampia gamma di fattori irrazionali, i quali per loro stessa natura risultano difficilmente calcolabili), ma involve criteri etici e di giustizia sociale non suscettibili di quel genere di misurazione. L'estrema variabilità del fattore umano, di cui anche le vicende giuridiche sono intessute, induce inevitabilmente un certo tasso d'imprevedibilità in qualunque decisione voglia essere attenta – e per quanto possibile dovrebbe sempre sforzarsi di esserlo – alla specificità di ogni singolo accadimento ed all'infungibile individualità delle persone che lo hanno animato. Né gli eventi umani né le persone possono mai davvero essere ridotti solo a numeri e misurati secondo la logica dei numeri.

È sacrosanto, quindi, cercare di ricondurre il più possibile le decisioni giurisdizionali a criteri razionali che ne consentano la tendenziale prevedibilità, ma a patto di riconoscere che si tratta pur sempre di una prevedibilità tendenziale, e perciò relativa, destinata eventualmente a recedere di fronte alla necessità di adeguare il giudizio alle peculiarità di ciascun singolo fatto. Ed occorre perciò saper accettare, anche in quest'ambito, quel certo inevitabile tasso d'imprevedibilità, che è insito in qualunque aspetto della vita umana al quale è puerile volersi ribellare, rinunciando a quella esasperata quanto vana ricerca di certezza ad ogni costo da cui traspare il crescente sentimento d'insicurezza che sembra attanagliare l'uomo contemporaneo.

Per evidenti ragioni generazionali chi, come me, è nato e si è formato prima che esplodesse la rivo-

luzione digitale guarda con disagio e timore alla prospettiva di una giustizia abitata da algoritmi: sia quelli predittivi, che dovrebbero influenzare la decisione del giudice in base al calcolo di serie storiche pregresse, sia soprattutto quelli decisori, che dovrebbero financo direttamente determinare la decisione della causa. Ammetto di saperne troppo poco per azzardare giudizi, ma confesso che la giustizia robotica mi spaventa, benché mi renda conto che il modo di essere della giurisdizione non può restare immobile mentre tutto il mondo intorno si muove in una certa direzione. Bisogna certo imparare a servirsi di ogni moderno strumento anche nel campo della giustizia, ma continua a tornarmi in mente il monito di Siri Hustvedt (*Le illusioni della certezza*, Einaudi 2016, p. 167) secondo cui non è possibile "*ragionare bene in assenza di emozioni*", ed è difficile tanto programmare un computer capace di comprendere gli stati emotivi o di provare emozioni quanto giudicare di vicende umane senza poterne comprendere anche gli aspetti emotivi. Né posso fare a meno di avvertire una certa quale inquietudine quando m'interrogo sul modo in cui gli eventuali algoritmi dovrebbero essere elaborati, sull'individuazione dei soggetti legittimati a farlo e su come sia possibile controllarne la plausibilità nei termini in cui oggi si può ancora pretendere di vagliare invece la ragionevolezza della motivazione di un qualsiasi provvedimento giurisdizionale.

* * *

La questione cui da ultimo ho fatto cenno, quella del controllo sul modo in cui la giurisdizione è esercitata, conduce immediatamente al secondo tema del quale questo numero della Rivista si occupa: il tema della comunicazione.

Non si può intendere il significato della giustizia al di fuori di un mondo di relazioni, che per ciò stesso postula la comunicazione. A questa elementare constatazione non si sottrae l'esercizio della giurisdizione, che può svolgere appieno il suo ruolo solo se riesce a far comprendere le ragioni che ispirano le sue decisioni, le quali altrimenti risulteranno e saranno inevitabilmente percepite come espressione di un potere imperioso, magari efficace, ma arbitrario. La giurisdizione, certo, è espressione di sovranità ed il suo concreto esercizio non può prescindere, almeno in parte, dall'opera di un corpo di funzionari cui è demandato il potere di decidere, ma ciò si accorda con i principi di uno Stato democratico solo a condizione che quel potere sia esercitato in modo trasparente: che sia cioè in grado di far conoscere alle parti ed all'intero corpo sociale i criteri che ispirano le sue decisioni. L'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali ha per l'appunto tale significato, ma è evidente che per assolvere la sua funzione comunicativa la motivazione dev'esser chiara e comprensibile non soltanto nella ristretta cerchia dei giuristi ma anche per tutti coloro che, a cominciare dalle stesse parti in causa, pur non essendo dottori in legge sono interessati a comprendere le ragioni della decisione. Il che evoca il delicato, ma assai antico tema del linguaggio dei giuristi, di quanto esso possa essere tecnico senza divenire per ciò stesso esoterico.

Non di questo solo, però, si tratta. Il funzionamento della giurisdizione, ovviamente, non interessa soltanto le parti coinvolte in ciascuna singola causa, bensì la collettività nel suo insieme, e questo pone – con tanta maggiore urgenza in società quali le nostre, che amano definirsi "società dell'informazione" ed in cui effettivamente i mezzi d'informazione e di comunicazione si sono enormemente sviluppati – l'urgente problema di come la giustizia (o meglio: la giurisdizione) si manifesta e viene percepita nella pubblica agorà. Tema delicatissimo perché vi si innestano esigenze diverse, ma solo apparentemente contrapposte: da un lato quella, cui già s'è fatto cenno e che si radica profondamente nei principi democratici, di dar conto di come un potere – in questo caso il potere giurisdizionale – viene effettivamente esercitato; dall'altro lato quella di evitare che, sull'onda dell'emozione inevitabilmente provocata da vicende che colpiscono l'opinione pubblica, si generino spinte demagogiche capaci di condizionare impropriamente il convincimento di chi deve giudicare o, peggio, di sollecitare nel giudice o nell'inquirente forme non commendevoli di protagonismo che mal si conciliano col corretto esercizio della giurisdizione. Mi sembra però evidente che, per ovviare a questi ultimi inconvenienti, non si può più oggi indulgere a forme di chiusura verso l'esterno caratteristiche di un modo di porsi del giudice verso la società assai diffuso in tempi passati ma ormai assolutamente impensabile: giacché, per comprendere le esigenze sociali alle quali è chiamato a dare risposta, il giudice, lungi dal restare chiuso nella sua mitica torre d'avorio, deve calarsi nel vivo della società e dialogare comunicando con essa. Sono i modi della comunicazione a dover essere ben calibrati, ma una comunicazione trasparente e corretta, oltre alle esigenze democratiche di cui già s'è detto, è indispensabile al buon esercizio della stessa funzione giurisdizionale che, per assolvere bene il proprio compito deve poter riscuotere la fiducia dei cittadini e deve perciò riuscire a farsi comprendere da loro.

L'augurio è che le molte suggestioni contenute a tal riguardo nelle pagine di questa *Rivista* – proprio perciò aperte non soltanto a giuristi – aiutino a trovare i giusti registri comunicativi ed a favorire lo sviluppo di un positivo dialogo tra chi amministra la giustizia e coloro in nome del quale essa è amministrata.

Renato Rordorf

Gennaio 2019

Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile

di *Andrea Natale*

> *ordinamento* (s.m.) «– 1. L'*atto* di ordinare; operazione, o complesso di operazioni, di attività, di interventi, mediante cui si dà ordine, cioè regolare disposizione, assetto, funzionamento a qualche cosa (...). 2. L'*effetto* dell'ordinare; il modo con cui un ente o un complesso di enti o di elementi è ordinato, cioè collocato, disposto, oppure organizzato e regolato nel suo funzionamento (...). 3. Complesso di norme che ordinano e disciplinano una determinata istituzione o attività: ordinamento giuridico (...). 4. Istituzione, in quanto ha una sua organizzazione stabile e ben definita; anche in questa accezione, soprattutto nell'espressione ordine giuridico, che comprende in sé ogni forma di organizzazione sociale (...)»[1].

1. Il sistema delle fonti è esploso, la qualità delle leggi pessima, le decisioni giudiziarie *imprevedibili*, il diritto *incalcolabile*. I consociati, gli attori economici sono costantemente spiazzati e non in grado di orientare i propri comportamenti. I giudici, viceversa, *governano* individui, società ed economia con le loro decisioni incontrollabili, senza averne la legittimazione e in violazione del principio di separazione dei poteri.

Sempre più esplicitamente, si mette in discussione la capacità *ordinante* del diritto e il fatto che esso possa essere uno strumento che – formalizzando *regole di condotta* – sia capace di indicare ai consociati il perimetro dei loro *diritti* e quello dei loro *doveri*.

In questo contesto, ci è parso necessario riflettere su uno dei temi di questi tempi: la prevedibilità del diritto. I contributi che compongono l'obiettivo che pubblichiamo in questo fascicolo si saldano idealmente con altre riflessioni da tempo già avviate da questa rivista; si allude – tra le altre – al numero monografico che *Questione giustizia* ha dedicato a *Il giudice e la legge*[2] e all'obiettivo in cui ci si è interrogati su un tema: *a cosa serve la Corte di cassazione*?[3].

La complessità delle questioni consente di tracciare in questa *introduzione* poco più che una mappa dei contenuti che il lettore troverà nei contributi qui pubblicati.

2. Il fascicolo è inaugurato dalla preziosa riflessione di Paolo Grossi che – in una prospettiva storica – offre una chiave di lettura al declino della *prevedibilità* del diritto. Senza nostalgie da parte di Grossi, peraltro: ché il diritto *prevedibile* è figlio dell'illuminismo francese e dell'età della codificazione; «questo interessava assai all'imperante assolutismo giuridico, perché certezza e chiarezza rendevano inammissibile l'ignoranza e ineludibile l'obbedienza. Infatti, l'esercizio delle libertà economiche, vero perno portante di una civiltà borghese (...) esigeva la protezione efficace di uno Stato tanto forte da poter garantire la impietosa disuguaglianza fra ricchi e poveri»[4]. Evidenziandone l'evoluzione attraverso alcuni passaggi storici, Paolo Grossi segue il progressivo declino dell'assolutismo giuridico (*monismo giuridico*) e individua – tra altri – un passaggio *rivoluzionario* nell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che imprime nel tessuto costituzionale «una svolta pluralistica che mette definitivamente in crisi statalismo e legalismo, baluardi dell'assetto politico borghese», con una «coerente traduzione del *pluralismo* dal piano socio-politico a quello giuridico». Quello dei Costituenti – osserva però Grossi – non è un messaggio «anarcoide», né

1. *Ordinamento*, Treccani, Vocabolario on line.
2. *Questione giustizia* trimestrale, n. 4/2016, www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php.
3. *A cosa serve la Corte di cassazione? Questione giustizia* trimestrale, n. 3/2017, www.questionegiustizia.it/rivista/2017-3.php.
4. In *questo fascicolo*, cfr. P. Grossi, *Storicità* versus *prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno, § 3*.

«anti-legalistico»; il fatto è che la Carta «si guarda bene dal ridurre il diritto a un insieme di leggi, essendo – al contrario – sommamente chiaro il nesso diritto/società con un'impostazione apertamente pluralistica»[5].

La crisi della fattispecie, il diritto imprevedibile sono, dunque, lo specchio della «incapacità dello Stato a tener dietro al movimento/mutamento di straordinarie rapidità e intensità», in un quadro in cui la complessità sociale si fa *complessità* (e *ricchezza*) giuridica.

La riflessione di Grossi si chiude – aprendo però la via agli altri contributi qui pubblicati – rilevando che «a fronte di questo logorarsi della dimensione legislativa, il salvataggio si incarna nella interpretazione, ed è naturale che l'esperienza affidi ad essa un adeguamento efficace dell'ordine giuridico (...). Al di là della politica giudici, notai, avvocati e scienziati attenti alla dinamica socio-economica, precisamente perché in approccio continuo coi fatti di vita e di essi percettori, assumono anche da noi quel ruolo protagonistico che hanno sempre avuto in assetti giuridici pluralistici».

3. La prima parte del contributo di Enrico Scoditti si salda idealmente alla riflessione di Grossi. Anche Scoditti individua un passaggio significativo nella comparsa sulla scena giuridica di una fonte del diritto – la Costituzione – non concepita *come fattispecie*: «con la comparsa della Costituzione formulata per principi ed operante quale fonte del diritto, non v'è più un limite legalistico alla giustiziabilità delle pretese soggettive (...). (...) spetta quindi al giudice del caso concreto ricostruire la regola di giudizio, attingendo direttamente ai principi costituzionali e provvedendo al loro bilanciamento»[6]; ma è analogo – osserva Scoditti – il modo di procedere del giudice che debba decidere un *caso* ricorrendo a norme ordinarie formulate per *clausole generali*. Il contributo di Scoditti si sviluppa su due versanti; un primo versante di riflessione ha ad oggetto la stessa legittimità di simili approcci interpretativi; un secondo versante di riflessione, invece, si sofferma – nello scenario di *crisi della fattispecie* e di *giurisdizione* che argomenta muovendo da *principi* – sulle *tecniche* attraverso le quali garantire la prevedibilità e la certezza del diritto (perseguendo, per usare un'immagine particolarmente efficace proposta da Scoditti, una «*nomofilachia del concreto*»).

L'esigenza di garantire la coerenza e la prevedibilità del diritto – anche nella sua dimensione applicativa – non può in alcun modo essere trascurata (nemmeno nella prospettiva di chi condivide il giudizio sulla *crisi della fattispecie*).

L'articolo di Pietro Curzio delinea le coordinate indispensabili ad affrontare in modo consapevole il tema della *prevedibile applicazione del diritto* (che vive nelle decisioni dei giudici e nella stratificazione dei precedenti). Qui possono essere trattati solo pochi aspetti di quella riflessione: Curzio affronta in modo particolarmente lucido le simmetriche *ragioni del cambiamento* e *della stabilità*; quanto alle prime, ricorda come il cambiamento sia talora necessitato dal mutamento di contesto normativo o culturale e sociale o anche dalla spinta che deriva dalle osservazioni critiche provenienti dalla comunità degli interpreti; quanto alle *ragioni della stabilità*, Curzio rimarca che, anch'esse, sono ancorate a *principi* di rilievo costituzionale: la tutela dell'affidamento del consociato; la possibilità per ciascuno di orientare i propri comportamenti anche in relazione alle conseguenze che potrebbero derivarne; la possibilità di *prevedere* l'esito di un giudizio, che costituisce componente del diritto di difesa costituzionalmente garantito; la prevedibilità e la *stabilità* della giurisprudenza come fattore di garanzia di un eguale trattamento dei cittadini davanti alla legge; la prevedibilità e la stabilità del diritto come precondizione di un *giusto processo* di *durata ragionevole*[7].

4. Quello descritto dagli autori appena citati è un delicato equilibrio; una giurisprudenza cristallizzata, stabile, indifferente all'interlocuzione con la comunità degli interpreti, impermeabile all'evoluzione della società, dell'economia, dei costumi e via seguitando non conoscerebbe la tutela aquiliana del credito, il danno biologico, la tutela aquiliana dell'interesse legittimo e molto altro ancora (basti pensare alle nuove tecnologie e ai temi di carattare bio-etico che esse sollevano in campo di diritti della persona). In altri termini: «l'ordinamento deve lasciare spazio all'evoluzione della giurisprudenza». Tuttavia, «le ragioni per il cambiamento devono essere forti, consapevoli e convincenti. Devono essere in grado di prevalere sulle ragioni della stabilità, che sono a loro volta importanti e hanno implicazioni di ordine costituzionale»[8].

---

5. *Id.*, *Storicità* versus *prevedibilità*, cit., § 7.

6. In *questo fascicolo*, cfr. E. Scoditti, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, § 1.

7. In *questo fascicolo*, cfr. P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, §§ 6-8.

8. Id., *Il giudice e il precedente*, cit. § 6.

5. Ma si pone a questo punto un interrogativo. L'affascinante riflessione di Grossi sul declino del ruolo della legge, l'attribuzione alla comunità degli interpreti e, soprattutto, al giudice di un ruolo non puramente *passivo* nell'interpretazione/invenzione del diritto è riscontrabile anche nell'ambito del diritto penale? e, se così è, è *costituzionalmente tollerabile* – e fino a che punto – l'accresciuto rilievo del momento interpretativo?

La Costituzione repubblicana – in chiave garantista – pretende che le fattispecie di reato siano previste dalla legge, determinate e irretroattive; in particolare, «la riserva di legge, nell'accezione recepita dall'articolo 25, secondo comma, Cost. (...) demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale»[9]. Inoltre, l'articolo 27 della Costituzione pretende – al comma 1 – che la responsabilità penale sia sorretta da un coefficiente di colpevolezza ed esige – al comma 3 – che l'irrogazione di una sanzione penale sia giustificata dall'esigenza di *rieducare* il condannato.

Il logico corollario è che – per ritenere taluno *colpevole*, per ritenere necessaria la rieducazione e giustificata la pena – è necessario che egli sia stato messo in grado di *prevedere* la conseguenza delle sue azioni. E in tal senso sono talune affermazioni della celebre sentenza della Consulta n. 364 del 1988, che evidenziano che, in un ordinamento che voglia dirsi democratico, la legittimazione del diritto penale a punire qualcuno riposa non solo sul rango primario della fonte, ma anche sulla sua prevedibile applicazione ad un certo caso: «l›ordinamento democratico (...) è tale in quanto sappia porre i privati in grado di comprenderlo, senza comprimere la loro sfera giuridica con divieti non riconoscibili ed interventi sanzionatori non prevedibili»[10].

Sennonché, sebbene con un livello di fluidità forse inferiore a quello riscontrabile in ambito civile, anche nel settore penale si registrano vari elementi di crisi del principio di legalità: il contributo di Donato Castronuovo si sofferma su questi temi, ragionando sulla «crisi della fattispecie», indagando sulle cause esogene, ma soprattutto sulle cause «endogene» di tale fenomeno; Castronuovo individua nella penetrazione di clausole generali (tanto di matrice legislativa quanto di matrice giurisprudenziale) nel perimetro della fattispecie penale un decisivo fattore di crisi della legalità penale (e, conseguentemente, un fattore di crisi per la certezza/prevedibilità del diritto). Castronuovo ripercorre alcuni esempi paradigmatici e registra – come un dato di fatto – un atteggiamento *tollerante* della Corte costituzionale, allorché si trova a giudicare della legittimità costituzionale di precetti in cui si ricorre a *formule elastiche*; il che – rileva Castronuovo – suscita perplessità, ove si consideri «la quasi assenza (...) di declaratorie di illegittimità riguardanti le condizioni di qualità della norma e la sua capacità di *parlare* ai destinatari»[11]. Anche il successivo contributo di Ombretta Di Giovine ripercorre svariati esempi in cui l'interprete sembra aver travalicato il testo della legge o artatamente ricostruito i fatti storici in funzione di un certo risultato interpretativo, talora giungendo a vere e proprie distorsioni interpretative (con conseguente *deficit* di prevedibilità/certezza del diritto); Ombretta Di Giovine rileva che si tratta di un fenomeno pressoché connaturale all'attività interpretativa (per la "natura" dell'attività interpretativa, per la "natura" del suo oggetto, per i meccanismi di *funzionamento* della mente umana e per l'ineliminabile presenza di fattori culturali che influenzano l'interprete). Sennonché – osserva Di Giovine, con una conclusione che spiazza il "lettore classico" del diritto penale, il quale istintivamente fatica a condividerla – «non è raro che un approccio (moderatamente) antiformalistico conduca a conclusioni più garantiste di chi argomenta a favore del cieco rispetto della *littera legis*, posto che *la garanzia è negli occhi di chi legge il testo*, piuttosto che nel testo in sé»[12].

Sempre sul terreno della prevedibilità del diritto penale – e sempre sul terreno di un rafforzamento delle garanzie per i consociati – occorre richiamare il contributo di Carlo Sotis che, dopo aver ripercorso alcuni arresti giurisprudenziali della Corte Edu in materia penale e alcuni tratti della cd. *saga Taricco*, si sofferma sull'innalzamento del livello di garanzie che può derivare dall'interazione

9. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2012, *considerato in diritto*, punto n. 7. Per una particolare attenzione alla *qualità* della fonte delle norme penali, v. G. Leo, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, *Questione giustizia* trimestrale, 4/2016, pp. 161 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_13.pdf.

10. Corte costituzionale, sentenza n. 364 del 1988, *considerato in diritto*, punto n. 21.

11. In *questo fascicolo*, cfr. D. Castronuovo, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali* §§ 2-4.

12. In *questo fascicolo*, cfr. O. Di Giovine, *Salti mentali. Analogia e interpretazione nel diritto penale*, § 10. Al riguardo ci si permette di evidenziare che una simile affermazione – che implica un allentamento del principio di legalità – possa essere condivisa sul piano dei principi costituzionali solo ove l'approccio (moderatamente antiformalistico) si rivolga *in favor rei*.

tra diritto Ue, garanzie convenzionali (che hanno come fuoco di interesse la *prevedibilità* di conseguenze penali a fronte di un certo comportamento) e garanzie costituzionali (che impongono che il comportamento vietato sia tipizzato dal legislatore in modo determinato)[13].

La serie dei contributi "penalistici" si chiude con il saggio di Massimo Donini. Si tratta di una riflessione importante, che non può essere qui riassunta. In questa introduzione ci si può solo limitare ad evidenziare che l'autore offre al lettore una serie di strumenti metodologici utili a disvelare i casi in cui il ruolo dell'interprete rischia di farsi – o si è concretamente fatto – preponderante rispetto alla lettera della legge, con esiti che pongono in discussione la stessa tenuta del principio di legalità. Non ogni lettore concorderà con tutti gli esempi e con tutte le riflessioni proposte da Donini, ma, certo, con esse dovrà confrontarsi.

Ma – al di là dei singoli esempi proposti nel contributo – ciò che è qui opportuno rimarcare è un altro aspetto sul quale si sofferma Donini: l'ermeneutica penale può essere considerata un'operazione *legittima* se l'interprete si muove nel rispetto di un preciso quadro di *garanzie dovute ai consociati* (garanzie di conoscenza/conoscibilità della *legge*, del *diritto* e della *qualificazione giuridica*) che derivano dall'interazione tra la Carta costituzionale (articoli 25 e 27 Cost.) e alcune fonti sovranazionali (in particolare l'articolo 7 Conv. Edu)[14] e se l'interprete agisce nel rispetto di alcune regole deontologiche che necessariamente debbono guidare l'attività interpretativa[15].

6. Il rilievo che assumono nell'ordinamento le garanzie convenzionali (di cui i contributi di Sotis e Donini sono testimonianza) ha poi imposto una riflessione sulla "prevedibilità" delle decisioni della Corte Edu.

Il sistema di garanzie convenzionali si fonda – oltre che sul testo della Convenzione e dei suoi protocolli addizionali – sulla stratificazione di decisioni giurisprudenziali della Corte di Strasburgo. La giurisprudenza della Corte Edu – già a partire dal Caso Irlanda-Regno Unito (causa n. 5310/71), sentenza del 18 gennaio 1971, in un caso in cui il governo del Regno Unito lamentava il fatto che dalla decisione della Corte non sarebbero comunque discesi effetti concreti – aveva osservato che «le decisioni della Corte non servono solo a risolvere il caso per cui essa è interpellata, ma, più in generale, a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione e a contribuire alla sorte del rispetto –da parte degli Stati – degli obblighi che essi hanno assunto nella loro qualità di Alte Parti contraenti»[16].

Il che pone la questione della *stabilità* della giurisprudenza e della *prevedibilità* delle decisioni della Corte Edu. Quest'ultima si preoccupa di assicurare che, nel "costruire" la sua giurisprudenza, essa garantirà una certa stabilità giurisprudenziale; in altre parole: «la Corte non è vincolata dalle sue precedenti decisioni (...) Tuttavia, la Corte, di regola, osserva ed applica i propri precedenti, essendo ciò nell'interesse della certezza del diritto e dell'ordinato sviluppo della sua giurisprudenza (in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention caselaw). Nondimeno, ciò non impedisce alla Corte di discostarsi da proprie precedenti decisioni se la Corte ritiene che vi siano "cogenti ragioni" per determinarsi a ciò. (...) ciò per garantire che l'interpretazione della Convenzione rifletta i cambiamenti sociali e resti in linea con le condizioni attuali»[17].

Il contributo di Maria Giuliana Civinini ragiona proprio sul "valore" che la Corte Edu attribuisce ai propri precedenti e sulle tecniche utilizzate per assicurare la certezza del diritto e per *riconoscere* la propria giurisprudenza consolidata (in chiave di prevedibilità delle proprie decisioni); al tempo stesso, il contributo di Civinini permette però di individuare quali siano – nel concreto formarsi della giurisprudenza di Strasburgo – i fattori di dinamismo e di evoluzione e le ricadute che quella giurisprudenza può avere negli ordinamenti statuali[18].

7. Una volta delineato il quadro di fondo, occorre a questo punto ragionare di come *in concreto*

13. In *questo fascicolo*, cfr. C. Sotis, *Ragionevoli prevedibilità e giurisprudenza della Corte Edu*, § 4.2.

14. In *questo fascicolo* , cfr. M. Donini, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, § 17.

15. Cfr. M. Donini, *Fattispecie o case law?, cit.*, § 18.

16. Cfr. Corte Edu, Caso Irlanda-Regno Unito (causa n. 5310/71), sentenza del 18 gennaio 1971, punto 154 della decisione; traduzione di chi scrive.

17. In tal senso, Corte Edu, caso Cossey c. Regno Unito, ric. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, paragrafo 35 (traduzione di chi scrive).

18. In *questo fascicolo*, cfr. M.G. Civinini, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

la legge positiva e l'interpretazione che ne danno gli interpreti assicurino il contemperamento – per parafrasare Curzio – delle «ragioni del cambiamento» con le «ragioni della stabilità». Il tutto in un contesto che – oramai è chiaro – attribuisce un rilievo sempre più decisivo al cd. *formante giurisprudenziale*: osserva Scoditti che «bisogna liberarsi dalla mistica della scoperta giurisdizionale del diritto. Quando il giudice bilancia i principi costituzionali in relazione alle circostanze del caso non rinviene un diritto preesistente, che si rispecchi nella sua decisione, ma costruisce la disciplina relativa alla singola controversia»[19]; e ciò vale non solo per il civilista: rileva provocatoriamente Donini che anche «il penalista sa bene oggi che solo i commentari dicono la verità»[20].

Ecco allora il rilievo degli altri contributi pubblicati in questo fascicolo. Martina Condorelli e Luca Pressacco definiscono il concetto di *overruling*, indagano sulle ricadute che esso può avere sulla posizione dei consociati, "sorpresi" da un repentino e imprevedibile mutamento di giurisprudenza e riflettono sui possibili rimedi che possono darsi – nel settore civile, amministrativo e penale (tanto nella prospettiva sostanziale quanto in quella processuale) – per tutelare l'affidamento delle parti processuali (non escludendo dalla loro riflessione lo stimolante tema del *prospective overruling*).

Alberto Giusti e Giorgio Fidelbo indagano invece sui meccanismi che – in concreto – la Corte di cassazione ha a propria disposizione per assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge»[21]. Ambedue gli autori si soffermano sulle modifiche normative che hanno ad oggetto i rapporti tra *sezioni semplici* e *sezioni unite* della Corte di cassazione[22]; dai rispettivi punti di vista, Giusti e Fidelbo si interrogano sulle implicazioni che l'introduzione di un vincolo di coerenza tra sezioni semplici e sezioni unite riversa sul piano costituzionale (rispetto al dettato dell'articolo 101 Cost.) e sul piano del concreto funzionamento istituzionale (la percezione che ciascun giudice di legittimità ha del proprio ruolo)[23]; ambedue gli autori tendono ad escludere che i meccanismi previsti dall'articolo 374, comma 3, cpc e 618, comma 1 *bis*, cpp determinino una sovra-ordinazione gerarchica delle sezioni unite rispetto alle sezioni semplici, ridotte ad organi giudiziari di "bassa-cucina"; al contrario – ambedue gli autori – rilevano che l'attuale articolazione del rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici razionalizza il sistema, riduce il disordine casistico, previene fenomeni di patologia giudiziaria; in altri termini: «l'obbligatorietà della rimessione [alle sezioni unite] non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente»[24]; si tratta di «una regola di metodo che conferisce ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico»[25].

Ma la *concreta prevedibilità* del diritto – l'effettività della funzione nomofilattica – non può risultare circoscritta all'interno delle mura della Corte di cassazione: «la nomofilachia moderna non può essere che "orizzontale", "circolare" e "cetuale". Essa trova il naturale punto di sintesi nella Corte di cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale; e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità. Non le magistrature soltanto, bensì tutto il "ceto dei giuristi" fa nomofilachia. Fondamentale è il ruolo critico della dottrina, alla quale compete l'analisi delle soluzioni e l'elaborazione delle alternative»[26].

Ecco allora che si apprezza la preziosa funzione che rivestono l'attività dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione e del Centro di elaborazione dati della Corte di cassazione, sulla cui storia e sui

19. Cfr. E. Scoditti, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, § 3.

20. Cfr. M. Donini, *Fattispecie o case law?, cit.*, § 15.

21. Articolo 65 Rd n. 12 del 1941, ordinamento giudiziario. P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, cit., § 7, esattamente osserva che la formula legislativa – menzionando «l'esatta osservanza» in modo distinto dalla «uniforme interpretazione» – dà per presupposto che, da una certa disposizione, possano essere ragionevolmente tratte più interpretazioni (tutte plausibili e "non necessariamente inesatte").

22. Si allude alla previsione dell'articolo 374 cpc, come modificato con d.lgs n. 40 del 2006 e a quella dell'articolo 618, comma 1 *bis*, cpp, come novellato dalla legge n. 103 del 2017.

23. In *questo fascicolo*, cfr. A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*; G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale.*

24. Cfr. G. Fidelbo, *Il precedente*, cit., § 3.5.

25. Così – citato da A. Giusti, *Il precedente*, cit., § 2 – si esprime G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale,* in www.penalecontemporaneo.it/upload/CANZIO_2017a.pdf , p. 6.

26. Così G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale,* in *Contratto e impresa*, n. 2, 2017, p. 368, citato da P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, cit., § 8.

cui meccanismi di funzionamento si sofferma il contributo di Enzo Vincenti[27]. Quest'ultimo – nel quadro di una riflessione ben più ampia di quella che è qui possibile restituire – evidenzia come la condivisione dei dati giurisprudenziali (anche di quelli che verranno riversati nel costituendo archivio della giurisprudenza di merito) consente (e sempre più consentirà) di rendere maggiormente *prevedibile* l'esito dell'attività ermeneutica (soprattutto considerando la crescente potenza degli strumenti informatici che, grazie alle raffinate architetture dei motori di ricerca, consentiranno di rendere il diritto – se non computabile – quantomeno un po' meno incalcolabile, sino a non potersi escludere la realizzazione di una sorta di «sistema predittivo»).

8. Il contributo di Vincenti introduce l'ultimo tema al quale la *Rivista* ha inteso dedicare la propria attenzione. Si allude al tema dell'uso delle "macchine" per migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e – ciò che qui interessa – la *prevedibilità* del diritto.

La rivoluzione digitale è in atto e sempre più settori della nostra esperienza quotidiana sono "controllati" – quando non dominati – da strumenti di intelligenza artificiale: algoritmi sempre più raffinati risolvono problemi, ci aiutano nelle incombenze quotidiane, ci suggeriscono cosa *desideriamo* e, soprattutto, comunicano agli operatori economici quali potrebbero essere i nostri comportamenti futuri (prevedendo cosa *desidereremo* comprare, visitare, mangiare, e via seguitando).

L'efficienza di questi *algoritmi predittivi* si fonda sulla potenza di calcolo delle macchine, sulla loro capacità di far interagire tra loro una quantità smisurata di dati (i *big data*), ricavandone significati, sulla capacità di "scoprire" *relazioni* tra essi, individuando i dati che "caratterizzano" una persona e i successivi comportamenti che questa persona terrà. Si badi: l'algoritmo predittivo è uno strumento che ha – tra le altre – una funzione di *semplificazione* della realtà, sì da renderla "utilizzabile" in chiave predittiva; spesso l'algoritmo funziona anche su schemi di tipo probabilistico, sicché esso non sempre è in grado di offrire "la risposta" certa alla domanda "quale sarà il futuro comportamento di Tizio" e lo sviluppo di un certo scenario; né sarà in grado di individuare e descrivere meccanismi di condizionamento causale tra certi antecedenti e la conseguenza che l'algoritmo prevede possa verificarsi (essendo solo possibile stabilire che vi è una certa ricorrenza probabilistica della relazione tra un certo antecedente e una certa conseguenza, sì da poterne ricavare comunque una *previsione*)[28]. Inoltre, molti algoritmi funzionano sulla base di programmi che consentono all'elaboratore di "migliorare" progressivamente la propria efficienza ("apprendendo" dalle precedenti applicazioni l'esistenza di *certe relazioni*, sì da perfezionare l'efficacia delle successive elaborazioni; si tratta del cd. *machine learning*)[29].

È di tutta evidenza che una simile potenza di calcolo può trovare applicazione anche in campo giudiziario.

Per essere più espliciti: gli algoritmi possono avere una funzione di supporto nella valutazione del compendio probatorio (cd. *algoritmi decisori*) che, dunque, "guardano al passato", applicando funzioni di calcolo (anche probabilistico) agli elementi di prova raccolti nel corso di un giudizio, sì da stabilire se una determinata ipotesi sia corroborata da elementi di prova che ne attestano la conferma «al di là di ogni ragionevole dubbio» (cd. *regola B.A.R.D*); gli algoritmi possono poi avere una funzione che "guarda al futuro" che, cioè, formula valutazioni prognostiche (cd. *algoritmi predittivi*).

Nel loro contributo, Claudio Castelli e Daniela Piana[30] ragionano sul potenziale aiuto che la *rivoluzione digitale* e gli strumenti di giustizia predittiva potranno garantire al sistema della giustizia. Castelli e Piana descrivono la *giustizia predittiva* come un insieme di «algoritmi che hanno come campo di applicazione contenuti decisionali, testi di sentenze, decreti, atti del giudice in genere, banche dati giurisprudenziali, appartenenti a sistemi anche molto diversi e distanti

27. In *questo fascicolo*, cfr. E. Vincenti, *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*. V. anche, C. Di Iasi, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia), Questione giustizia* trimestrale n. 3/2017, pp. 82 e ss., www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-3_13.pdf e V. Di Cerbo, *Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione, Questione giustizia trimestrale* n. 3/2017, pp. 93 e ss, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-3_14.pdf.

28. Sottolineano questo aspetto, A. Garapon-J. Lassègue, *Justice digitale*, Puf, Paris, 2018, pp. 224 ss.

29. Per alcune riflessioni sul cd. *apprendimento automatico*, cfr. E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, Einaudi, Torino, 2017, pp. 194 ss.; M. Tegmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Cortina, Milano, 2018, pp. 101 ss.

30. Cfr. in questo fascicolo, C. Castelli - D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, già pubblicato su *Questione giustizia on line*, 15 maggio 2018, www. questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php.

fra loro per sensibilità culturale. Tali algoritmi sono strutturati come funzioni i cui argomenti sono appunto tali ambiti e i cui risultati sono "probabilità" di costo, orientamento decisionale, *range* di penalità, *range* di indennizzi, ecc.»[31].

I sistemi di giustizia predittiva possono avere una pluralità di concrete applicazioni: può indirizzare gli operatori, rendendo loro noto quale potrebbe essere l'esito di una controversia (sì da indurli a rinunciare ad un contenzioso che li vedrebbe probabilmente soccombenti, con conseguente effetto deflattivo); può essere valorizzata nei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie; può essere messa a disposizione degli operatori giudiziari, sì da consentire loro una autentica consapevolezza dei *trend* giurisprudenziali e favorendo la possibilità di ridurre l'errore in sede di decisione. L'applicazione di algoritmi alla pratica giudiziaria può – in definitiva – rendere più veloce la giustizia, ridurre il numero di *bias* in cui fatalmente rischiano di incappare i "giudici umani" e al quale sarebbero sottratti i «robogiudici»[32].

Non è uno scenario futuribile. Castelli e Piana danno conto di alcune esperienze già in atto, con aziende cd. *legaltech* che già mettono a disposizione dei loro clienti strumenti di giustizia predittiva, uno dei quali (il sistema *Predictice*) è stato anche messo a disposizione, in via sperimentale, dai giudici di due corti di appello francesi (le Corti di appello di Rennes e di Douai)[33].

La capacità di tali sistemi di offrire *risultati efficaci* – in termini di capacità predittiva – può, in prospettiva, condurci a spazzare via, in modo più o meno brutale e con una serie più o meno limitata di operazioni logico-matematiche, tutte le raffinate considerazioni che caratterizzano i contributi pubblicati in questo obiettivo, per poi portarci direttamente nel futuro.

Ma l'uso degli algoritmi – siano essi decisori o predittivi – da parte degli operatori giudiziari è uno scenario che, forse irreversibile (data la marcia apparentemente inarrestabile dell'evoluzione tecnologica), deve comunque essere maneggiato con grande consapevolezza e cautela.

Nella prima parte del suo contributo, Claudio Costanzi ragiona sui modelli matematici applicati alla valutazione delle prove (che, sulla base di determinate funzioni di calcolo, ben potrebbero essere governati da algoritmi) e sicuramente riconosce loro una capacità di razionalizzazione del momento del giudizio; tuttavia – avverte Costanzi – la affidabilità di tali modelli (che propongono un approccio quantitativo alla valutazione probatoria) è fortemente condizionata dalla difficoltà di tradurre in dati misurabili matematicamente gli *input* che dovrebbero costituire la base di calcolo dell'algoritmo decisorio: come quantificare l'evidenza probatoria P1? come misurare il valore "statistico" – e dunque il valore euristico – di una certa massima di esperienza? E – anche ammettendo di riuscire ad ottenere un risultato probabilistico di conferma di un'ipotesi d'accusa – a quale soglia statistica collocare il "ragionevole dubbio"?[34].

Tali difficoltà – in uno con l'esigenza garantista di scongiurare il rischio di costringere l'imputato «a doversi difendere da un dato statistico apparentemente invincibile e sottratto, in relazione all'accertamento del nesso causale, al rigore del ragionamento controfattuale» – inducono Costanzi a constatare il «fallimento degli approcci (esclusivamente) quantitativi» e ad auspicare la valorizzazione di quei modelli matematici unicamente come modelli euristici ai quali attribuire – al più – la valenza di dati di conferma rispetto al risultato probatorio ottenuto dal decisore tramite un metodo valutativo condotto sulla scorta della concezione qualitativa[35].

La seconda parte della riflessione di Costanzi ruota attorno agli algoritmi predittivi applicati alle decisioni giudiziarie, dando conto di alcune esperienze straniere in cui essi sono stati già concretamente sperimentati[36]: Costanzi ritorna sull'algoritmo già sviluppato in Francia (*Predictice*, oggetto di considerazione anche da parte di Castelli e Piana e sul quale poi si soffermano anche Barbaro e Gabo-

31. I due autori aggiungono che tali algoritmi funzionano applicando «sofisticate tecnologie sia con finalità di carattere analitico/induttivo (si scoprono *pattern decisionali* o *pattern comportamentali* analizzando e processando dati che riguardano casi e decisioni già avvenuti) sia con finalità prospettico predittivo (si individuano propensioni e su questa base vengono valutate le probabilità con le quali si può prevedere che la decisione del giudice – in caso di soluzione giudiziale delle controversie – o del mediatore – in caso di attivazione di meccanismi di ADR – converga su un punto che possiamo definire focale)»; C. Castelli - D. Piana, *Giustizia predittiva*, cit. § 1.

32. M. Tegmark, *Vita 3.0, cit.*, pp. 143 ss. Sui *bias* in cui rischia di incappare il "giudice umano" è fondamentale la lettura di A. Forza, R. Rumiati, G. Menegon, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

33. Sperimentazione i cui esiti sono considerati in questo fascicolo da S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice: due valori cardinali della giustizia. La giustizia digitale permetterà la fedeltà a questi valori? Qualche riflessione a partire dall'esperienza francese.*

34. Cfr. in questo fascicolo, C. Costanzi, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, §§ 1-6.

35. *Id.*, *La matematica*, cit. § 6.

36. *Id.*, *La matematica*, cit. §§ 7 ss.

riau), l'algoritmo elaborato dall'University College of London per prevedere l'esito di decisioni che la Corte Edu avrebbe adottato in caso di lamentate violazioni degli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione (algoritmo che ha avuto una capacità predittiva esatta nel 79% dei casi poi esaminati dalla Corte) e, soprattutto, l'algoritmo già concretamente usato da alcune corti statunitensi denominato *Compas* (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*)[37].

Quest'ultimo caso merita una riflessione lievemente più approfondita già in questa introduzione[38]: si tratta di un algoritmo elaborato per la previsione su base statistica della probabilità di recidiva relativa ad una persona (principalmente nella prospettiva di adottare decisioni che lo riguardano nella fase del *trattamento penitenziario* e dell'accesso a misure alternative alla detenzione). L'applicazione dell'algoritmo *Compas* ha comportato il diniego ad un cittadino (Loomis) della misura della libertà vigilata; nel contenzioso che ne è scaturito, la Corte suprema del Wisconsin ha escluso che fosse possibile per la difesa di Loomis prendere in visione la struttura dell'algoritmo (trattandosi di prodotto protetto da diritti di proprietà intellettuale) e ne ha ammesso anche l'uso in via giudiziaria, avvertendo però che l'esito dell'algoritmo predittivo – avendo un rilievo statistico – non può costituire l'unico criterio decisorio, essendo diritto dell'imputato quello di avere una decisione individualizzata[39].

Il caso Loomis è un caso che, in modo paradigmatico, squaderna molti dei problemi che l'applicazione di algoritmi predittivi in sede giudiziaria può sollevare. Ci limitiamo ad enumerare alcuni dei problemi che la loro applicazione può sollevare (e che sono oggetto di attenta considerazione nei contributi di Clementina Barbaro[40], Antoine Garapon[41] e Simone Gaboriau[42] che pubblichiamo in questo fascicolo):

- il risultato fornito dagli algoritmi predittivi è necessariamente influenzato dalla *qualità* dei dati che vengono posti come *input*; ne discende che è indispensabile prevedere meccanismi che assicurino: (a.1) la *qualità* del dato; (a.2) l'indipendenza della fonte da cui provengono i dati; (a.3) l'indipendenza dell'autorità che raccoglie i dati; (a.4) l'accessibilità a tutti dei dati posti come *input* dell'algoritmo[43];
- è necessario scongiurare il rischio che l'algoritmo possa avere un esito discriminatorio fondato su dati personali sensibili, tra cui la razza e l'estrazione sociale (come è stato evidenziato in alcuni studi americani proprio con riferimento a *Compas* e a strumenti simili)[44]; si è osservato che «i sistemi automatizzati affermano di valutare tutti gli individui allo stesso modo, evitando così le discriminazioni. Possono garantire che alcuni datori di lavoro non basino più le assunzioni e i licenziamenti sui sospetti o pregiudizi. Ma sono gli ingegneri del *software* a costruire insiemi di dati estratti dai sistemi di punteggio; a definire i parametri delle analisi di *data mining*; a creare i *cluster*, i collegamenti, gli alberi decisionali applicati; a generare i modelli predittivi applicati. I pregiudizi e i valori umani sono incorporati in ogni singola fase dello sviluppo. L'informatizzazione può semplicemente trasferire la discriminazione più a monte»[45]; analoghi rischi di discriminazione si potrebbero ovviamente determinare anche per gli algoritmi di giustizia predittiva[46];
- la verificabilità o meno della struttura dell'al-

37. *Id.*, *La matematica*, cit. § 7.

38. Rimandando per approfondimenti al contributo di Costanzi e ai riferimenti bibliografici da lui proposti.

39. State v. Loomis, Wisconsin Supreme Court, 2016. Per ulteriori riflessioni e per approfondimenti e riferimenti bibliografici, si rimanda al contributo di Costanzi.

40. Cfr. in questo fascicolo, C. Barbaro, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*

41. Cfr. in questo fascicolo, A. Garapon, *Ti faresti giudicare da un algoritmo* (intervista, a cura di E. Fronza-C. Caruso).

42. Cfr. in questo fascicolo, S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice*, cit.

43. Non è ovviamente qui possibile trattare tutte le implicazioni che si danno in tema di tutela della *privacy* e di "trattamento" di una simile mole di dati da parte di un'autorità pubblica.

44. Cfr. S. B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the scientific rationalization of discrimination*, in *Standford Law Review*, 2014, pp. 803 ss. (citato da Costanzi) e la relazione di Pro Publica sul pregiudizio razziale nel software di predizione del recidivismo: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing , citata da M. Tegmark, *Vita 3.0, cit.*, p. 144.

45. F. Pasquale, *The black box society: the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Presso, Cambridge (Mass), 2015, citato in E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, cit., p. 9.

46. Anche se – osserva ironicamente Garapon – il *diritto penale d'autore* era già stato "scoperto" prima dell'avvento della giustizia digitale...

goritmo; un algoritmo ha una sua struttura che non è *neutra*; come appena detto, nel concepire l'architettura di un algoritmo, il programmatore fa delle *scelte* che, necessariamente, influenzano il *risultato* dell'operazione computazionale; il programmatore può fare degli *errori* di progettazione; un algoritmo la cui struttura sia protetta da diritti di proprietà intellettuale e non *open source* è sottratto alla possibilità di controllo, verifica e confutazione da parte della parte processuale e, più in generale, della comunità degli utenti[47]; ciò comporta non pochi problemi, tanto sotto il profilo della validazione dell'affidabilità scientifica del risultato che l'algoritmo restituisce, quanto sotto il profilo del diritto di difesa; si ritiene, pertanto, indispensabile che – laddove si voglia davvero fare un uso processuale di algoritmi predittivi da parte del sistema giudiziario (che è un sistema per sua natura *pubblico*) – nessun segreto possa essere posto sull'architettura degli algoritmi e dei dati che lo alimentano; si deve poi elaborare un meccanismo che assicuri anche l'indipendenza di chi ha elaborato l'algoritmo (che senso ha costituzionalizzare l'indipendenza del giudice e la sua soggezione solo alla legge se non si coltiva analoga pretesa a chi elabora uno strumento decisorio di simile portata?);

- l'algoritmo – anche ove usato non come strumento decisorio esclusivo, ma come mero supporto alla decisione del giudice – richiede formazione; è dunque indispensabile *formare* il personale giudiziario che potrebbe doversene avvalere;
- l'algoritmo predittivo – muovendo da una elaborazione della giurisprudenza e dei casi precedenti – può indicare non "il risultato" esatto di una certa controversia, ma il suo possibile esito, evidenziando quali siano le linee giurisprudenziali prevalenti e quali gli esiti concreti che si sono dati in casi simili; ciò, però, comporta più di un rischio: (e.1) l'algoritmo non è in grado di "riconoscere" che *quello a lui sottoposto non è un caso simile*; vi sono delle singolarità che un decisore umano, forse rileverebbe e che lo porterebbero ad operare un *distinguishing*; l'algoritmo non è progettato per prevedere questa evoluzione; (e.2) per la stessa ragione, l'algoritmo può favorire quello che Garapon – nell'intervista qui pubblicata – chiama come *effetto moutonnier* (effetto pecora nel gregge): è concreto, in altri termini, il rischio di indurre il giudice pigro ad adagiarsi sulla proposta dell'algoritmo senza assumere su di sé l'autentica responsabilità del giudizio che egli emette[48]; (e.3) per la stessa ragione, l'uso di algoritmi può favorire una cristallizzazione della giurisprudenza, rendendola meno sensibile ai cambiamenti sociali (e, di fatto, rendendoli meno probabili).

Le criticità ora segnalate non sono estranee alla riflessione pubblica, come del resto testimoniato dai contributi qui pubblicati e dalla recente adozione da parte del Cepej della prima Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (AI) nei sistemi giudiziari[49].

Ma, nonostante tutte le "resistenze" culturali che si possono coltivare al riguardo, «la questione non è di essere a favore o contro la giustizia predittiva: "lei" è lì, e non sparirà tanto presto dal nostro orizzonte, perché è integrata al mercato, attesa dai nostri contemporanei e, soprattutto, è il risultato di una convergenza tra scienza, tecnica e giustizia. (...) è per questo che è preferibile, non negare in blocco la sua rilevanza, ma recensire le molteplici difficoltà che essa pone e che possono essere di natura epistemologica, politica o giuridica»[50].

9. Il "fattore umano", il giudizio di un uomo non è però totalmente surrogabile da una macchina, come confermato dal fatto che perfino sistemi di lavoro concepiti su base quasi esclusivamente algoritmica demandano il compimento di singole specifiche attività ad operatori umani (che risultano più efficienti delle macchine nel compimento di alcune operazioni intellettuali che richiedono una sensibilità valutativa

47. K. Freeman, Algorithmic injustice: how the Wisconsin Supreme Court Failed to protect due process rights in State v. Loomis, in North Carolina Journal of Law & Technology, XVIII, 2016, pp. 75 ss., propone «di trasformare *Compas* da *property algorithm* a *open-source algorithm* che i difensori possano analizzare e utilizzare autonomamente» e di introdurre «un processo di verifica in cui un supervisore esterno alla società effettui costanti controlli sul sistema per garantirne precisione e funzionamento appropriato» [citato da Costanzi, *La matematica*, cit., nt. 127].

48. V. anche A. Garapon-J. Lassègue, *Justice digitale*, Puf, Paris, 2018, pp. 279 ss.

49. Per cui si rimanda al contributo di C. Barbaro pubblicato in questo fascicolo, nonché a C. Barbaro, *Cepej, adottata la prima Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (AI) nei sistemi giudiziari, Questione giustizia on line,* 7 dicembre 2018, reperibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it/articolo/cepej-adottata-la-prima-carta-etica-europea-sull-uso-dell-intelligenza-artificiale-ai-nei-sistemi-giudiziari_07-12-2018.php.

50. A. Garapon-J. Lassègue, *Justice digitale*, cit., p. 220 (traduzione di chi scrive).

tipicamente umana e che sono necessarie per il funzionamento dell'algoritmo); qui, il sistema, paradossalmente è capovolto: non è l'algoritmo al servizio dell'uomo, ma l'uomo al servizio dell'algoritmo[51]; ma – pur nella paradossalità dell'esempio – resta il fatto che le stesse macchine riconoscono che, dell'uomo, non si può fare a meno. E si prescinde volutamente da ogni considerazione etica (aspetto che, però, è imprescindibile, sebbene non possa essere qui trattato).

L'ineliminabilità della componente umana nel momento del giudizio rende ovviamente quest'ultimo *fallibile* e, talora, imprevedibile. Ecco allora che, in conclusione, è forse possibile seguire l'ideale parabola che sarà percorsa in questo obiettivo: pubblichiamo qui contributi che attraversano il tema della prevedibilità con riferimento al diritto civile, al diritto penale, alla Convenzione Edu, oltre che con riferimento ai meccanismi di funzionamento di chi – la Corte di cassazione – dovrebbe garantire la prevedibilità del diritto; e – come visto – si tenterà di ragionare su un'ulteriore fascinazione contemporanea: l'intelligenza artificiale applicata alla giustizia, gli algoritmi e la giustizia predittiva.

Il filo rosso che crediamo si debba scorgere tra i vari contributi che compongono questo fascicolo è il seguente: non si possono ignorare le «ragioni della stabilità»; lo esigono elementari esigenze di garanzia (che – pur in modo diverso – si danno sia nel settore civile, sia nel settore penale), la necessità di assicurare l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la necessità di consentire a ciascuno di orientare i propri comportamenti anche in relazione alle conseguenze che ne possono derivare. E in questa prospettiva è doveroso che la giurisdizione si interroghi sul *come* assicurare la *prevedibilità* del diritto (di qui il rilievo dei ragionamenti sui concreti meccanismi di funzionamento della nomofilachia e sugli strumenti – anche tecnici – che possono aiutare la giurisdizione ad essere più prevedibile).

Ma, per contro, non si possono ignorare nemmeno le «ragioni del cambiamento»: è necessario evitare – come avverte Grossi (con riferimento alla codificazione francese *post*-rivoluzionaria, ma con riflessioni che valgono anche per l'oggi) – che la prevedibilità del diritto sia solo lo strumento che viene utilizzato per «poter garantire la impietosa disuguaglianza fra ricchi e poveri», in una visione fortemente riduttiva di una realtà sociale e giuridica di straordinaria ricchezza e complessità.

E, dunque, quando è la complessità della realtà ad imporlo, i giudici – che, come ricorda Grossi, sono (con avvocati e notai) «in approccio continuo coi fatti di vita e di essi percettori» – hanno il dovere di garantire il rispetto delle promesse costituzionali; ricordando che la Costituzione è una polemica non solo contro il tragico passato pre-repubblicano, ma – come insegna l'articolo 3 – anche una «polemica contro il presente, contro la società presente. (...) Dà un giudizio, la Costituzione – un giudizio polemico – contro l'ordinamento sociale attuale, che bisogna modificare attraverso questo strumento di legalità, di trasformazione graduale, che la Costituzione ha messo in mano ai cittadini italiani. Ma non è una Costituzione immobile, che abbia fissato un punto fermo, è una Costituzione che apre le vie verso l'avvenire. (...) è una Costituzione rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione di questa società»[52].

E per portare avanti una simile sfida – quella di contemperare le ragioni del cambiamento con quelle della stabilità – servono sguardo attento sulla realtà, rigore tecnico, intelligenza interpretativa, indipendenza, onestà intellettuale e, talora, anche coraggio civile. Una macchina, forse, non basta; anche se intelligente, prevedibile e veloce.

51. cfr. E. Finn, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, cit., pp. 146 ss.

52. Così P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione agli studenti milanesi*, 26 gennaio 1955.

Storicità *versus* prevedibilità: sui caratteri di un diritto *pos-moderno*

di *Paolo Grossi*

In questa riflessione, l'Autore ragiona sulla storicità e sulla fattualità del diritto, inseparabilmente intriso degli interessi e dei valori che si agitano nella società. In tale prospettiva, la certezza del diritto – e la sua prevedibilità – possono essere strumentalizzate a fini di conservazione di determinati assetti economici e sociali. L'Autore attraversa varie tappe storiche e individua nell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana un passaggio di fase, in cui si riconosce il nesso diritto/società con una impostazione apertamente pluralistica del fenomeno giuridico. Di qui la centralità del ruolo degli interpreti, in approccio continuo coi fatti di vita e di essi percettori

1. Alcune precisazioni liminali

Forse, è bene – liminalmente, sia pure concisamente – fare chiarezza sui due vocaboli che, evidenziati nella intitolazione, sono chiamati a fungere da intelaiatura portante delle prossime pagine.

Storicità. Puntualizza il continuo intridersi del diritto coi valori interessi fatti, di cui è intessuta la società; anzi, di più: la inseparabilità da questi, proprio perché il diritto, solo in astruse e sterili discettazioni, è una nuvola che galleggia alta sul divenire sociale.

Prevedibilità. È nozione inscindibilmente connessa, in astratto, a quella di *certezza*. Anzi, la *certezza* è il suo necessario presupposto. Solo che, mentre la *certezza* si limita a una fase enunciativa, la *prevedibilità* si connette direttamente anche a una fase applicativa, ossia ai pronosticabili èsiti.

2. Il diritto *moderno* e la sua perfetta prevedibilità

L'età, nella quale la *prevedibilità* del diritto, conclamata e realizzata, è assunta – addirittura – a valore fondante dell'ordine giuridico, può individuarsi indubbiamente nella *modernità*, quella modernità che si esprime appieno con il momento giacobino della Rivoluzione francese e, sempre in Francia, con l'opera legislativa a proiezione amplissima di Napoleone. Ora che il ceto borghese ha finalmente conquistato il potere supremo dello Stato, anche quel diritto civile, prima costantemente generato e rinnovato da consuetudini e ordinato dalla sapienza tecnica dei giuristi, proprio per il suo occuparsi di temi direttamente implicati nel disciplinamento delle ricchezze (proprietà privata, contratto, atti *mortis causa*, rilevantissimi per quell'assetto socio-politico), non può che essere sottoposto a un rigido controllo statuale e, per la prima volta nella storia del diritto, quel diritto civile perde il carattere che lo rendeva essenzialmente privato e cioè la sua *estra-statualità*[1].

Ormai, spettava solo allo Stato di trasformare gli accadimenti sociali in leggi, e al vecchio pluralismo si sostituiva un monismo rigidissimo: un solo produttore di diritto, una sola fonte, la legge, rispetto alla quale, se altre potevano prevedersi, sarebbero sempre state confinate a un livello inferiore, assolutamente ancillari perché prive di autonomia. Si trattò, nella modernità, di un drastico riduzionismo: il paesaggio giuridico era ridotto a una realtà formale estrema-

1. È il tema di una famosa conferenza pronunciata da Filippo Vassalli nel 1951 (cfr. F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. III, t.II.

mente semplice, tanto che si poté avere l'orgogliosa presunzione di racchiudere una intiera branca dell'esperienza entro un sistema di previsioni normative chiamato *Codice*, una fonte che tende ad essere esclusiva e che è pensata per durare senza limiti di tempo (come, in genere, ogni legge)[2].

Norme sepolte nella immobilità di un testo cartaceo e che trovavano la capacità di proiettarsi in un futuro senza limiti in grazia di un carattere impresso nelle loro trame costruttive: la astrattezza, la separatezza dai fatti sociali ed economici in perpetuo divenire. Ad essi era tenuto a guardare solo il legislatore, che avrebbe continuato per tutta la modernità (ossia per tutto il secolo XIX) a godere della idealizzazione e, insieme, della gigantizzazione voluta nei progetti filosofici e politici dell'illuminismo settecentesco, nei quali si amava proporlo quale personaggio modello, immune da triviali passioni, imparziale e lungimirante. Grazie a un processo decisamente mitizzatorio, egli si vedeva investito di un autentico potere *creativo*, spettando a lui di manipolare il mondo dei fatti secondo una volontà che ben può dirsi assoluta.

Il risultato non era soltanto un paesaggio estremamente semplicizzato, ma ridotto in una geometria di categorie, suadenti perché composte in un sistema logicamente coerente. Il *Codice*, che era la fonte esemplare di questo momento storico, si presentava quale intelaiatura astratta, formale, però vincolatissima – nella sostanza – alla forza politica che lo aveva voluto, e pertanto coerente all'assolutismo giuridico messo in atto con durezza durante la modernità[3].

3. Il riduzionismo giuridico *moderno* e le sue salde risultanze: semplicità, chiarezza, certezza

Al fondo di tale imponente operazione di politica del diritto si avevano delle conseguenze vistose: si raggiungeva pienamente l'ideale illuministico di un diritto chiaro e certo, al contrario del caotico pluralismo giuridico di ogni società di antico regime (a cominciare da quella francese prima del 1789). E questo interessava assai all'imperante assolutismo giuridico, perché certezza e chiarezza rendevano inammissibile l'ignoranza e ineludibile l'obbedienza. Infatti, l'esercizio delle libertà economiche, vero perno portante di una civiltà borghese (libertà di gestione del patrimonio, libera circolazione dei beni, libera loro trasmissione per via ereditaria), esigeva la protezione efficace di uno Stato tanto forte da poter garantire la impietosa disuguaglianza fra ricchi e poveri. Sia ribadito che, a questo fine, accanto a un diritto semplice e quindi ben prevedibile, giovava parecchio il culto osservatissimo della astrattezza delle regole; giovava che la *égalité* scritta su ogni vessillo rivoluzionario, il vanto più orgogliosamente ostentato fra le novazioni rivoluzionarie, si riducesse a una mera possibilità della uguaglianza di fatto.

Un simile assetto, che poco aveva di autenticamente democratico, poteva funzionare fino a quando l'apparato statuale borghese fosse riuscito a comprimere il magma ribollente della "sottostante" società, mantenendola al rango infimo di piattaforma inerte impunemente calpestabile. Tutto diventa problematico quando in essa, negli ultimi decenni dell'Ottocento, comincia a diffondersi una coscienza tutta nuova capace di tradursi in assetti organizzativi di rilievo sempre maggiore; quando in essa, di conseguenza, comincia una dinamica interiore che bandisce la vecchia inerzia e avanza pretese turbative per la quiete dell'ordine stabilito. In quei decenni è, per il giurista, il segno che un tempo storico – il moderno – si sta esaurendo, mentre ne compare uno profondamente nuovo e diverso, un tempo che chiameremo *pos-moderno* per puntualizzare che si stanno preparando, in Italia e in tutta l'Europa continentale, novità cospicue con l'emersione di valori nuovi[4].

4. Complessità e fattualità di un diritto *pos-moderno*

La dinamica, che percorre indubbiamente la piattaforma sociale, dà a questa un ruolo ormai sempre più protagonistico. Il che significa che il paesaggio socio-giuridico, da semplicissimo che era (o, meglio, che si era forzosamente ottenuto), sta diventando complesso, ed è proprio con questa *complessità* che si deve fare i conti: dapprima vivacizzatrice della dimensione sociale, non può che aspirare alla pretesa di un ordinamento giuridico a se stessa coerente, un ordinamento che registri puntualmente la svolta avvenuta e prenda atto che tutto il "sociale" è componente del nuovo paesaggio giuridico come ineliminabile e condizionante presenza.

2. Si pensi, per esempio, alla vicenda davvero esemplare del *Code Civil* napoleonico, che solo di recente ha avuto un sostanzioso (peraltro, non felice) rinnovamento.

3. Un assolutismo giuridico funzionale a conservare e tutelare un assoluto liberismo economico.

4. Maggiori precisazione ho offerto in: P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (2010), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

La vera novità – e pesante, e incisiva – sta proprio nelle conseguenze che questa nuova presenza comporta, consistenti soprattutto nel coinvolgimento dei *fatti*. Sì, perché di fatti – strutturali, economici, culturali – la società si nutre e si intride, sicché protagonismo della società significa protagonismo anche di questa grezza fattualità[5], che il diritto moderno aveva respinto nella irrilevanza, lasciando all'arbitrio del Sovrano di selezionare con un filtraggio rigorosissimo guidato soltanto dal suo progetto politico.

Il giurista, che, a mio avviso, più d'ogni altro ha intuito e denunciato in Italia il mutamento in corso tra fine-Ottocento e primi-Novecento, è Santi Romano. Dopo avere, in parecchie lezioni solenni, valutato in modo decisamente riduttivo le universalmente osannate "carte dei diritti" sette/ottocentesche perché troppo astratte e incapaci di offrire al comune cittadino strumenti concreti per migliorare la propria esistenza[6], scegliendo nel 1909 quale tema di un paludato discorso accademico «*Lo Stato moderno e la sua crisi*»[7], lo assume come occasione propizia per diffondere tra i giuristi italiani la sua veridica diagnosi della realtà circostante, da lui osservata con attenzione e coraggiosamente constatata nella sua cruda effettività: lo Stato moderno, voluto come compatto e unitario, impassibile di fronte alle richieste provenienti dal basso, trova i fattori della sua crisi precisamente in una piattaforma sociale che rivendica un proprio ruolo, organizzandosi e articolandosi in coagulazioni collettive, ora sindacali, ora corporative, ora assistenziali, ora cooperative, tutte lesioni della vecchia compattezza, tutte testimoni di una complessità prima soffocata e ora capace di esprimersi fronteggiando l'apparato di potere dello Stato borghese.

5. Ancora sulla fattualità del diritto *pos-moderno*

Il diritto civile è il segno più tangibile di quanto sia logorante per le architetture giuridiche moderne (guglie gotiche svettanti ben al di sopra della esperienza storica) l'impatto con la fattualità. Assunto come *ratio scripta* nella tradizione romanistica, ammantato nella sua astrattezza e nella conseguente unitarietà, aveva trovato nel *Codice* la sua perfetta intelaiatura in categorie formali praticamente de-storicizzate. Ora – primi anni del secolo *pos-moderno* – deve fare i conti con l'incalzare di fatti sociali ed economici non più eludibili nella nuova società italiana, che va finalmente fornendosi di un assetto, via via, autenticamente democratico (dopo un lungo, faticoso itinerario si ha nel 1913 la conquista di un quasi perfetto suffragio universale maschile!); che vivrà nel 1948 l'evento fondamentale di una Costituzione estremamente incisiva su tutta la realtà giuridica (a cominciare dal diritto privato)[8].

Due esempi sono illuminanti, e concernono un fatto sociale, il lavoro, e un fatto strutturale ed economico insieme, la cosa/terra quale fattore produttivo.

Nella civiltà moderna il lavoro, valutato in modo simile agli antichi romani immersi in una società inflessibilmente proprietaria, è nulla più di quella *cosa*, l'unica di cui il lavoratore subordinato ha il dominio, che egli offre non gratuitamente a chi voglia fruirne. È completamente estraneo a una civiltà borghese individualista e anch'essa rigidamente proprietaria che il lavoro sia, come lo percepiamo noi, una dimensione della persona, inerente alla sua dignità ma anche contributo a una migliore esistenza nella concretezza della vita. Qui si ha invece la più sorda mercificazione, come è dimostrato dalla assenza nel *Code Civil* (1804) e nel primo Codice civile unitario italiano (1865) di un contratto di lavoro con caratteri di autonomia, nonché dalla *imperturbabile*[9] qualificazione tecnica della prestazione lavorativa come "locazione d'opere", in tutto tecnicamente identica alla locazione di cose, l'una e l'altra ricomprese entro il *genus* unitario "locazione". Ancora nel 1900 il troppo apologizzato Lodovico Barassi, nella sua ampia trattazione che pure si intitolava «Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano», non riusciva ad affrancarsi da questa pesante eredità risalente al diritto romano e risolveva il lavoro subordinato quale

5. Per maggiori precisazioni cfr. P. Grossi, *Sulla odierna fattualità del diritto* (2013), ora in *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma/Bari, 2015.

6. Le occasioni furono molteplici, ma si veda soprattutto: Santi Romano, *Le prime carte costituzionali* (1907), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

7. È il famoso discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella Università di Pisa. Per un più approfondito esame del problematico testo romaniano mi permetto di rinviare a quanto dissi in occasione della celebrazione pisana del centenario: P. Grossi, «*Lo Stato moderno e la sua crisi» (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)* (2010), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, cit..

8. Sinceramente, non riesco a capire come tutto ciò sia identificato da qualche civilista ne *L'eclissi del diritto civile* (così si intitola un recente volume di Carlo Castronovo, Giuffrè, Milano, 2015).

9. È il giovane Francesco Carnelutti, che, nella felicissima raccolta di sue indagini sul tema – tutto nuovo per le teorizzazioni del civilista – degli infortuni sul lavoro, parla coraggiosamente di quel carattere "imperturbabilmente borghese" che rende la scienza giuridica italiana tanto sorda ai problemi del lavoro e della nuova organizzazione industriale (cfr. F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Athenaeum, Roma, 1913, Introduzione, p. XII).

«rapporto locativo di lavoro». Qualcosa – si potrebbe anche dire molto – cominciò a cambiare con il secolo *pos-moderno*, quando, sulla scorta delle ineludibili spinte sociali e delle conquiste della scienza giuridica tedesca, una coraggiosa dottrina italiana invertì decisamente la rotta recuperando due dimensioni totalmente discare alla chiusa visione dei moderni, quella sociale e quella collettiva; e si affaccia, per la prima volta in Italia, il profilo di un contratto collettivo di lavoro, profilo che ferisce a morte l'imperante individualismo giuridico[10].

Anche il secondo esempio, che propongo al lettore, è parimente eloquente. Civiltà esasperatamente proprietaria, la modernità giuridica ebbe una assoluta sordità verso le specifiche qualità della grande cosa/madre, la terra, che si presentava ancora quale fonte prevalente di ricchezza, mentre l'attenzione era tutta per l'individuo proprietario, fornito dall'ordinamento di una gamma amplissima di poteri. La cosa era passibile dello sfruttamento più massiccio, con una sola funzione, quella di procurare il massimo reddito al proprietario. Fu, però, soprattutto durante la prima guerra mondiale, che il bisogno di una maggiore produttività congiunto a una carenza di prodotti vitali per la sopravvivenza obbligò gli Stati a una legislazione eccezionale di guerra che, bandendo l'infecondo culto della astrattezza, si dette a valorizzare apertamente la concretezza di scelte agronomiche ed economiche. Emergeva il rispetto per le strutture della terra, per le sue regole interne, per la sua vita, per le sue diverse vocazioni a seconda della diversità dei terreni[11]. Accanto ai soggetti, un altro protagonismo si venne a giustapporre, quello delle cose, che, dagli anni Venti, una coraggiosa scienza civilistica comincia a studiare inaugurando una visione più complessa, non più unicamente antropo-centrica ma altresì rei-centrica[12]. Insomma, accanto al nascente "diritto del lavoro", si profila il nascente "diritto agrario"[13].

La accanitamente difesa unità del diritto civile codicistico si incrina e prendono forma assetti disciplinari che ricavano la propria autonomia dal loro intridersi di carnalità, dal loro caratterizzarsi per una intrinseca fattualità.

6. Certezza e prevedibilità alle prese con la fattualità

Quello che al lettore impaziente è parsa una di-versione rispetto alla tematica che ci interessa – il richiamo, cioè, alle due emersioni novecentesche or ora delineate – mi sembra, al contrario, un appropriato avvio a percepire come la tanto esaltata prevedibilità del diritto – forse, addirittura, il carattere di cui la modernità giuridica era più orgogliosa – sia destinata ad attenuarsi parecchio con il riaffiorare durante il Novecento di valori diversi caratterizzanti un nuovo vólto del diritto.

La ritrovata fattualità, segno certo che si è deposto il vecchio dispregio illuministico verso i fatti, è il primo grosso contributo a dare dei tratti nuovi a quel vólto. Sì, perché i fatti sono riottosi a farsi ridurre e soffocare in geometrie; perché i fatti sono sempre gremiti di storicità, tutti, in modo particolare quelli sociali ed economici, ma non ne sono immuni neanche quelli naturali anche se entro la lentezza che sovraintende all'evolversi della *rerum natura*.

E storicità significa plasticità, disponibilità a farsi modellare dal costante divenire, senza aver la pretesa di interromperlo fissandolo in una sorta di modello a-temporale e quindi antistorico. Storicità significa, in fondo, umiltà di fronte alla complessità riscoperta, umiltà di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta; storicità significa consapevolezza che, se si vuole conseguire il risultato di un diritto autenticamente *umano*, non lo si può ridurre a una volontà potestativa imposta dall'alto, bensì ricondurlo alla umile ricerca delle molte risorse che il flusso storico porta con sé seppellendo, variando, confermando.

Se il diritto è, come io fermamente credo, frutto di *invenzione*[14], allora il canone della storicità del diritto, quale approccio indiscutibilmente congeniale alla dimensione giuridica, rappresenta la bussola

10. Ne ho discorso ampiamente in: P. Grossi, *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico, 1860/1950*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 97 ss..

11. Anche per questo tema storicamente di grande rilievo mi si permetta di rinviare a: P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 130 ss..

12. Pioniere assoluto e coraggioso di questa osservazione più complessa della dimensione proprietaria è, in Italia, Enrico Finzi, la cui voce solitaria negli anni Venti e Trenta del XX secolo apparve sostanzialmente ereticale (cfr. P. Grossi, *Enrico Finzi: un innovatore* solitario, in E. Finzi, «*L'officina delle cose*» - *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 2013, p. XXXII.

13. È nel 1922 che, per merito di Giangastone Bolla, nasce in Firenze la *Rivista di diritto agrario*.

14. "Invenire", "invenzione" secondo l'etimo latino, nel significato di cercare e trovare. Io volli pubblicamente sottolineare questa caratterizzazione del diritto *pos-moderno*, e di quello straordinario modello operativo che è la Corte costituzionale, nella Relazione introduttiva al Convegno per il sessantennio della stessa Corte tenuta nel palazzo del Quirinale il 19 maggio del 2016 (oggi è leggibile, oltre che negli *Atti congressuali*, in P. Grossi, *L'*invenzione *dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, ora in *L'*invenzione *del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

orientativa per il legislatore e per la comunità dei giuristi/interpreti, nonché il salvataggio di un diritto che è sempre e soltanto esperienza, cioè dimensione della vita.

È ovvio, però, che, se fattualità significa storicità, significa anche presupporre che movimento e mutamento sono scansioni naturali, intrinseche al "giuridico", con tutta una buona dose di imprevedibilità per ogni manifestazione di quello. Significa che si pongono come prevalenti altri valori rispetto a quelli – esaltati nella modernità – della certezza e della prevedibilità.

7. Il profondamente "nuovo" della Costituzione repubblicana

È opportuno, ora, riprendere un mero accenno fatto più sopra a un evento del 1913, che incide a fondo sul secolo nuovo e sui caratteri di un diritto *pos-moderno*: si ha, nel Regno d'Italia, un quasi perfetto suffragio universale maschile. Caduti gli arginamenti censitari voluti e difesi dallo Stato borghese, il clima è sostanzialmente democratico (a parte, ovviamente, l'esclusione dell'elettorato femminile, che durerà fino al 1946), perché si attua un effettivo pluralismo sociale. Purtroppo, il coinvolgimento italiano nella guerra mondiale, le turbolenze e le impotenze dominanti nel momento immediatamente pos-bellico, il ventennio (dal 1922 in poi) della dittatura fascista, rinviarono al secondo dopoguerra, sia la conquista di un suffragio universale per tutta la popolazione, sia la coerente traduzione del pluralismo dal piano socio-politico a quello giuridico.

Il che si attua con l'evento rivoluzionario della Costituzione entrata in vigore il 1 gennaio 1948. "Rivoluzionario" potrebbe sembrare aggettivazione eccessiva e, pertanto, enfatica, ma non lo è affatto se si considera che la nostra Carta non è un secondo momento nella storia del costituzionalismo italiano continuando la tradizione instaurata cento anni prima dal Re Carlo Alberto con il suo *Statuto*. Infatti, novissima è la realtà repubblicana, novissima è la *Carta* del 1948, e un profondo fossato segna di una insopprimibile discontinuità l'una e l'altra rispetto alla nostra storia prossima e remota.

Restando su un piano rigorosamente costituzionale, il *quid novi*, che provoca insanabilmente la rottura anche con la tradizione nostra prefascista e risorgimentale, è la svolta pluralistica che mette definitivamente in crisi statalismo e legalismo, baluardi dell'assetto politico borghese.

Sia chiaro: il messaggio dei Costituenti non è affatto anarcoide e si occupa diffusamente nella seconda parte della Costituzione di quell'apparato di poteri necessario alla sicurezza interna e internazionale del popolo italiano; lo Stato, però, non esaurisce né la dimensione socio-politica, né quella giuridica; risultato che è messo bene in evidenza dalla dialettica "Repubblica/Stato" che arricchisce tutto il tessuto della Costituzione (dove Repubblica rappresenta quella realtà ampia e complessa, che è proiezione di un popolo articolato in una pluralità di coagulazioni ordinamentali). Insomma, *positività* del diritto, oggi, in Italia non può coincidere con *statualità*.

Né è un messaggio anti-legalistico, giacché nella Carta si dà un rilievo grande alla legge e alla sua produzione, ma ci si guarda bene dal ridurre il diritto a un insieme di leggi, essendo – al contrario – sommamente chiaro il nesso diritto/società con una impostazione apertamente pluralistica: la Repubblica custodisce, per di più, nel suo seno una pluralità di ordinamenti giuridici, il primo dei quali, ovviamente immancabile e prevalente, è lo Stato.

Dove, purtroppo, Stato e legge mantengono la loro monocrazia è in quegli articoli delle "Preleggi" al Codice civile del 1942 laddove trattano della gerarchia delle fonti di diritto e della interpretazione della legge, ultima reliquia del regime autoritario allora imperante, e di dubbia costituzionalità, ma dei quali nessun legislatore ha tentato una modifica ufficiale e nessun giurista ha promosso la rimozione. Segno, quest'ultimo, del consueto vizio della pigrizia, ma – forse, peggio! – di un atteggiamento di fondo dei giuristi di *civil law*, che reca ben calato nel loro subconscio quel culto della legge ad ogni costo (malgrado le aberrazioni in essa contenute) di cui parlava Piero Calamandrei ancora nel 1942, ancora conquistato dalle sirene legalistiche del giacobinismo di fine Settecento[15].

Ma sia ribadito con forza: molto poco ha da spartire la nostra Costituzione con lo Statuto albertino, una *Carta di diritti* concessa graziosamente da un Sovrano assoluto, dove non si va al di là di un catalogo di libertà galleggiante sradicato ben al di sopra della quotidianità dei cittadini. La Costituzione italiana, frutto genuino del costituzionalismo democratico del Novecento, nasce in un momento di profonda rigenerazione per il popolo italiano finalmente artefice della sua vicenda storica, con una proiezione per l'innanzi,

15. Il riferimento è alla nota recensione di Calamandrei al libro del filosofo Lopez de Oñate su *La certezza del diritto*. Nel secondo dopoguerra e soprattutto grazie al diretto coinvolgimento del grande processualista nella officina fervida della Assemblea costituente c'è un significativo ripensamento del vecchio legalismo post-illuminista. Ho tentato di sottolineare questa conversione pluralista in: P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei* (2008), ora in *Nobiltà del diritto-profili di giuristi*, II, Giuffrè, Milano, 2014.

nei tempi lunghi e lunghissimi. Né è questo un gesto temerario, perché si origina dalla lettura attenta da parte dei Costituenti dei valori e interessi ben inscritti alle radici del nostro popolo e universalmente condivisi, pertanto atti a *costituire* un complesso di principii basilare per l'intiero edificio giuridico, certamente non eterni, ma altrettanto certamente destinati a durare, come è consolante verificare, per quanto attiene ai "principii fondamentali" e alla "prima parte", in questo settantesimo anno di vita della Costituzione.

8. Della nuova posizione dello Stato entro il pluralismo giuridico della Repubblica

Dunque, pluralità di ordinamenti giuridici, con il pluralizzarsi delle fonti del diritto e, conseguentemente, del loro de-tipicizzarsi. Con questa significativa appendice: lo stesso legislatore statale, ora che gli è sfuggito di mano il vecchio monopolio, consapevole delle proprie incapacità, si arrende all'onda pluralistica attraverso il riconoscimento di molteplici realtà. Due esempi, uno recente e l'altro recentissimo, ne dànno eloquente testimonianza.

Il primo risale al 2010 ed è il cosiddetto *Codice del processo amministrativo*, che ho ritenuto di qualificare riduttivamente con l'aggettivo "cosiddetto" unicamente perché ha poco da spartire con le realizzazioni codicistiche della modernità e di cui, in Italia, l'ultimo campione è il Codice civile del 1942. Infatti, consiste soprattutto in una sorta di grande cornice, un disegno di principi, che, in quanto principi e non regole vincolanti nel loro dettagliato contenuto, vengono implicitamente a concedere ampio spazio all'interprete, in particolare al giudice chiamato a fornire contenuti specifici in relazione alla concretezza del caso.

Il secondo risale al novembre del 2017, ed è la legge 168, che affronta e risolve – una volta per tutte – il plurisecolare difficile problema della cospicua presenza nell'intiera penisola italiana di assetti fondiari collettivi. Dopo quasi due secoli di atti legislativi che ne hanno sancito la "liquidazione", testimoni di una valutazione pienamente negativa per queste forme peculiarissime di appartenenza, la legge 168 – che vede attore protagonista in Senato un egregio uomo di scienza, l'amministrativista Giorgio Pagliari – per la prima volta li riconosce quali ordinamenti giuridici primari; in essa è da sottolineare l'intento preciso di proporsi come attuazione del dettato costituzionale bene espresso negli articoli 2, 9, 42, 43.

Gli esempi potrebbero davvero moltiplicarsi e mostrerebbero l'odierno recupero della complessità dell'ordine giuridico, mentre l'azione dello Stato si fa sostanzialmente abdicativa, riconoscendo che il diritto italiano, nel seno ampio della Repubblica, è realtà che non può ricomprendersi nella sola dimensione legislativa. Si deve aggiungere (e ribadire) l'accenno fatto più sopra, e cioè che il momento transitorio, che abbiamo vissuto e stiamo tuttora vivendo, pone in evidenza l'incapacità dello Stato a tener dietro al movimento/mutamento di straordinarie rapidità e intensità, accentuandosi la tendenza a spostare l'asse portante dell'ordinamento dal legislatore agli interpreti, calati nell'esperienza quotidiana e chiamati a una necessaria supplenza.

9. Il *pos-moderno* quale tempo di "crisi": crisi di modelli (in particolare della "crisi della fattispecie")

E se si parla frequentemente di "crisi", non è un farfugliare a vuoto; ma si sbaglia – e di grosso, e proprio su un piano epistemologico – se si parla di crisi del diritto, ripetendo oggi la frusta e respingibile rappresentazione del monopolio della produzione giuridica nelle mani del legislatore.

La crisi c'è, ed è crisi, appunto, dello statalismo legalista; ed è la riscoperta della complessità giuridica a investire e travolgere il modello legale. E sono proprio i caratteri di questo modello a dimostrarsi inadatti a disciplinare giuridicamente il tempo *pos-moderno* tuttora contrassegnato dalla instabilità di una transizione. Astrattezza, generalità, rigidità, che fino a oggi hanno identificato il vólto virtuoso della legge, appaiono, proprio oggi, quali cagioni prime della sua condanna. Ogni legalismo si concreta sempre in una proposta di modelli, modelli rigidi, che garantiscono i beni della certezza e della prevedibilità, ma che sono intrinsecamente inidonei all'attuale instabile tempo.

Tutto ciò è espresso con veridica efficacia dalla "crisi della fattispecie", di cui – quattro anni fa – ha scritto con grande probità intellettuale (sia pure con sincera mestizia) Natalino Irti, cui mi lega una fraterna amicizia che la profonda diversità di approccio al diritto non è mai riuscita a incrinare. Se è vero, come ci insegna Irti, che la fattispecie è «uno strumento di precisione che permette di "disporre" per il futuro e di convertire innumerevoli fatti in caso di applicazione normativa»[16]; se è vero, dunque, che la fattispecie è un modello che vìncola, irrigidisce, stabilizza in quanto «strumento di precision»", nulla di più inadatto per l'odierno – tormentato, complesso, mutevole – itinerario dei nostri giorni. E do ragione

16. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 41.

a un acuto e cólto civilista, Umberto Breccia (con cui la sintonia è totale), quando si lascia volentieri alle spalle quella che lui chiama «la logica monistica della fattispecie»[17].

È proficuo ritornare ancora al testo di Irti, che è prezioso laddove, con penetrante diagnosi, con sostanziale adesione a quello che da tempo vo sostenendo[18], coglie nella nostra Costituzione del 1948 (nel suo essere – dico io – espressione di un tempo *pos-moderno*) il fattore determinante della "crisi". Infatti, quelle che egli chiama «norme costituzionali» «enunciano principi» e «appartengono bensì al diritto positivo, il quale tuttavia mostra, proprio nella sua cima più alta, di indebolire o abbandonare il concetto di fattispecie»[19]. Sì, perché «non c'è più bisogno di fattispecie normativa o di stampelle sussuntive e sillogistiche: l'argomentazione giuridica batte ormai altre strade»[20]. La Costituzione è un breviario di *principi* generato dalla identificazione di *valori*, e «il valore (ad esempio, di solidarietà o della salute e del paesaggio, o di dignità sociale, e via seguitando) non ha bisogno di fattispecie», poiché «la fattispecie serve a ricondurre il fatto entro il modello tipico»[21].

Parole, queste, assai veritiere, che collegano il concetto di fattispecie, «proprio di società stabili»[22], a un mondo che può essere disciplinato da modelli, da tipi predeterminati, dove la tipicità è l'assetto sicuro delle diverse manifestazioni giuridiche, sicuro perché espressione di una stabilità retrostante e, quindi, in grado di dare sicurezza. Connessa a questa sicurezza è anche la certezza e la prevedibilità.

Ovviamente, all'amico Irti è penoso «spogliarsi di un vecchio utensile, che ci era caro per educazione mentale e tradizione di studi» (come segna nelle ultime parole del saggio), avvertendo, però, che si tratta di una «necessità storica»[23]. Chi, come me, ha coltivato e insegnato per decenni la storia del diritto, ed è avvezzo all'usura del tempo e alla storicità delle invenzioni giuridiche, non ne è turbato. Prende atto di un itinerario che si sta distanziando dalle certezze moderne, ordinando la società e i suoi bisogni con approcci e soluzioni profondamente nuovi. Il costo da pagare sono una diffusa incertezza e scarsa, difficile prevedibilità. Però, è anche la strada che permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia.

Se sono in crisi i modelli, è necessariamente in crisi il primo artefice di modelli, e cioè il legislatore. «A fronte di questo logorarsi della dimensione legislativa, il salvataggio si incarna nella interpretazione, ed è naturale che l'esperienza affidi ad essa un adeguamento efficace dell'ordine giuridico», come ho scritto di recente puntualizzando l'odierno rilievo della funzione notarile[24]. Al di là della politica giudici, notai, avvocati e scienziati attenti alla dinamica socio-economica, precisamente perché in approccio continuo coi fatti di vita e di essi percettori, assumono anche da noi quel ruolo protagonistico che hanno sempre avuto in assetti giuridici pluralistici.

17. U. Breccia, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furgiuele, ESI., Napoli, 2015, p. 5.

18. P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, 2013, ora in *L'*invenzione *del diritto*, cit..

19. N. Irti, loc. ult. cit..

20. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 42.

21. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, cit., pp. 42 e 43.

22. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 44.

23. N. Irti, loc. ult. cit.

24. *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, p. 337.

Giurisdizione per principi e certezza del diritto*

di *Enrico Scoditti*

La diretta applicazione da parte dei giudici comuni dei principi costituzionali, laddove manchi la disciplina legislativa del caso, solleva interrogativi sul piano della prevedibilità del diritto e del peso degli orientamenti soggettivi di valore, interrogativi riconducibili al più ampio dibattito su democrazia e costituzionalismo. Quando il giudice risolve la controversia mediante il bilanciamento dei principi costituzionali in relazione alle circostanze del caso, o mediante la concretizzazione di clausole generali, si appella al bilanciamento ideale o all'ideale di norma contenuto nella clausola generale. Allo scopo di garantire la sicurezza giuridica, quale elemento fondamentale dello Stato di diritto, deve riconoscersi che, in sede di giurisdizione per principi o per clausole generali, è operante anche nei sistemi di *civil law* la regola dello *stare decisis*. Un esempio di diritto del caso concreto, dove trova applicazione la regola della vincolatività del precedente giudiziario, è quello del contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte.

1. Dalla fattispecie ai principi

Dopo le costituzioni del Novecento, la forma del diritto nell'Europa continentale non è più circoscrivibile allo schema della fattispecie legale, con cui Max Weber l'aveva fatta coincidere nelle grandi pagine di *Economia e società*. Per Weber la moderna razionalità formale risponde alla logica dei mezzi, non dei fini, e nell'ambito di tale razionalità il diritto deve rispondere a requisiti di prevedibilità e calcolabilità quale strumento al servizio della moderna economia capitalistica. Lo schema della fattispecie, quale sussunzione del caso concreto all'interno di uno schema astratto e prestabilito, risponde a queste esigenze di prevedibilità e calcolabilità del diritto. I postulati della sublimazione del concreto nell'astratto sono così definiti da Weber: 1) la giurisdizione è applicazione di uno schema astratto a una fattispecie concreta; 2) per ogni fattispecie concreta deve essere sempre ricavabile una decisione dal sistema delle fattispecie astratte; 3) l'ordinamento giuridico deve essere, o deve venir trattato come se fosse, privo di lacune; 4) ciò che non è sussumibile nella forma astratta è anche irrilevante per il diritto; 5) ogni agire umano deve essere sussumibile in una regola precostituita[1]. I postulati della fattispecie legale trovarono la loro compiuta espressione nelle codificazioni dell'Ottocento europeo.

Le costituzioni novecentesche dell'Europa continentale, nella parte dedicata ai diritti fondamentali – come ha evidenziato una letteratura ormai sterminata – sono formulate per principi[2]. La formulazione per principi delle norme costituzionali introduce una forma del diritto assai distante da quella della fattispecie legale. Ronald Dworkin, in pagine classi-

* Relazione presentata al seminario internazionale su «Luces y sombras de la constitucionalizaciòn de la justicia» tenutosi a Medellìn (Colombia) nei giorni 8 e 9 ottobre 2018.

1. M. Weber, *Economia e società*, vol. III, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, p. 17.

2. Qui è sufficiente richiamare R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012; per una recente ricostruzione della discussione in argomento, si veda G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017.

che sorte, peraltro, in un ambiente estraneo alla tradizione europeo-continentale, ha definito in modo chiaro la differenza fra principio e regola, quest'ultima corrispondente a quella che italiani e tedeschi chiamano fattispecie legale o *tatbestand*[3]. Nella disciplina del caso concorrono una pluralità di principi, i quali non solo sono necessariamente plurali, ma sono anche equiordinati, nel senso che condividono la medesima precettività rispetto al caso. Ai fini della disciplina del caso, i principi devono, pertanto, essere bilanciati e la regola del caso risulta da questo bilanciamento, il quale si traduce nell'applicazione dell'un principio fino alla soglia di ponderazione con l'altro principio, secondo nessi di prevalenza e soccombenza. Il principio soccombente recede nei limiti del criterio di proporzionalità. Il bilanciamento impedisce che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore dell'altro e risponde a una logica chiaroscurale di applicazione fino a un certo limite. La regola è, invece, disciplina esclusiva del caso, per cui l'applicazione dell'una regola al caso impedisce l'applicabilità delle altre. A differenza dei principi, le regole hanno la forma del collegamento degli effetti giuridici a determinati presupposti di fatto per cui, in presenza della verificazione di quei presupposti, non possono che conseguirne gli effetti previsti da quella regola – e soltanto da quella.

I postulati weberiani della sussunzione nella fattispecie astratta sono chiaramente individuabili nella forma della regola e non in quella del principio[4]. La domanda da porsi è la seguente: nel passaggio dalla regola, o fattispecie legale, al principio si perde il requisito della prevedibilità e della calcolabilità del diritto nel quale Weber ravvisava uno degli elementi fondamentali della moderna organizzazione sociale? Deriva, di qui, una seconda domanda: se è vero che l'applicazione della fattispecie legale risponde a un criterio di razionalità formale, e dunque a una logica di mezzi e non di fini, vuol dire che applicare un principio comporta la ricaduta nella razionalità materiale, dettata da scopi individuali, e dunque nell'arbitrio dei valori soggettivi[5]? Senza la mediazione della fattispecie, il giudice non farebbe altro che seguire «il demone che tiene i fili della sua vita», per dirla ancora con Weber[6].

Le preoccupazioni in termini di perdita di prevedibilità del diritto e dominio del soggettivismo valoriale derivano da un'ulteriore caratteristica delle costituzioni novecentesche dell'Europa continentale: esse non sono solo norma di organizzazione del potere pubblico e criterio di legittimità delle norme ordinarie, ma sono anche, in quanto fonte del diritto, norme direttamente giustiziabili in mancanza della disciplina legislativa del caso. Nell'epoca del dominio della forma-codice, prima dell'apparizione novecentesca del modello della costituzione rigida, le pretese soggettive erano giustiziabili a condizione che corrispondessero a una posizione soggettiva prevista dalla fattispecie legale, espressamente o in forma analogica. Con la comparsa della costituzione formulata per principi e operante quale fonte del diritto, non vi è più un limite legalistico alla giustiziabilità delle pretese soggettive. L'unico limite di tutela delle posizioni soggettive è quello della loro conformità a giustizia, da intendere quale bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso. Vi è un diritto da tutelare se lo consente la ponderazione dei principi concorrenti.

A fronte della carenza di una specifica fattispecie legale nella quale sussumere il caso, spetta quindi al giudice del caso concreto ricostruire la regola di giudizio attingendo direttamente ai principi costituzionali e provvedendo al loro bilanciamento, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale[7]. La regola del caso concreto può essere fissata dal giudice comune anche all'esito della dichiarazione di illegittimità costituzionale di un'omissione legislativa da parte della Corte costituzionale, la quale somministra il principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre rimedio all'omissione, nell'attesa dell'intervento legislativo[8]. La giurisdizione comune per principi costituzionali trova, oggi, un terreno particolarmente fecondo nella materia dei diritti della persona e nei nuovi scenari aperti dal biodiritto[9]. Vi è da aggiungere che la stessa classica operazione di sussunzione

3. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 90 ss.

4. Cfr. R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, vol. XVI, n. 2/2003, pp. 433 ss.

5. Per questa visione dell'applicazione del principio quale forma del diritto alternativa alla fattispecie, si veda N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016.

6. M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1980, p. 43.

7. Corte cost., 5 febbraio 1998, n. 11, in *Foro it.*, 1998, I, c. 996 e 26 settembre 1998, n. 347, *ibid.*, c. 3042.

8. Cass., 25 gennaio 2017, n. 1946, *ibid.*, 2017, I, c. 477, con note di N. Lipari, *Giudice legislatore* e G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*.

9. Esemplare è Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, *ibid.*, 2008, I, c. 2609, relativa a un celebre caso di autorizzazione, da parte del giudice, all'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione mediante sondino nasogastrico di soggetto in stato vegetativo permanente e irreversibile.

nella fattispecie legale è destinata a mutare quando si entra nell'universo dei principi costituzionali. La sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta è mediata dai principi, nel senso che la regola – attraverso la quale si procede alla sussunzione – è resa conforme a Costituzione mediante l'interpretazione adeguatrice al bilanciamento fra principi.

Secondo i critici della giurisdizione comune per principi, soprattutto quando è individuazione della regola del caso concreto, in questo tipo di giurisdizione vi è un *deficit* di prevedibilità e domina il soggettivismo dell'interprete. Quest'ultimo aspetto in particolare evoca una delle critiche di fondo che sollevate all'indirizzo dello stesso costituzionalismo contemporaneo e all'idea del controllo di costituzionalità delle leggi: l'affidamento del destino di una comunità alle scelte discrezionali di un'aristocrazia giudiziaria anziché alla procedura democratica.

2. Democrazia *versus* costituzionalismo

Benché il costituzionalismo contemporaneo venga definito costituzionalismo *democratico*, democrazia e costituzione rappresentano i poli di una dialettica che è stata assai viva nel pensiero occidentale del secolo scorso e che oggi, guardando alle obiezioni che solleva una giurisdizione comune per principi, avvertiamo come ancora presente. La polemica democratica contro il costituzionalismo ha conosciuto due stagioni importanti: la prima in Europa continentale, nella prima metà del Novecento; la seconda negli Stati Uniti, nella seconda metà del secolo. La prima stagione è quella della celebre polemica fra Hans Kelsen e Carl Schmitt[10]; la seconda è quella che ha visto, da una parte, autori come John Hart Ely e Jeremy Waldron (con un'eco, in Europa, nelle posizioni di Jürgen Habermas) e, dall'altra, Ronald Dworkin[11]. Il dilemma della giustizia costituzionale è stato così espresso da Ely: «*a body that is not elected or otherwise politically responsable in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like*»[12]. Si apre qui la forbice fra costituzionalismo e democrazia, secondo una vasta e risalente corrente di pensiero.

La divaricazione fra democrazia e costituzionalismo non ha solo carattere teorico, ma risponde anche allo sviluppo storico dei modelli costituzionali. Il modello europeo-continentale, in quanto risalente alla rivoluzione francese, propone un'idea di costituzione quale indirizzo fondamentale dei poteri orientato alla trasformazione sociale, mentre quello statunitense, risalendo all'evento storico dell'indipendenza dalla madrepatria inglese, pone al centro il tema della garanzia dei diritti e della dispersione del potere in una pluralità di centri[13]. Non è un caso che per l'antesignano di ogni lettura del costituzionalismo in termini di primato della politica, e cioè Carl Schmitt, una teoria della costituzione sorga solo nell'anno 1789, in Francia[14]. Secondo Schmitt, l'origine della costituzione non risiede in una norma fondamentale (Kelsen), ma nella decisione politica fondamentale del popolo sovrano il cui potere costituente, contrariamente alle letture della costituzione secondo la metafora del legarsi come Ulisse di fronte alle sirene, non si esaurisce con il suo iniziale esercizio, ma resta permanente. Il punto di arrivo di questo movimento di pensiero è nell'identificazione di costituzionalismo e garanzia del mero rispetto della procedura democratica, secondo quanto proposto da Habermas, che lascia però aperta la domanda posta da Robert A. Dahl: «e quando il diritto al processo democratico entra in conflitto con un altro diritto fondamentale, quale altro processo dovrebbe dirimere la controversia?»[15]. La dialettica fra costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico si ripropone oggi, su scala sovranazionale, nella dialettica fra ordinamenti nazionali, concreta espressione del *demos* di una comunità, e ordinamenti internazionali (quale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), affidati a corti e autorità avvertite come

10. Ha ricostruito, da ultimo, questa decisiva polemica B. De Giovanni, *Kelsen e Schmitt oltre il Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

11. I riferimenti fondamentali sono a: J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996; R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.) 1996. Un'utile rassegna delle posizioni germinate nella critica "democratica" del costituzionalismo è in M. Goldoni, *Cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, vol. 10, 2010, pp. 337 ss.

12. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 4 ss.

13. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995.

14. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 113.

15. R. A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 1990, pp. 275 ss.

tecnocratiche dal punto di vista dei teorici del primato della sovranità nazionale.

La discussione su democrazia e costituzione è una grande discussione: in questa sede, vi si potrà solo fare cenno; nondimeno, siccome alle corti è affidata la custodia dei diritti sanciti dalle costituzioni, è bene delineare i contorni del modello di giudice che il costituzionalismo propone quale risposta alla critica democratica dell'aristocrazia giudiziaria. Sulla base della natura contro-maggioritaria del costituzionalismo quale limitazione del potere, due immagini sono identificabili. Una prima visione è legata al liberalismo classico, di cui è efficace rappresentazione il giudice che, ne *La democrazia in America* di Tocqueville, oppone alla foga dei disegni della sovranità popolare il suo procedere con lentezza e la protezione della *lex terrae* contro gli arbitri di una ragione astratta. Si avverte, qui, l'eco della polemica romantica contro il razionalismo e l'illuminismo, la garanzia del pluralismo dei valori contro la freddezza e l'astrattezza del progetto moderno di razionalizzazione della società[16]. L'idea del giudice garante della tradizione non è più proponibile nel contesto della postmodernità e delle società secolarizzate, nelle quali la pluralità di valori non è il punto di resistenza del passato rispetto a un'avanzante modernità, ma è il presente di un mondo compiutamente politeistico, caratterizzato dalla progressiva moltiplicazione delle differenti concezioni del bene.

Parte dal disaccordo contemporaneo sulle concezioni di vita buona una critica radicale dell'affidamento delle costituzioni alle corti: proprio la controversia radicale sulle visioni di bene giustifica, per Waldron, la superiorità della procedura democratica rispetto a quella del controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale[17]. Alla tesi del mero rapporto fra procedure, tale da rendere preferibile la procedura democratica, potrebbe prestare supporto la visione, sostenuta dai teorici del positivismo giuridico – come Herbert L.A. Hart e Joseph Raz –, dell'agire dei giudici come guidato da una piena discrezionalità dettata da considerazioni extra-giuridiche. Per la confutazione di questa visione, il costituzionalismo ha trovato il proprio alfiere nel Dworkin de *L'impero del diritto*. Quando il giudice risolve una controversia in base ai principi, punta all'integrità quale «migliore interpretazione costruttiva delle nostre distinte prassi giuridiche»[18]. Nel dirimere la controversia, il giudice non segue il soggettivismo delle proprie convinzioni di valore, come accade nella discussione all'interno dell'agone democratico, ma si appella a un ideale cui conforma il proprio agire interpretativo. Si tratta di un punto collocato all'infinito e, come tale, inattingibile; ciò nondimeno, esso governa l'attività interpretativa delle corti quale paradigma della ragione pubblica, come direbbe il John Rawls di *Liberalismo politico*. Nel processo democratico, il confronto è fra convinzioni soggettive di valore; in una Corte si mira all'idea-limite del giusto, quale equa ponderazione e sacrificio proporzionato dei principi concorrenti.

Interviene, qui, in favore del costituzionalismo una famiglia teorica che vede, fra i suoi protagonisti, anche Rawls (si può sostenere che il giudice che si appella all'ideale indossa il velo d'ignoranza che, per Rawls, caratterizza la posizione originaria al momento in cui si stabilisce una costituzione) e Kelsen, e che può farsi risalire a Kant. È vero che, a differenza di Rawls e Kelsen, Dworkin è accostabile più alla filosofia ermeneutica che non a quella trascendentale di origine kantiana, ma ciò che accomuna questi autori è l'identificazione del diritto con un ideale regolativo e l'affermazione, in tal modo, del primato della costituzione rispetto alla politica.

Kelsen è ben lontano dalla giurisdizione per principi perché, secondo la sua dottrina pura del diritto, il mondo giuridico è un mondo di fattispecie legali, organizzato in modo piramidale e di cui le sentenze dei giudici, collocate in basso nella gerarchia, rappresentano una mera esecuzione. Tuttavia, nel porre all'origine della costituzione, diversamente da Schmitt, una norma fondamentale e non una decisione politica, Kelsen rende evidente che il diritto è una forma ideale che richiede di essere concretizzata. La norma fondamentale dell'ordinamento giuridico non è posta come esistente, ma è una norma presupposta, una «condizione logico-trascendentale» di pensabilità del sistema[19]. Al momento di instaurare un ordinamento giuridico, la decisione politica fondamentale non è dettata dalla propria mera forza o da un'unilaterale volontà, ma da un ideale regolativo, che è il diritto nella sua forma pura consegnata dalla norma fondamentale, presupposta a ogni possibile norma.

Allo stesso modo, quando le corti interpretano le costituzioni, esse si appellano a un ideale, che è quello della migliore interpretazione della civiltà giuridica di una comunità, per riprendere Dworkin. Il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale non è una

16. I. Berlin, *Le radici del Romanticismo*, Adelphi, Milano, 2001, p. 183 ss.

17. J. Waldron, *A Right – Based Critique of Constitutional Rights*, in *Oxford journal of legal studies*, vol. 13, n. 1/1993, pp. 32 ss.

18. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 204.

19. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, p. 227.

mera procedura nella quale si agitano volontà empiriche, ma è la sede di un impegno a favore di una forma ideale[20].

3. Principi e clausole generali

Il bilanciamento dei principi, cui provvede il giudice costituzionale in sede di sindacato di costituzionalità della legge o il giudice comune in sede di risoluzione di un caso concreto non sussumibile in una fattispecie legale, non è esercizio di mera discrezionalità, ma tensione normativa verso un ideale di bilanciamento. La controversia giudiziaria innanzi al giudice comune rende evidente che quel bilanciamento non è mai in astratto, ma è relativo alle circostanze del caso; tuttavia, il giudice assume una responsabilità, che è quella del perseguimento di una forma ideale. Deve essere chiaro che il giudice, mediante il bilanciamento dei principi, costruisce la regola del caso concreto. Bisogna liberarsi dalla mistica della scoperta giurisdizionale del diritto. Quando il giudice bilancia i principi costituzionali in relazione alle circostanze del caso, non rinviene un diritto preesistente, che si rispecchi nella sua decisione, ma costruisce la disciplina relativa alla singola controversia. Egli si appella, tuttavia, all'ideale bilanciamento in concreto dei principi, il quale non è una realtà attingibile, bensì un ideale regolativo[21]. Il giudice si uniforma all'imperativo della liberazione dagli orientamenti soggettivi di valore e del perseguimento della forma ideale.

La pratica della decisione mediante l'appello a un ideale è particolarmente evidente nell'applicazione di norme ordinarie formulate per clausole generali. Le norme cosiddette "elastiche", quali la buona fede, la diligenza o il danno ingiusto, non rappresentano la regolazione del caso, ma la disciplina ideale cui la regolazione di ciascun caso concreto deve tendere. La clausola generale non fissa il contenuto della regola giuridica, in via generale e astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto. La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia, quindi, una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l'identificazione della norma del caso concreto. Come scrive Josef Esser, il quale definisce la clausola generale «forma-limite», «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di "capire in modo giusto" la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere»[22]. Identificare la norma individuale corrisponde, per l'interprete, all'assunzione di un impegno normativo nella direzione del parametro costituito dall'idea-limite. La buona fede, la diligenza o il danno ingiusto sono un *telos*[23].

Principi costituzionali e clausole generali hanno in comune il riferimento al caso concreto per l'individuazione delle loro condizioni di applicabilità. Non c'è un ordine gerarchico dei principi: essi trovano le loro infinite combinazioni e bilanciamenti in relazione alle circostanze del caso. L'ordine dei principi non è astratto e formale, ma in costante e incessante adeguamento alla materia viva del mondo dei fatti. Emerge qui la peculiare concretezza del diritto costituzionale. Il parametro di legittimità costituzionale della norma risiede non nella lista dei principi una volta per tutte e in via preventiva, ma nella graduazione che si manifesta nel caso concreto. La regola di legittimità fa la propria apparizione in relazione alle circostanze che, volta a volta, si presentano e all'esito dell'operazione di bilanciamento fra i principi concorrenti. Il compito dei principi è quello di generare regole in occasione del presentarsi del fatto. Le regole

20. Allo scopo di porre un argine al soggettivismo giudiziale, Alexy mira a formalizzare mediante algoritmi il criterio della proporzionalità alla base del bilanciamento fra principi (R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, vol. XVI, n. 2/2003, pp. 131 ss; *Id.*, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, *op. cit.*, pp. 433 ss.), ma qui vale l'obiezione di Dworkin, secondo cui non c'è un algoritmo che possa essere utilizzato al cospetto delle corti perché l'interpretazione costituzionale non è una scienza esatta (R. Dworkin, *L'impero del diritto*, *op. cit.*, 382; *Id.*, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 139). Il criterio del bilanciamento è riposto nel caso concreto, il quale sfugge alla forma astratta dell'algoritmo: il giudice si appella, tuttavia, all'ideale bilanciamento in relazione alle circostanze del caso e assume uno specifico impegno normativo in tale direzione.

21. Osserva R. B. Brandom, *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, in G. Hubbs e D. Lind (a cura di), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, New York, 2014, p. 39, che la prospettiva del realismo giuridico, secondo la quale il giudice pone il diritto, guarda solo al lato dell'autorità, mentre quella che evidenzia la scoperta del diritto da parte del giudice guarda solo al lato della responsabilità, laddove – invece – un resoconto esaustivo dell'attività giudiziaria è solo quello che contempla entrambi i lati e la loro interrelazione (che Brandom riconduce alla dialettica del reciproco riconoscimento di Hegel).

22. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 1983, p. 57.

23. Per maggiori approfondimenti, rinviamo a E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e* stare decisis, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 167 ss.

che risultano dal concorso dei principi non sono regole ermeneutiche[24], ma fattispecie normative vere e proprie[25], come sarà illustrato meglio più avanti. La norma è illegittima non per diretta violazione dell'astratto principio o della forma logica del bilanciamento, bensì per violazione della norma risultante dal bilanciamento in concreto dei principi. Quali regole, esse hanno la forma della fattispecie, e cioè di valutazioni di determinati presupposti di fatto. Tali fattispecie di ordine costituzionale costituiscono il parametro di legittimità della norma che quei fatti in via generale e astratta abbia valutato; oppure, spostandosi dal piano della giurisprudenza costituzionale a quello della giurisprudenza comune, rappresentano la regola del caso concreto, risolto mediante un diretto appello alla forza gius-generativa dei principi costituzionali in mancanza di una fattispecie legislativa.

Allo stesso modo, le clausole generali o norme elastiche, quali puri ideali di regolazione, sono determinabili solo in relazione alle circostanze del caso: possono, cioè, essere predicate solo come norme individuali. Non c'è *la* buona fede, ma *un* comportamento conforme a buona fede, date determinate circostanze di fatto. Allo stesso modo dei principi, le clausole generali generano regole del caso concreto. In entrambi i casi – principi e norme elastiche – l'identificazione della regola individuale risulta da un appello all'ideale: nell'un caso, l'ideale bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso; nell'altro, l'ideale di norma espresso dalla clausola generale.

Emergono, però, anche le differenze. La tecnica di applicazione dei principi è quella del bilanciamento; la tecnica di applicazione delle clausole generali corrisponde alla concretizzazione. La clausola generale non è suscettibile di bilanciamento perché, nel corso della sua concretizzazione, incontra solo le circostanze fattuali e non anche valori normativi concorrenti, come accade invece nel caso dei principi costituzionali. Mentre la normatività di questi ultimi è condivisa con altri principi, caratteristica della regola – come si è detto – è il carattere esclusivo della disciplina. Della regola la clausola generale, in quanto ideale di regola, recepisce l'esclusività della disciplina pur essendo, quale puro ideale, priva della forma della fattispecie. Questa differenza rinvia al diverso piano su cui operano principi e clausole generali – l'uno costituzionale, l'altro ordinario – e consente di illustrare come nasce un ordinamento.

All'origine di un ordinamento giuridico vi sono i principi costituzionali, non i valori. Il valore è un bene finale, non bilanciabile con altri valori, mentre i principi sono beni iniziali, che si realizzano fino a un certo grado, risultante dal bilanciamento con gli altri principi[26]. Un ordinamento nasce, in definitiva, come segue. Grazie al bilanciamento dei principi, che compete in primo luogo al legislatore in un ordinamento fondato sulla forma di legge, viene identificato un valore. Il valore può essere positivizzato come tale, ad esempio il dovere di comportarsi secondo buona fede, e sorge una norma ordinaria elastica, la quale richiederà le concretizzazioni da parte del giudice allo scopo della sua applicazione. Quel valore può, però, costituire per il legislatore il criterio per collegare a un determinato fatto, previsto in via astratta e generale, determinati effetti giuridici. Sorge così la fattispecie legale, la cui applicazione avviene mediante sussunzione. La concretizzazione legislativa del valore può essere reiterata per una diversità di tipologie astratte di fatti e si avranno, quindi, diverse concretizzazioni del valore per una molteplicità di disposizioni legislative. Quel valore diventa allora un principio *generale* dell'ordinamento (generale perché relativo a una pluralità di norme ordinarie nel quale si è concretizzato[27]), ma la differenza con il principio costituzionale è chiara: il principio generale è il valore, risultante dal bilanciamento fra principi costituzionali, che si è concretizzato in una pluralità di disposizioni legislative (la buona fede, ad esempio, non è solo positivizzata come tale, ma è concretizzata dal legislatore in una pluralità di fattispecie, operando quale criterio di collegamento degli effetti giuridici al fatto previsto dalla norma in via generale e astratta); il principio costituzionale è la fonte dei bilanciamenti alla base delle norme ordinarie. Ai bilanciamenti fra principi costituzionali provvedono anche il giudice costituzionale, in sede di controllo di legittimità della norma ordinaria, e il giudice comune, in sede di risoluzione di una controversia non disciplinata dalla legislazione ordinaria (o di interpretazione della norma ordinaria in modo conforme a Costituzione). Quando il giudice

24. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 125.

25. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 41.

26. Precisa J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, op. cit.*, 302 ss., che i principi hanno un senso deontologico, mentre i valori hanno un senso teleologico; si veda anche G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXI, 2002, pp. 865 ss.

27. Quali concretizzazione legislativa dei valori, i principi generali sono caratterizzati da «un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema» (cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 316).

comune concretizza una clausola generale non opera bilanciamenti perché la norma elastica è già il risultato di un bilanciamento fra principi, cui ha provveduto il legislatore ponendo quella norma. Al giudice non resta che concretizzare la clausola generale (e cioè il valore identificato dal legislatore sulla base del bilanciamento fra principi) sulla base delle circostanze del caso.

Prevede l'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale in apertura del codice civile italiano che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Se il caso della vita, ad esempio una questione inedita in materia di diritti della persona, sfugge ai bilanciamenti di principi operati dal legislatore, per cui non solo manca una norma espressa mediante cui disciplinare il caso, ma difetta anche un valore positivizzato in norme (e dunque la norma da applicare analogicamente o il principio generale) cui fare riferimento, non resta al giudice che identificare, mediante il bilanciamento fra principi costituzionali, il valore attraverso il quale collegare al fatto concreto gli effetti giuridici.

4. Garantire la sicurezza giuridica

Come si è detto, il giudice che bilancia principi o concretizza clausole generali non scopre un diritto preesistente, ma costituisce la regola del caso concreto, appellandosi tuttavia a un ideale e non seguendo le proprie convinzioni di valore. Si tratta di un diritto che non viene dal sovrano democratico nella forma della legislazione, ma dal giudice nella forma della giurisdizione. Nel caso dei principi, la soglia di costituzione del diritto è anche più elevata perché, mentre nell'ipotesi delle clausole generali si tratta di concretizzare un valore identificato dal legislatore, quando si tratta di dare diretta attuazione ai principi mediante il loro bilanciamento, il valore attraverso cui collegare gli effetti giuridici al fatto concreto è identificato dal giudice.

Al diritto che non viene dal sovrano democratico sembra mancare una delle caratteristiche identificative della forma di legge, la prevedibilità degli effetti giuridici delle condotte umane. Significativa è l'obiezione che fu sollevata all'indomani della rilettura della responsabilità civile, operata da Stefano Rodotà, in termini di clausola generale del danno ingiusto e di principio costituzionale di solidarietà sociale: nel passaggio dalle fattispecie di condotte illecite alla clausola generale del danno ingiusto, quale criterio ordinatore della responsabilità civile, si perde l'oggettività degli elementi descrittivi del sistema di fattispecie tipiche a garanzia del principio di legalità[28]. L'obiezione che si può muovere alla giurisdizione per principi o clausole generali è più radicale di quella dell'assenza di prevedibilità del diritto come fatto sociale. Il piano della calcolabilità del diritto è quello sociologico individuato da Weber, che vedeva nella fattispecie uno strumento essenziale della moderna economia di mercato. Dopo l'ingresso del principio di rigidità costituzionale, la prevedibilità del diritto diventa certezza del diritto, espressione a sua volta del diritto fondamentale alla sicurezza giuridica. Ricorrente nella giurisprudenza costituzionale a proposito, per vero, dell'esercizio del potere legislativo, è il richiamo al legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica quale elemento fondamentale dello Stato di diritto[29]. La stessa Corte europea dei diritti umani, pur escludendo l'esistenza di un diritto a una giurisprudenza costante (perché il principio della certezza del diritto non impone il divieto per la giurisprudenza di modificare i propri indirizzi)[30], in più occasioni ha ammonito gli Stati aderenti alla Convenzione a evitare marcate diversità di vedute all'interno dell'organo avente il compito di dare uniformità alla giurisprudenza a salvaguardia del canone della certezza del diritto[31]. Il legittimo affidamento nella sicurezza giuridica e la certezza del diritto sono proiezione del principio di eguaglianza. Con quest'ultimo stride apertamente l'evenienza che due fattispecie concrete di analogo contenuto siano decise dal giudice in modo difforme.

La codificazione, che si affermò sul continente europeo nel XIX secolo, assolse alle esigenze di sistematicità, certezza e prevedibilità del diritto. A quelle esigenze ha corrisposto nel mondo anglo-sassone la regola dello *stare decisis*, anch'essa impostasi nel XIX secolo[32]. In un'opera risalente sul diritto giurisprudenziale si osservò che, negli ordinamenti dell'Euro-

28. I riferimenti sono a S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, e A. Baratta, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 28 ss.

29. Fra le tante: Corte cost., 24 luglio 2009, n. 236, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2921 e 26 gennaio 2007, n. 11, *ibid.*, 2007, I, c. 1053.

30. Corte Edu, *Unedic c. Francia*, ric. n. 20153/04, 18 dicembre 2008.

31. Ad esempio: Corte Edu, *Beian c. Romania*, ric. n. 30658/05, 6 dicembre 2007; *Tudor c. Romania*, ric. n. 6928/04, 15 giugno 2006.

32. L. Antoniolli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1/1993, pp.

pa continentale, la certezza del diritto è meglio garantita, rispetto al regime del precedente giudiziale, da «un codice organico, inteso a regolare integralmente una materia attraverso anticipate formulazioni generali»[33]. Come abbiamo detto all'inizio, il codice civile ha rappresentato l'espressione più compiuta della tecnica della fattispecie legale. Sembra che il tempo di quel codice «organico» non possa più tornare, non solo perché la forma-codice è stata grandemente relativizzata da una straordinaria proliferazione della legislazione speciale, ma anche perché, se per un verso si va diffondendo nello stesso codice il tipo della norma a clausola generale, per l'altro la forma-costituzione in funzione di fonte del diritto penetra in tutti gli interstizi e gli spazi vuoti lasciati dal codice civile. Rispetto alla giurisdizione per principi o per clausole generali, la forma-codice e il diritto per fattispecie non assolvono evidentemente ad alcuna funzione di calcolabilità e prevedibilità del diritto. La funzione di certezza del diritto rispetto al diritto per principi o per clausole generali non può che essere assolta dal precedente giudiziario. È alla regola dello *stare decisis* che può, allora, affidarsi il compito di garantire la sicurezza giuridica quando il giudice dirime le controversie attraverso i principi costituzionali o le clausole generali.

Negli ordinamenti di *civil law*, informati al dominio della forma di legge, la tecnica della fattispecie legale continua ad assolvere la fondamentale funzione di garanzia della certezza del diritto. Peraltro, l'espansione di una giurisdizione per principi costituzionali o per clausole generali impone l'adozione, anche nei sistemi di *civil law*, della regola dello *stare decisis*. In realtà, non si tratta di adottare in senso proprio una siffatta regola, ma di prendere atto della sua operatività laddove la controversia è risolta mediante la diretta applicazione dei principi o mediante la concretizzazione di una clausola generale. Questo riconoscimento va contemperato con il principio di soggezione del giudice alla legge che caratterizza i sistemi di *civil law*. Tale è la portata dell'art. 101 della Costituzione italiana e dell'art. 230 della Costituzione colombiana, il quale tuttavia prevede che «l'equità, la giurisprudenza, i principi generali del diritto e la dottrina sono criteri ausiliari dell'attività giudiziale»[34]. In un sistema informato al diritto di fonte legislativa, la forza vincolante del precedente non può che derivare dal diritto positivo. Se il giudice è soggetto alla legge, solo quest'ultima può stabilire i margini di vincolatività del precedente, e può farlo in misura più o meno estesa. È quanto accade con l'art. 374, comma 3, del codice di procedura civile italiano: esso prevede che, se la sezione semplice della Corte di cassazione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite della medesima Corte, rimetterà a queste ultime la decisione del ricorso. Al precedente enunciato dalle sezioni unite non è, però, vincolato il giudice di primo o secondo grado, il quale, motivando sul punto, può appellarsi alla legge contro il precedente e riaprire il circuito della nomofilachia. Sarà la Corte suprema, a questo punto, ad assicurare l'«esatta osservanza» della legge.

Il precedente giudiziario del *common law*, in quanto relativo a un diritto che non deriva dalla legge, è dotato di una vincolatività propria, ontologica, che trova fondamento nel principio di tradizione[35]. L'efficacia vincolante del precedente, con riferimento alla giurisdizione per principi o per clausole generali, discende dalla circostanza che il diritto che il giudice applica, anche laddove concretizzi una clausola generale prevista dalla legge, costituisce il diritto del caso concreto. Il riconoscimento dell'esistenza della regola dello *stare decisis* in un sistema di *civil law* deriva, quindi, dall'individuazione di un ambito di giurisdizione nel quale non trova applicazione il diritto di fonte legislativa, ma una norma concreta di diritto. In tale ambito – come si dimostrerà a breve – il precedente giudiziario, come nel *common law*, è dotato di una vincolatività propria, che non deriva quindi dalla legge.

136 e 142 ss.

33. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 584. Occorre considerare che il codice civile ha da principio trovato applicazione non in modo diretto, ma attraverso la mediazione delle categorie dogmatiche elaborate dalla dottrina. Prima dell'apparizione del modello di costituzione rigida, gli istituti giuridici assolvevano al ruolo costituzionale di limite del potere legislativo (G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 129 ss.). Ha osservato G. Samuel, *A Short Introduction to the Common Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton (Mass.), 2013, p. 103, che la teoria di Dworkin del diritto come integrità richiama, dall'interno del *common law*, la costruzione dogmatica del diritto come sistema coerente, espressione propria del *civil law*.

34. La Corte costituzionale colombiana, nel caso C-836/01, *Rodrigo Escobar Gil*, 9 agosto 2001, ha riconosciuto che seguire il precedente della corte superiore salvaguarda il principio di prevedibilità del diritto, il diritto di eguaglianza, l'ideale della coerenza del diritto e la supremazia della Costituzione.

35. Il riferimento allo *standard* esistente è il primo canone del giudice di *common law* (M.A. Eisenberg, *La natura del common law*, Giuffrè, Milano 2010); contrappone la concezione legislativa e creazionistica del diritto a quella giudiziale ed evoluzionistica M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLIV, n. 1/2015, pp. 67 ss.

Non può sfuggire, infine, che il principio di tradizione, su cui è radicata la regola dello *stare decisis*, costituisce un fattore di mitigazione potente dell'influenza degli orientamenti soggettivi di valore del singolo giudice. Nell'ambito di un'importante discussione germinata nell'ambiente filosofico statunitense, si è precisato che il vincolo al caso precedente non corrisponde a un rapporto fra le individualità dei giudici, ma alla partecipazione a una comune tradizione cui il giudice attuale e il suo predecessore, con minore o maggiore successo, mirano a essere fedeli[36]. Nel vigore della regola dello *stare decisis*, il rapporto del giudice con il caso è mediato non dalla fattispecie, ma dalla tradizione rappresentata dalla catena dei precedenti. La presenza di una mediazione (la tradizione o la fattispecie) rappresenta un ostacolo decisivo all'irruzione delle individuali convinzioni di valore del singolo giudice.

5. Lo *stare decisis* nel *civil law*

Il caso da disciplinare mediante i principi costituzionali conosce diversi livelli di intensità: si va da un massimo di astrattezza e generalità, che ricorre nel giudizio di costituzionalità quando viene in rilievo la classe generale e astratta contemplata dalla norma oggetto di scrutinio costituzionale, al massimo di concretezza che contraddistingue la controversia innanzi al giudice comune per la tutela di un diritto non disciplinato dalla legge ordinaria. Il diritto rilevante, in entrambi i casi, corrisponde non ai principi oggetto di bilanciamento, ma alla norma – relativa alle circostanze – in cui sfocia il bilanciamento medesimo e in base alla quale è sindacata la legittimità costituzionale della norma ordinaria, o decisa la controversia relativa a un caso non previsto dalla legge. Del resto, anche il legislatore, quando pone una norma, bilancia principi: il diritto, in tal caso, corrisponde ovviamente alla norma legislativa, non ai principi dalla cui ponderazione risulta quella norma. Allo stesso modo, il diritto corrisponde alla norma concreta, e non ai principi costituzionali, quando il giudice comune, chiamato al bilanciamento dei principi costituzionali di fronte a un *hard case* non disciplinato dalla legge, *dichiara* (non *pone*, stante il vincolo di soggezione del giudice al diritto) la regola del caso concreto.

La regola di cui il giudice comune fa applicazione è la norma concreta di diritto che consente la risoluzione della controversia. Si tratta di una norma senza disposizione, in quanto identificata solo in via interpretativa mediante il bilanciamento dei principi, e non risultante da un enunciato linguistico posto. Una norma concreta di diritto identifica pur sempre una fattispecie, solo che vi è piena convergenza di fattispecie concreta e norma. Gli elementi di fatto della fattispecie normativa sono rappresentati direttamente dalle circostanze del caso concreto. La concretizzazione della clausola generale ben illustra questo fenomeno.

Il dovere di comportarsi secondo buona fede, per riprendere un esempio illustre di clausola generale, esprime una forma ideale di norma. La norma in senso tecnico che trova applicazione non è l'ideale di norma espresso dalla clausola generale, ma la norma individuale. La disciplina del caso non è affidata alla clausola generale, priva, in quanto puro ideale, di forza precettiva in relazione alle circostanze del caso, ma alla norma concreta. La clausola generale non regola una classe di azioni o eventi, illustrando invece l'ideale di regolazione per le discipline relative ad azioni ed eventi eterogenei. Essa esprime il valore che il legislatore ha identificato bilanciando i principi, ma poi spetta al giudice identificare la norma quale collegamento dell'effetto giuridico al fatto concreto sulla base di quel valore. La disciplina dell'azione o evento individuale è affidata alla norma concreta, la quale è, pertanto, una norma giuridica a tutti gli effetti, una norma senza disposizione, risultante dalla concretizzazione giudiziale del valore enunciato dal legislatore nella norma elastica o clausola generale.

Si viene così dispiegando, in parallelo all'ordinamento positivo risultante dalla disciplina generale e astratta che caratterizza la forma di legge, un ordinamento concreto risultante dai singoli bilanciamenti di principi costituzionali o dalle singole concretizzazioni di clausole generali; un ordinamento, cioè, di fattispecie concrete e non astratte e generali. Il principio di diritto enunciato dalla sentenza e corrispondente alla norma concreta di diritto ha tutte le caratteristiche della *ratio decidendi* secondo il *common law*. Mentre nel *civil law* la *ratio decidendi* della sentenza ha pur sempre la forma della previsione astratta e generale – in quanto è applicazione, mediante la tecnica della sussunzione, della disposizione legislativa a nuovi casi, oppure è interpretazione della stessa portata normativa della disposizione –, nel *common law* la *ratio decidendi* è inferita dalle circostanze del caso concreto e da queste non è separabile[37]. La *ratio decidendi* in un sistema legalistico è priva della for-

36. R. Brandom, *Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms*, in *European journal of philosophy*, vol. VII, 1999, pp. 179 ss. e J. McDowell, *Comment on Robert Brandom's "Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism"*, *ibidem*, pp. 192 ss.

37. R.C. Gonzales, *From* Jurisprudence Constante *to* Stare Decisis*: the Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitu-*

za propria dello *stare decisis* perché non è altro che sussunzione del fatto nella fattispecie legale (o interpretazione di quest'ultima) e, dunque, ciò che trova applicazione nei casi successivi è pur sempre la norma di legge. Invece, nel caso di *ratio decidendi* corrispondente alla norma concreta di diritto, la quale è precetto giuridico non svincolabile dalle circostanze del caso concreto, il *decisum* è in quanto tale suscettibile di reiterazione in casi successivi connotati dai medesimi requisiti fattuali. Si può parlare, a questo proposito, di *nomofilachia del concreto*.

Il meccanismo operante è quello della riconduzione e non della sussunzione. Quest'ultima presuppone una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare un caso concreto attraverso la selezione degli elementi corrispondenti all'ipotesi astratta. È necessario che tutti gli elementi della fattispecie astratta siano presenti in quella concreta, che è così dedotta dalla prima. Nel caso della norma concreta, il procedimento logico non è deduttivo, ma induttivo. In essa, la fattispecie ha carattere concreto perché consta di un complesso di elementi non tutti necessari – come per la fattispecie astratta. Non è richiesto che tutti gli elementi della fattispecie concreta siano rinvenibili nel nuovo caso. Il rapporto non è fra astratto e concreto, ma fra concreto e concreto. Ai fini dell'ulteriore applicazione della norma inferita dalle circostanze del precedente caso, si procede mediante il raffronto fra casi concreti, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi, che hanno rilevanza ai fini del precetto normativo. Trattandosi non di sussunzione, ma di riconduzione, la corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa. Stanti le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi va regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* e del *limiting* elaborate dal giudice anglosassone. Si procede attraverso accostamenti per successive approssimazioni, secondo la logica incrementale e cumulativa del diritto casistico[38].

L'enunciazione del principio di diritto, anche quando è relativa alla giurisdizione per principi o per clausole generali, resta pur sempre formalmente interpretazione e non atto normativo, perché il giudice dichiara e non pone il diritto. Il suo termine di riferimento è, però, non la norma a fattispecie astratta e generale, la quale è suscettibile di uno spettro più o meno ampio di applicazioni, bensì una norma concreta, la cui applicazione non è svincolabile dalle circostanze del caso singolo contemplato dalla norma medesima. L'enunciato del principio di diritto corrisponde non a una delle possibili puntualizzazioni interpretative della norma, bensì direttamente alla norma, ma non nel senso che quell'enunciato abbia efficacia normativa sul piano del sistema delle fonti. L'efficacia normativa è sempre quella della norma (concreta), non del principio di diritto che la enuncia. La norma concreta non è suscettibile di puntualizzazioni interpretative in relazione ai casi perché è già essa, quale norma individuale, una puntualizzazione normativa. Non c'è una disposizione che trapassi in norma, ma direttamente la norma, la quale si manifesta esclusivamente in sede interpretativa. Quale norma senza disposizione, la norma individuale si manifesta infatti solo nel principio di diritto enunciato dalla sentenza. La *vis* normativa non coincide con quest'ultima, ma la sentenza, nella misura in cui il diritto è solo del caso concreto, esprime la norma. In definitiva, il principio di diritto enunciato dalla sentenza non è attuativo, ma ostensivo della norma.

Il vincolo che, a questo punto, deriva dalla pronuncia giudiziale non è meramente persuasivo, ma normativo. Il precedente giudiziario è giuridicamente vincolante perché solo in esso fa la sua apparizione la norma, ma ciò che in realtà vincola non è il principio di diritto, ossia la sentenza, bensì la norma concreta che vi appare. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario va così identificata in quella della norma cui viene imputato il principio di diritto[39]. Il giudice è soggetto a quella norma, alla stregua di qualsiasi vincolo di diritto, non solo nel processo in cui ne è invocata per la prima volta l'applicazione, ma anche nei successivi, in cui ne è domandata l'applicazione in presenza dei medesimi requisiti fattuali rilevanti, una volta che si sia pervenuti all'enunciazione del relativo principio di diritto da parte della Suprema corte. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario non è, come si è detto, un attributo della sentenza come tale, ma è l'efficacia normativa del diritto concreto che in

tionalism, in *Transnational legal theory*, vol. VII, n. 2/2016, pp. 257 ss.

38. Secondo N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, p. 919, anche nel decidere secondo precedenti opera il giudizio sussuntivo perché «il giudice, estraendo la norma dalle sentenze già emesse, delinea di necessità una fattispecie, cioè sale dal caso deciso ad uno schema tipico entro cui riconduce il nuovo fatto sottoposto alla sua cognizione». Di contro, va osservato che nell'ipotesi dello *stare decisis* il rapporto è fra concreto e concreto e non opera il giudizio sussuntivo: se è vero che ricorre l'applicazione di una norma di diritto (altrimenti si avrebbe la decisione secondo equità), è pur vero che la norma ha carattere concreto, è relativa alle circostanze del caso; ne discende che il caso successivo non può essere sussunto in una norma avente carattere concreto, ma solo ricondotto a essa, in forma più o meno intensa.

39. A Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 728.

quella sentenza si è manifestato a rendere vincolante il precedente. Solo nella pronuncia giudiziaria, e non altrove, si è infatti manifestato il diritto. La giurisdizione è sempre dichiarativa, non costitutiva del diritto. Costituisce, però, precedente vincolante perché il diritto che dichiara corrisponde a una norma senza disposizione. Una volta che quella norma concreta sia stata enunciata, gli altri giudici, alla stessa stregua del giudice che l'ha enunciata, vi sono vincolati per quei casi che hanno in comune i requisiti fattuali rilevanti. Il principio dello *stare decisis* è pienamente operante, quale effetto proprio della soggezione del giudice al diritto (concreto). Diversamente da ciò che accade quando si fa applicazione del diritto posto dal legislatore, i margini di vincolatività del precedente non sono fissati dalla legge, ma sono dettati dalla natura propria del fenomeno giuridico. L'efficacia di precedente vincolante è originaria, e non derivata da una previsione legislativa[40].

Il fondamento dello *stare decisis* nei sistemi di *civil law* riposa, quindi, nell'applicazione di norme concrete di diritto in sede di giurisdizione per principi costituzionali o per clausole generali. Proprio perché fra il giudice e il caso non si interpone la legge, acquista vigore la norma applicata nel singolo caso e identificata attraverso il bilanciamento in concreto dei principi o la concretizzazione della norma elastica. Mediante la riconduzione del caso al precedente, si persegue la garanzia della sicurezza giuridica nel campo della giurisdizione per diretta attuazione dei principi costituzionali. Si tratta, per il giudice di *civil law*, di acquistare un nuovo strumentario, che è quello del ragionare non per sussunzioni in previsioni astratte e generali, ma per raffronti fra casi concreti, inferendo, da come è stato risolto il caso precedente, la regola per dirimere il nuovo caso. Soprattutto, però, non si tratta di inserire un corpo estraneo in un sistema basato sulla forma di legge, ma di scoprire che, quando il giudice decide la controversia bilanciando i principi o concretizzando clausole generali, la regola dello *stare decisis* è già all'opera.

6. Un esempio di diritto del caso concreto: il contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte

Sia per i giuristi di *civil law* che per quelli di *common law*, «*the courts do not make contracts for the parties*». Gli scrittori di *civil law* affermano che il giudice non può dichiarare la nullità del contratto se il regolamento di interessi non è equo ed è gravemente sbilanciato in danno di una parte, perché le parti sono i giudici migliori dei loro interessi. La questione dello squilibrio contrattuale appartiene non al giudizio di validità del contratto, ma al merito delle valutazioni delle parti, non sindacabile dal punto di vista del diritto. Per la tradizione di *civil law*, lo squilibrio contrattuale rileva esclusivamente alle condizioni previste dalla legge. Ad esempio, lo squilibrio rileva se la parte avvantaggiata dal regolamento iniquo si è comportata, in sede di formazione del contratto, in modo riprovevole, esercitando una minaccia o approfittando di uno stato di bisogno. Lo squilibrio in quanto tale resta, però, esterno al diritto e appartiene al merito del regolamento non sindacabile dal punto di vista del diritto. Questa è la conclusione cui conduce la prospettiva della fattispecie legale. È possibile immaginare che il giudice trovi un rimedio per il contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte mediante il diretto riferimento ai principi costituzionali? La domanda potrebbe essere riformulata nei termini seguenti: la giuridicità del contratto si esaurisce nella fattispecie legale o vi è lo spazio per un diritto contrattuale che trascenda la fenomenologia degli effetti della fattispecie e da affidare ai principi? Se c'è una disciplina del contratto affidata alla diretta attuazione dei principi costituzionali, si apre, anche in materiale contrattuale, tutta la problematica del diritto del caso concreto e dello *stare decisis*.

Per sciogliere il nodo, occorre prendere le mosse da quello che è possibile definire come l'enigma dell'autonomia privata. Si deve al magistero di Emilio Betti la definizione dell'autonomia privata come fenomeno sociale e dell'intervento dell'ordinamento giuridico come regolazione di un fatto sociale, che precede l'ordinamento, e non attribuzione di una potestà normativa. Il fatto sociale dell'autonomia privata non è riducibile al comune fatto giuridico, come il possesso o l'acquisto per usucapione, perché qui, a differenza che negli altri casi, la fattispecie concreta «contiene già essa stessa l'enunciazione o l'attuazione di un precetto»[41]. Il contratto è regola posta dall'autonomia sociale, che l'ordinamento giuridico recepisce e trasforma in precetto giuridico, munendola della sanzione del diritto. Esso non è, quindi, riducibile allo schema del mero fatto sottoposto alla valutazione del diritto. L'ordinamento giuridico collega a quel fatto l'effetto del vincolo giuridico (il contratto ha «forza

40. Per ulteriori approfondimenti rinviamo a E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016, pp. 129 ss. (www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/dire-il-diritto-che-non-viene-dal-sovrano_402.php) e *Id.*, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e* stare decisis, *op. cit.*

41. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950, p. 48.

di legge tra le parti» secondo l'art. 1372 del codice civile italiano), ma le conseguenze che ne derivano in termini di costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici sono quelle previste nella regola posta dai privati già sul piano sociale e prima dell'intervento del diritto[42]. L'enigma dell'autonomia privata risiede nel fatto che, per un verso, il contratto in quanto regolamento non è riducibile al comune fatto giuridico; per l'altro, data la sua origine sociale, non acquista la qualità di fonte di diritto in senso formale. La concezione di Kelsen del negozio giuridico quale «fattispecie produttrice di norme»[43] collocata in basso alla struttura piramidale dell'ordinamento è rimasta isolata, mentre ha prevalso la concezione dell'autoregolamentazione sociale che precede l'intervento dell'ordinamento giuridico.

Se il contratto fosse una fonte formale di diritto, il giudizio di conformità al diritto si esaurirebbe nel sindacato alla luce della norma superiore, come avviene nel caso del controllo di legittimità della legge in base alla Costituzione. Proprio perché il sindacato di legittimità della legge si esaurisce nel controllo di costituzionalità, resta non sindacabile il merito della scelta politica della volontà che ha posto l'atto legislativo. Anche il provvedimento amministrativo partecipa della stessa dialettica fra merito e legittimità che si incontra a proposito della legge. La valutazione di interessi, che residua al giudizio di legittimità, è qui non sindacabile non per l'esistenza della gerarchia delle fonti, cui il provvedimento amministrativo resta estraneo, ma perché il provvedimento è emesso sulla base del potere attribuito dalla norma. Non c'è un potere amministrativo di regolazione degli interessi prima dell'attribuzione normativa del potere. Vagliata la legittimità dell'esercizio del potere sulla base della norma che lo ha attribuito, non resta che il merito quale espressione della volontà che ha posto l'atto.

Non così nel contratto, dove l'autoregolazione degli interessi ha una genesi sociale e non deriva da un potere attribuito dall'ordinamento. Il diritto si limita a disciplinare un fatto sociale che lo precede e che ha una peculiare struttura precettiva. Nel caso del contratto, il giudizio di legittimità alla stregua della fattispecie legale non esaurisce la valutazione giuridica perché il contratto, in quanto autoregolamentazione di interessi, non è un comune fatto giuridico. All'esito delle riduzioni e integrazioni del regolamento cui provvede la disciplina della fattispecie, resta sporgente una regolazione d'interessi che la struttura di fattispecie legale non può assorbire e che, pertanto, non può essere concepita come merito insindacabile. Il presupposto della non sindacabilità delle scelte della volontà che ha posto l'atto è l'esaurimento del giudizio di conformità al diritto sulla base del controllo di coerenza alla norma costituzionale, come avviene nel caso della legge, o alla norma attributiva del potere, come nel caso del provvedimento amministrativo. Il giudizio di conformità al diritto non si esaurisce, invece, nel controllo del contratto alla luce della fattispecie legale perché il negozio è autoregolazione sociale che precede il sistema normativo di attribuzione dei poteri e non fonte formale di diritto. Inoltre, in quanto regolazione, eccede la struttura della fattispecie. Permane, quindi, una carica regolamentare non riducibile a merito, inteso come espressione della volontà che ha posto l'atto. Tale carica regolamentare resta valutabile dal punto di vista del diritto e, trattandosi di materia non circoscrivibile nel perimetro della fattispecie contemplata dalla legge (e residuata al filtro di quest'ultima), non resta che il diritto costituzionale, e segnatamente i principi costituzionali.

Si apre un territorio inesplorato per il sindacato del giudice di *civil law*. Il controllo giudiziale di un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte ricade nella sfera del bilanciamento dei principi costituzionali relativo alle circostanze del caso. Volontà privata non sindacabile è solo quella che resiste al giudizio di conformità alla regola giuridica del caso concreto derivante dal bilanciamento dei principi. È quest'ultima regola che fornisce il criterio per valutare se c'è uno squilibrio rilevante per il diritto. Il giudice provvede all'individuazione della norma concreta di diritto bilanciando, in relazione alle circostanze del caso, il complesso dei principi costituzionali che vengono in rilievo sulla base del particolare esercizio dell'autonomia privata. Quali sono i rimedi cui attingere per il sindacato giudiziale sul contratto attraverso i principi costituzionali?

La nullità non può venire in rilievo, perché è istituto inerente alla fattispecie legale. Non viene in gioco neanche la categoria d'inefficacia. L'efficacia, quale produzione degli effetti giuridici, è ancora manifestazione della fattispecie, e qui siamo oltre la fattispecie. Ciò che rileva è, più propriamente, l'attuazione del contratto, valido ed efficace. Va qui ripresa la distinzione fra efficacia ed esecuzione: la prima quale estrinsecazione della fattispecie legale mediante la produzione dell'effetto giuridico e la seconda quale realizzazione del programma d'interessi sul piano del

42. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969, pp. 304 ss.

43. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 287.

fatto[44]. Il sindacato del giudice sul contratto mediante i principi costituzionali, in quanto estraneo (e successivo) a quello relativo alla fattispecie legale, incide non al livello degli effetti, e cioè della validità e dell'efficacia, ma al livello del fatto, e cioè dell'esecuzione. Il regolamento d'interessi iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte è un regolamento legalmente valido e produttivo di effetti giuridici, ma la parte contrattuale pregiudicata, convenuta in giudizio per l'esecuzione del negozio, può eccepirne la non opponibilità alla luce del bilanciamento in concreto dei principi che consenta di qualificare l'accordo negoziale in termini di grave iniquità. A quel regolamento, valido ed efficace, non può essere prestata esecuzione perché lo squilibrio che connota il programma d'interessi è fatto impeditivo della sua attuazione. Il negozio non è inefficace, ma la possibilità materiale di metterlo in esecuzione è impedita dall'eccezione di squilibrio significativo.

La vicenda diventa, a questo punto, tutta processuale perché il diritto rimediale acquista visibilità quale tutela essenzialmente processuale. Come nello *ius honorarium* che scaturì dalla giurisdizione dei pretori a Roma, il diritto della parte convenuta in giudizio per l'adempimento del contratto gravemente squilibrato si presenta nella forma della possibilità di sollevare una *exceptio*. Uno strumento a disposizione della prassi è quello della paralisi in sede processuale dell'eseguibilità di un accordo valido mediante l'*exceptio doli generalis*, ma in un'ottica puramente rimediale altre forme di tutela possono essere identificate nella risoluzione delle singole controversie.

Il sindacato sul contratto alla luce dei principi costituzionali rinvia alla formazione di un diritto casistico nel quale il punto di appoggio del giudice è la catena dei precedenti al cui sviluppo anch'egli è chiamato a contribuire attivamente. Se non viene posto in questa prospettiva, il sindacato del giudice diventa fattore di incertezza del diritto ed espressione di convinzioni soggettive di valore. Anche qui bisogna presumere un appello all'ideale bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso e ritenere operante l'efficacia vincolante del precedente giudiziario cui il nuovo caso sia riconducibile. Le parti del contratto devono confidare sulla sicurezza e prevedibilità del traffico giuridico. Un'esigenza analoga emerge, del resto, quando il giudice dirime la controversia in materia contrattuale mediante la concretizzazione della clausola generale sulla buona fede prevista dal codice civile.

L'applicazione della regola dello *stare decisis*, con riferimento a una giurisprudenza sul contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, apre nuovi scenari per il giudice di *civil law*.

44. A. Di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967.

Il giudice e il precedente

di *Pietro Curzio*

Dopo aver posto alcune premesse, l'Autore rileva che è lo stesso ordinamento – nell'attribuire alla Corte di cassazione il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» – a riconoscere che, di una stessa disposizione possono essere date più interpretazioni; di qui, il rischio di imprevedibilità delle decisioni. L'Autore prende allora in considerazione le «ragioni del cambiamento» e le «ragioni della stabilità», evidenziando come entrambe rispondano ad esigenze di rilievo costituzionale, soffermandosi, infine, sugli strumenti ordinamentali che possono garantire il delicato punto di equilibrio che la giurisdizione deve riuscire ad individuare.

Una premessa

Il tema del precedente giudiziario, fra i più discussi negli ultimi anni, coniuga un rilevantissimo interesse pratico ed una riflessione teorica, molto complessa, che incrocia altri temi fondamentali, a cominciare da cosa deve intendersi per giurisprudenza. Uno dei molteplici significati del termine "giurisprudenza", come scrisse Gino Gorla[1] e come mostra d'intendere il legislatore ad es. nell'articolo 360-*bis*, cpc, è quello di "precedenti". Ma anche quando non si relazionano come sinonimi, il nesso tra giurisprudenza e precedenti è tra i più densi di implicazioni e conduce alle questioni cruciali della funzione e dei limiti della giurisprudenza, del rapporto tra legge e giurisdizione[2]. Questo breve intervento non potrà esaminare problemi di dimensioni così ampie, li sfiorerà in un'ottica specifica: dare conto di come in concreto un giudice si pone dinanzi ai precedenti.

1. *Common law* e *civil law*

La riflessione, per quanto così delimitata, deve partire dal chiedersi cosa si intende per precedente giudiziale. La risposta cambia a seconda dell'ambiente in cui si opera. Si suole distinguere tra *common law* e *civil law*, o comunque tra sistemi in cui la creazione del diritto è fondamentalmente giurisprudenziale e sistemi in cui è fondamentalmente legislativa. I due mondi tendono ormai da molti anni a convergere e sovrapporsi, ma i tratti di fondo della distinzione permangono[3].

In Inghilterra, negli Stati uniti e negli altri Paesi di *common law*, la regola per definire una controversia si ricerca prioritariamente non nella legge, ma

1. G. Gorla, *voce*: "Giurisprudenza", in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 489, nonché *voce*: "Precedente giudiziale", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

2. Sul tema, anche per un quadro aggiornato dei riferimenti bibliografici, si rinvia a Lipari, *Il diritto civile tra legge e diritto*, Milano, 2017, sul quale D. Dalfino, *Giurisprudenza creativa e prevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in corso di pubblicazione in *Giust.proc. civ.*

3. Uno studioso statunitense ha affermato: «Benché quello della convergenza sia il modo di vedere più sofisticato al giorno d'oggi, sarebbe bene che non lo fosse troppo. In quanto nello stile, nel tono, negli atteggiamenti e persino, in buona misura, nella struttura formale, i sistemi di *common law* differiscono in maniera significativa da quelli di *civil law*» (Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard College, 2009, trad. it. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, 2016, p. 156).

nella decisione di un caso precedente. Il metodo di lavoro del giudice è la riconduzione di un caso ad un altro, scandagliando somiglianze e differenze. Individuato il caso identico o simile, la decisione adottata in precedenza ha carattere vincolante, in base alla regola dello *stare decisis*[4]. La parte propriamente vincolante di una precedente decisione è la sua *ratio decidendi*, ed è distinta dalle affermazioni incidentali dei giudici, gli *obiter dicta*, che non sono vincolanti. La *ratio decidendi* di un caso non viene determinata dai giudici che decidono il caso, ma è identificata dai giudici successivi, i quali devono stabilire se la decisione costituisce oppure no un precedente, esaminando comparativamente i fatti oggetto dei due casi: se sono diversi essi "distinguono" il caso anteriore, che non costituisce pertanto un precedente[5].

Nel nostro sistema invece il giudice cerca prima di tutto quale legge regoli la materia, poi passa ad esaminare la giurisprudenza che si è formata sul tema. Giurisprudenza intesa come precedenti elaborati in sede di interpretazione della legge da applicare per decidere la controversia[6].

2. Principio di diritto e precedente

In questo quadro hanno particolare rilievo i precedenti della Corte di cassazione[7], che, ai sensi dell'articolo 384 cpc, «quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma n. 3, e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza" deve enunciare il "principio di diritto»[8].

Non è possibile addentrarsi nella complessa materia, ma appaiono necessarie due precisazioni.

Nel principio di diritto si indica la *ratio decidendi* e si sintetizza l'interpretazione della legge operata dalla Corte. È una specificazione della formula legislativa scaturente dall'incontro tra norma e fatti. Specificazione formulata in un testo, a sua volta da interpretare.

Nonostante il rilievo sempre maggiore che il legislatore italiano ha conferito al principio di diritto, il precedente rimane tuttavia un insieme di fatto e diritto (risoluzione di questioni giuridiche ad esso inerenti)[9]. Il

4. Cfr., anche per ulteriori richiami, H. J. Merryman (voce: *Common law (paesi di), III, Diritto degli Stati Uniti d'America*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1990), il quale sottolinea che «Lo *stare decisis* può essere inteso sia come una regola giuridica vera e propria in virtù della quale i giudici sono tenuti a seguire i precedenti giudiziali, sia come un principio di *policy* (dettato, cioè, da ragioni di giustizia e di convenienza, epperò privo di uno specifico rilievo normativo), per cui casi simili dovrebbero essere decisi nello stesso modo».
P. Stein, *Common law (paesi di), I) Diritto inglese*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. VII) afferma che la regola ha una declinazione particolarmente rigorosa nell'esperienza inglese, ma ricorda che nel 1966 la *House of Lords* annunciò che in casi eccezionali si sarebbe discostata dalle proprie precedenti decisioni, ove avesse ritenuto giusto farlo. Più ampia la possibilità di deroga nel diritto statunitense: H. J. Merryman, *op. loc. cit.*, afferma che «nell'esperienza statunitense i giudici considerano lo *stare decisis* più come un principio di *policy* che come una regola di diritto. Riconoscono i vantaggi derivanti dall'affidamento fatto sui precedenti a fini di stabilità e prevedibilità del diritto, nonché di efficienza dell'amministrazione della giustizia. Ma, là dove si presentano ragioni sostanziali che giustificano una soluzione diversa, il precedente può essere distinto, modificato o, meno frequentemente, eliminato (*overulled*)» ... sicché per i giuristi nord-americani, rappresenta un'esagerazione parlare di «precedente strettamente vincolante (*binding precedent*)».

5. P. Stein, *op. loc. cit.*

6. Ancora F. Schauer, *op. loc. cit.*: «I giudici rimangono figure assai più centrali nel sistema di *common law* di quanto non siano nei Paesi a diritto codificato, e trattare il codice anziché il caso come l'elemento fondamentale per l'argomentazione giuridica rimane la caratteristica principale dello spirito del *civil law*. Sebbene sussista una grande sovrapposizione e una notevole convergenza tra *common law* e *civil law*, v'è ancora più di un grano di verità nell'osservazione che il diritto di tradizione romanistica è sostanzialmente incentrato sui codici, mentre il *common law* continua ad essere sostanzialmente incentrato sui giudici».

7. Per un inquadramento generale del tema, cfr. G. Amoroso, *La Corte di cassazione e il precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Bari, 2015, pp. 47 ss.

8. Il principio di diritto, ai sensi dell'articolo 363, terzo comma, cpc, «può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza», In tal caso, la pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito (quarto comma).
Ancora, ai sensi dei primi due commi della medesima disposizione, «Quando le parti non abbiano proposto ricorso nei termini di legge o vi abbiano rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile, il procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi» (primo comma). «La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza» (secondo comma).
Principi analoghi valgono per la giustizia amministrativa: il quinto comma dell'articolo 99 cpa stabilisce: «Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».

9. Sul rapporto tra precedente e principio di diritto cfr., A. Proto Pisani, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 277 e ss., specie par. 2.

fatto oggetto della decisione conserva sempre un grande rilievo per la comprensione della soluzione adottata e, pertanto, nello studio dei precedenti non dovrebbe essere pretermesso ma adeguatamente considerato[10].

3. Valore del precedente nell'ordinamento italiano

Fatte queste precisazioni, certo non esaustive di una problematica sconfinata, si può affrontare il tema, cruciale, del grado di vincolatività del precedente giudiziario nel sistema giuridico italiano.

In realtà solo in un caso il giudice è tenuto a conformarsi al precedente. Ai sensi del secondo comma dell'articolo 384 cpc, la Corte di cassazione, «quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte». Se il giudice di merito destinatario del rinvio non si uniforma, la sua sentenza potrà essere impugnata in Cassazione. La vincolatività è piena, salvo che non intervengano fattori nuovi con efficacia terminativa sul vincolo[11].

Questa è l'unica ipotesi in cui vi è un preciso obbligo di uniformarsi alla pronuncia della Cassazione, che, a ben riflettere, non costituisce un precedente ma un'altra fase della decisione del medesimo caso.

Quanto vale invece un precedente della Corte di cassazione o di altri giudici per la decisione di altri processi?

Nel nostro sistema il giudice è soggetto soltanto alla legge. La Costituzione gli riconosce indipendenza ed autonomia nell'applicazione della legge, garantendo così, fra l'altro, la possibilità del diritto di evolversi come diritto pretorio. Il giudice non può essere sanzionato per il fatto di non essersi uniformato ad un precedente e il suo provvedimento non può essere impugnato, e tanto meno annullato, per il fatto in sé che non sia conforme ad un precedente.

Tuttavia, un sistema non si tiene solo con obblighi e sanzioni. Il precedente, sebbene non abbia efficacia vincolante, ha un sua valenza e rilevanza. Si è parlato di "efficacia persuasiva", alcuni autori preferiscono dire "efficacia morale"[12], da ultimo si è parlato di "precedente influente"[13].

4. Autorevolezza del precedente

Pur in assenza di un obbligo di conformazione, vi è un'innegabile influenza del precedente autorevole. Autorevolezza che può derivare da un complesso di elementi, estrinseci o intrinseci.

Quelli estrinseci concernono il giudice che lo ha emesso. Ponendo da parte le sentenze che possono incidere direttamente sulle previsioni legislative, come quelle della Corte costituzionale o della Corte di giustizia dell'Unione europea, è indubbio che, di massima, l'autorevolezza cresce in relazione alla posizione del giudice nell'ordine giudiziario e che le decisioni della Corte di cassazione hanno una particolare valenza come guida nell'interpretazione della legge, in quanto provengono dall'organo funzionalmente preposto alla nomofilachia e collocato al vertice del sistema delle impugnazioni.

Gli elementi intrinseci attengono alla qualità della motivazione del provvedimento che forma il precedente: il grado di persuasività degli argomenti, la sua chiarezza e linearità[14].

Alla stregua di questi fattori una decisione, pur non essendo vincolante per i giudici che dovranno affrontare casi identici o simili, ha peso e rilievo e il nuovo giudice non potrà non tenerne conto. Egli, nel decidere, deve interpretare ed applicare al caso concreto le disposizioni di legge. Se queste disposizioni sono state già interpretate ed applicate da altri giudici in casi identici o simili, e se in particolare questa operazione è stata fatta dalla Corte di legittimità, il giudice non potrà prescinderne. Può essere che la soluzione adottata non lo convinca, in tal caso dovrà scegliere se adeguarsi o discostarsi dai precedenti; lo farà comparando le ragioni dell'innovazione con le ragioni dei precedenti. Nel caso si discosti dovrà specificare le ragioni della sua scelta[15]. In un certo senso, anche l'innovazione si fonda sui precedenti.

---

10. Sul rapporto tra presupposti di fatto e principio di diritto, cfr. M. Morelli, *L'enunciazione del principio di diritto*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile, cit.*, pp. 425 e ss.

11. Per un'analitica esposizione di questi fattori, cfr. M. Morelli, *op. cit.*, pp. 426 e ss.

12. G. Gorla, *op. loc. ult. cit.*

13. A. Proto Pisani, *Il precedente nella giurisprudenza, cit.*, par. 3.

14. Sull'autorevolezza del precedente incide anche il rapporto tra concisione e qualità della decisione. «La concisione della esposizione dei fatti rilevanti, delle norme e dei principi giuridici applicati, rende in modo più sicuro percepibili le ragioni di fondo della decisione. Non è solo questione di stile, è segno di un modo non esoterico ma democratico di esercizio della funzione» (P. Vittoria, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile, cit.*, p. 466).

15. M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, pp. 50 e ss, afferma che «il giudice è obbligato a giustificare ade-

5. Le ragioni del cambiamento

Le ragioni del cambiamento possono essere di varia natura. Può essere emerso, magari a seguito delle osservazioni critiche della dottrina, che la decisione precedente non fosse convincente e fosse necessario correggerla.

Può invece essere accaduto qualcosa di più complesso: era corretto interpretare in un certo modo una disposizione all'epoca in cui si formò il precedente, ma questa valutazione è cambiata. Il fattore tempo incide sul rapporto tra disposizione e norma[16].

A volte il cambiamento è reso necessario dal fatto che, pur essendo rimasto immutato il testo della specifica disposizione da applicare, sono state introdotte o modificate altre disposizioni, determinando una trasformazione del contesto normativo tale da rendere necessaria una nuova interpretazione sistematica[17].

Altre volte può essere mutato il contesto culturale e sociale in cui la disposizione opera, specie se utilizza concetti ampi e fortemente sensibili alla trasformazione dei costumi, dei valori o delle tecniche[18].

L'ordinamento deve lasciare spazio all'evoluzione della giurisprudenza. Ma le ragioni per il cambiamento devono essere forti, consapevoli e convincenti. Devono essere in grado di prevalere sulle ragioni della stabilità, che sono a loro volta importanti e hanno implicazioni di ordine costituzionale.

6. Le ragioni della stabilità

Una prima ragione si fonda sulla tutela dell'affidamento. Se una persona sa che in una determinata situazione vale una certa regola adeguerà i suoi comportamenti. Facendo affidamento sui precedenti vengono compiuti atti e attività. Il mutamento di giurisprudenza colpisce, con invalidità degli atti o forme di responsabilità, chi avendovi fatto affidamento è ora parte soccombente nel giudizio che porta alla nuova decisione. Ma il cambiamento probabilmente colpirà anche altre persone che nel frattempo, prima delle nuove decisioni, hanno compiuto un simile atto o tenuto un determinato comportamento[19].

Nella stessa ottica, in più recenti riflessioni, si è posto il tema della calcolabilità giuridica[20], o quanto meno della ragionevole prevedibilità. In generale, ogni persona ha diritto di sapere *a priori* quali saranno le conseguenze giuridiche delle sue scelte e dei suoi comportamenti. In proiezione giudiziale, colui che inizia un giudizio ed investe le sue risorse, impegnando al tempo stesso risorse del sistema giustizia, deve poter calcolare, o quanto meno, ragionevolmente prevedere l'esito della controversia. La ragionevole prevedibilità della soluzione di un giudizio è una componente, non secondaria, del diritto di difesa costituzionalmente garantito. Essa inoltre inducendo a rinunciare a giudizi il cui esito prevedibile è negativo, si riflette sul sistema giustizia evitando inutili appesantimenti e, di conseguenza, si riflette sugli altri giudizi che, meno numerosi potranno essere trattati con maggiore attenzione e rapidità. In ultima analisi, vi è un nesso tra ragionevole prevedibilità e i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata[21].

Una distinta e fondamentale ragione si fonda sul principio di uguaglianza. Uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge significa anche uguaglianza dinanzi alle interpretazioni della legge, uguaglianza di trattamento in sede giurisdizionale[22].

Non è stata mai modificata la norma fondamentale dell'ordinamento giudiziario in base alla quale la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge». Utilizzando questa duplice espressione il legislatore mostra

---

guatamente la sua decisione quando sceglie di non uniformarsi al precedente.»

16. Su questo rapporto, cfr. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 111 ss., riflettendo su Cass., Sez. un., 2 agosto 1994 n. 7194; v. ora Id., *L'*invenzione *del diritto*, Roma-Bari, 2017.

17. L'interpretazione è sempre stata un'attività complessa, ma oggi lo è più che mai, per la iperproduzione normativa, per la pluralità delle fonti del diritto da coordinare e per la molteplicità dei giudici, nazionali, europei e internazionali, che vi partecipano, in un processo a più voci, a volte non collimanti, in interazione tra loro.

18. Questa evoluzione dei significati diviene ancora più accentuata in periodi come quello attuale in cui –come ha scritto Ulrich Beck nel suo libro rimasto incompiuto- il mondo non sta semplicemente cambiando, ma è nel mezzo di una "metamorfosi", cioè di una trasformazione radicale in cui vecchie certezze della società moderna vengono meno e nasce qualcosa di radicalmente nuovo, che è necessario indagare puntando lo sguardo su ciò che sta emergendo dal vecchio, cercando d'intravedere, nel tumulto del presente, le strutture e le norme future (U. Beck, *La metamorfosi del mondo*, Bari-Roma, 2016).

19. Così G. Gorla, *voce*: "Precedente giudiziale". *cit.*

20. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, nonché A. Carleo (a cura), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.

21. P. Vittoria, *La motivazione della sentenza, cit.*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile, cit.*, pag. 491.

22. G. Gorla, *op. ult. cit.*, pag. 6, parla di «principio di uguaglianza qui inteso come uguaglianza di trattamento (giurisdizionale) di casi simili, cioè delle persone che agiscono in questi casi».

di essere consapevole che di una disposizione a volte possono essere date ragionevolmente più interpretazioni. Se fosse stato convinto che l'interpretazione esatta è necessariamente unica, avrebbe parlato solo di esattezza dell'interpretazione[23]. La duplicazione delle espressioni e dei concetti indica che, anche nelle ipotesi in cui sia possibile più di una soluzione ermeneutica, deve comunque essere garantita l'uniformità dell'interpretazione, all'evidente fine di evitare che, con argomenti analogamente persuasivi, siano date risposte diverse in giudizi su casi simili. L'ordinamento affida alla Corte di cassazione il compito di garantire questa declinazione del principio costituzionale di uguaglianza: i suoi precedenti hanno pertanto anche questa particolare valenza. Ma in generale il sistema giudiziario, in tutte le sue articolazioni, deve muoversi in questo senso[24]. Un sistema per definizione deve dare risposte coerenti tra loro.

L'ordinamento giuridico deve dare alle domande di giustizia dei cittadini risposte unitarie e coerenti tra loro. Stabilità e coerenza devono essere prioritariamente garantite. Mutamenti di giurisprudenza possono allora giustificarsi solo per ragioni gravi, così pesanti da controbilanciare e prevalere su esigenze rispondenti a principi di ordine costituzionale.

7. Coerenza e prevedibilità

Tutto ciò è sempre stato, ma forse oggi se ne sente maggiormente la necessità. Lo stesso intensificarsi del dibattito dottrinale sul tema del precedente è un indice di questa particolare sensibilità.

La riflessione giuridica risente naturalmente di dinamiche culturali e sociali più ampie, che oggi registrano un sentimento di perdita e spaesamento, che si tende ad affrontare guardando al passato, ricercando continuità in luogo di fratture[25]. Persino nella psicoanalisi si riscopre il valore di concetti come quello di "eredità"[26], una declinazione, in fondo, del concetto di precedente.

Probabilmente vi è un rapporto tra complessità del sistema normativo ed esigenze di coerenza e affidabilità giurisprudenziale. Quanto più aumentano articolazione e disordine del quadro normativo tanto più si percepisce l'esigenza di una giurisprudenza che sia in grado di ricucire le maglie della rete, di ridurre le aporie, di dare senso e coerenza al sistema. In analoga misura, più aumenta il soggettivismo dei giudici, il loro proporsi come monadi autoreferenziali, tanto più è sentita l'esigenza di una risposta convergente e coerente alla domanda di giustizia.

E se questo è vero in generale, lo è ancor di più con riferimento alle regole processuali. Il processo è il luogo in cui più che mai deve essere garantita l'esigenza di certezza e stabilità delle regole del gioco[27].

8. Riforme del giudizio di legittimità e valore del precedente

Di tutto ciò il legislatore sembra essere consapevole. Pur con alcune oscillazioni ed incongruenze, negli ultimi sviluppi della disciplina processuale emerge la ricerca di meccanismi che incentivino e garantiscano la coerenza, l'uniformità e la prevedibilità delle risposte alla domanda di giustizia.

8.1. Precedente e motivazione

Nella motivazione delle decisioni si sollecita il richiamo dei precedenti conformi. L'articolo 118 disp. att., cpc, novellato nel 2009[28], nel fissare le regole della motivazione della sentenza, richiede l'esposizione «dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni della decisione, anche *con riferimento ai precedenti conformi*». L'articolo 348-*ter* cpc, introdotto nel 2012[29], nel disciplinare l'ordinanza di inammissibilità dell'appello che non ha ragionevole probabilità di essere accolto, invita il giudice a fare «riferimento a precedenti conformi». In entrambi i casi la scelta del legislatore

23. Come faceva l'articolo 122 del primo ordinamento giudiziario dello Stato italiano (Rd 6 dicembre 1865, n. 2626).

24. Per G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, n. 2, 2017, p. 368, «la nomofilachia moderna non può essere che "orizzontale", "circolare" e "cetuale". Essa trova il naturale punto di sintesi nella Corte di cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale; e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità. Non le magistrature soltanto, bensì tutto il 'ceto dei giuristi' fa nomofilachia. Fondamentale è il ruolo critico della dottrina, alla quale compete l'analisi delle soluzioni e l'elaborazione delle alternative».

25. Z. Bauman, *Retropia*, Bari-Roma, 2017. S. Boym, *The Future of Nostalgia*, New York, 2001.

26. M. Recalcati, *Il complesso di Telemaco. Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Milano 2013.

27. G. Costantino, *Introduzione*, in Atti (in corso di pubblicazione) del XXXI Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Padova il 29-30 settembre 2017, sul tema *La tutela dei diritti e le regole del processo*.

28. Dall'articolo 52, comma 5, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

29. Dall'articolo 54, comma 1, del dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

è finalizzata ad ottenere una maggiore concisione nella motivazione dei provvedimenti, ma anche a sollecitare il giudice a dare conto della collocazione della nuova decisione rispetto ai precedenti e quindi della coerenza della risposta del sistema giudiziario in casi identici o simili.

8.2. Precedente e interpretazione dei contratti collettivi

Si predispongono meccanismi volti ad accelerare la formazione di un precedente autorevole che possa guidare la decisione del caso in esame e di una pluralità di casi simili, saltando l'ordinaria sequenza delle impugnazioni. L'articolo 420-*bis*, cpc, introdotto nel 2006[30], prevede la possibilità per il giudice di primo grado, qualora per decidere una controversia si debba interpretate una clausola di un contratto collettivo nazionale, di andare subito alla decisione, emanando una sentenza sulla questione pregiudiziale, impugnabile direttamente con ricorso per Cassazione (sentenza «impugnabile soltanto con ricorso immediato in Cassazione»)[31]. La pronuncia della Cassazione avrà efficacia vincolante nello specifico processo, perché il giudice del merito al quale ritornerà la causa dovrà decidere conformandosi alla soluzione del problema interpretativo (o di efficacia o invalidità) adottata dalla Cassazione, ma si rifletterà anche su altri processi in cui la questione si riproponga. In base al combinato disposto dell'articolo 420-*bis* cpc e dell'articolo 64 d.lgs n. 165/2001, le sezioni unite hanno infatti affermato che «la sentenza della Corte resa sulla questione pregiudiziale reca, per i giudici di merito diversi da quello che ha pronunciato la sentenza impugnata in Cassazione, un vincolo procedurale, nel senso che costoro, ove non intendano uniformarsi alla pronuncia della Corte, devono provvedere, ma con sentenza emessa ai sensi dell'articolo 420-*bis* cpc, in modo da consentire alle parti il ricorso immediato e la verifica, da parte del giudice di legittimità, della correttezza della diversa opzione interpretativa seguita»[32].

8.3. Precedenti e ammissibilità del ricorso per Cassazione

Ancor più indicative della tendenza a dare rilievo al precedente e a curarne con particolare attenzione l'elaborazione, sono le riforme sull'accesso e sui percorsi del giudizio di legittimità.

L'accesso è regolato oggi da una normativa introdotta nel 2009 e ricalibrata nel 2016[33], *che* ha istituito una "apposita sezione" (articolo 376 cpc), poi denominata sesta sezione civile, con il compito di filtrare i ricorsi valutandone, con la maggiore rapidità possibile, ammissibilità, proponibilità, manifesta fondatezza o infondatezza. La sesta sezione decide con rito camerale che si conclude con una ordinanza. Nell'ambito di tale nuovo assetto organizzativo della Corte è stato introdotto l'articolo 360-*bis*, cpc[34], intitolato «Inammissibilità del ricorso», il cui punto n. 1 così dispone: 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»[35].

In questo modo si affida alla sesta sezione della Corte una valutazione articolata in due passaggi. Il primo consiste nel confronto tra la soluzione adottata dal giudice che ha emesso il provvedimento impugnato e i precedenti (la "giurisprudenza") della Corte di cassazione. Se la soluzione adottata dal giudice di merito è conforme alla giurisprudenza della Cassazione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, salvo l'esito di un secondo passaggio, concernente la valutazione degli elementi offerti dal ricorrente per indurre la Corte a mutare il suo orientamento. Qualora il ricorso offra alla Corte elementi per un ripensamento, dovrà essere deciso secondo il percorso ordinario del giudizio di legittimità.

Il legislatore quindi sollecita la Corte a focalizzare con precisione i suoi precedenti e a metterli a confronto con le ragioni della innovazione. I precedenti non sono vincolanti ed eventuali modifiche

---

30. Dall'articolo 18 del d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40. La disciplina si completa con l'articolo 146-*bis* disp. att., cpc, che rinvia all'articolo 64 del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165, norma che introdusse per la prima volta l'istituto, ma limitatamente al settore del pubblico impiego.

31. Per approfondimenti, cfr. G. Ianniruberto, *L'accertamento pregiudiziale sull'interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi*, in G. Ianniruberto e U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., Milano, 2010, pp. 111 ss., nonché P. Curzio, *Il giudizio di cassazione*, in AAVV, *Processo del lavoro*, in P. Curzio, L. Di Paola e R. Romei (diretta da), *Pratica professionale. Lavoro*, Vol. VI, Milano, 2017, pp. 270 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

32. Così il principio di diritto fissato da Cass., Sez.un., 23 dicembre 2010, n. 20075.

33. Legge 18 giugno 2009, n. 69 e dl 31 agosto 2016, n. 168 convertito con modificazioni nella legge 197 del 2016.

34. Articolo 47, lett. a) della legge 18 giugno 2009, n. 69.

35. Da ultimo, su questa disposizione, cfr. le precisazioni di Cass., Sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155.

di orientamento sono sicuramente possibili. Tuttavia, le innovazioni devono essere attentamente soppesate e non possono essere operate saltando il confronto con i precedenti e senza un'adeguata motivazione.

8.4. Differenziazione dei percorsi ed elaborazione dei precedenti

Uno sviluppo di questi cambiamenti si è avuto con la riforma del 2016[36], che in questa sede rileva nella parte in cui ha distinto i percorsi dei giudizio di Cassazione, estendendo l'ambito del rito camerale e circoscrivendo il giudizio in pubblica udienza ai ricorsi che pongono questioni di diritto di particolare rilevanza.

La *ratio* della scelta è – a fronte di un contenzioso di eccezionali dimensioni che porta in Cassazione circa trentamila ricorsi civili ogni anno – di differenziare e proporzionare l'impegno della Corte, concentrandolo in modo particolare nella cura dei giudizi che affrontano questioni di diritto di particolare rilevanza e quindi portano a decisioni destinate a divenire "precedenti" per giudizi futuri[37].

8.5. Precedenti delle sezioni unite

Nella logica di stabilizzare e rendere coerente la giurisprudenza della Corte si colloca infine la modifica del rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite operata con la revisione dell'articolo 374 cpc, il cui nuovo testo così dispone al terzo comma: «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Senza introdurre un obbligo delle sezioni semplici di conformarsi alle sezioni unite, si è pertanto stabilito che, in caso di dissenso, la sezione semplice deve rimettere nuovamente la decisione alle sezioni unite. La scelta di modificare un orientamento assunto dalla Corte a sezioni unite spetta esclusivamente alle stesse sezioni unite[38].

Non sono previste sanzioni per la violazione della regola, ma se una sezione semplice dovesse esprimere un orientamento difforme dalle sezioni unite senza seguire la via tracciata dal codice, il precedente così creato risulterebbe fortemente indebolito quanto alla sua autorevolezza.

La regola, introdotta per le sezioni unite civili, tende a generalizzarsi: vale anche per la giustizia amministrativa e contabile[39] e, da ultimo è stata estesa anche alle sezioni unite penali: l'articolo 618, comma 1-*bis* cpp, introdotto dalla legge n. 103 del 2017, dispone: «Se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalla sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». Il testo è del tutto analogo a quello dell'articolo 374 cpc, salvo il fatto che in materia penale non si richiede espressamente che l'ordinanza sia motivata, motivazione che, comunque, il provvedimento della sezione semplice non dovrebbe omettere.

L'ordinamento tende quindi, alla ricerca di coerenza e ponderazione, ad affermare il principio per il quale all'interno della Corte di cassazione, penale e civile, nonché del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il dissenso delle sezioni semplici deve essere motivato è deve esprimersi non direttamente, ma mediante la richiesta di un nuovo intervento delle sezioni unite o della adunanza plenaria, il che accentua fortemente l'autorevolezza dei relativi precedenti.

In conclusione

In conclusione, gli sviluppi normativi dell'ultimo decennio appaiono orientati ad incrementare il peso del precedente in generale e dei precedenti delle sezioni unite in particolare. Questo spostamento non giunge mai ad intaccare il principio della soggezione del giudice solo alla legge. Non si prevedono meccanismi di caducazione del provvedimento giudiziario emesso in contrasto con un precedente, neanche nel caso in cui il precedente sia della sezioni unite. Vengono garantiti il dissenso e l'evoluzione della giurisprudenza, la correzione, il ripensamento o l'innovazione dei suoi orientamenti. Ma dissenso e cambiamento devono seguire percorsi predeterminati dall'ordinamento; devono essere motivati e fondati su elementi idonei a giustificare il mutamento di in-

36. Operata in sede di conversione del dl 31 agosto 2016, n. 168 nella legge 197 del 2016.

37. Per approfondimenti, rinvio a P. Curzio, *Il ricorso per cassazione: viaggio all'interno della Corte*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 48 ss., nonché D. Dalfino (a cura di), *Il nuovo procedimento in Cassazione*, Torino, 2017.

38. Sul rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite, cfr. R. Rordorf, *La nomofilachia nella dialettica sezioni semplici-sezioni unite e Cassazione-Corte costituzionale*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, *La Cassazione civile. cit.*, pp. 537 ss.

39. Il terzo comma dell'articolo 99 del codice del processo amministrativo sancisce che, all'interno del Consiglio di Stato, «se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

dirizzo: elementi così convincenti da far prevalere le ragioni del cambiamento rispetto alla tutela dell'affidamento ed al diritto dei cittadini ad essere uguali dinanzi all'interpretazione della legge, ad avere un uguale trattamento giurisdizionale. Il bilanciamento e il contemperamento di questi valori, è rimesso dal legislatore alla giurisprudenza, da intendersi, qui più che mai, come prudenza dei giudici.

Clausole generali e prevedibilità delle norme penali

di *Donato Castronuovo*

L'Autore propone alcune variazioni sul tema della crisi della fattispecie penale, sia sul piano del formante legale sia su quello del formante giurisprudenziale, in relazione, rispettivamente, a clausole generali recate da disposizioni di legge oppure a clausole contenute in *regulae iuris* di origine giudiziale. Gli effetti prodotti dalle clausole generali sulla accessibilità e prevedibilità delle norme penali sono esaminati, attraverso due esempi, in funzione dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e di quella della Corte costituzionale.

1. La crisi del *nullum crimen*

In criminalibus, la crisi o la tendenziale dissoluzione del *Tatbestand* non ha, e non può avere, nulla di marginale: rappresenta, in definitiva, semplicemente la crisi dello stesso diritto penale nei suoi fondamenti garantistici. Il *nullum crimen*, come compendio delle istanze garantistiche di ascendenza illuministica, ne esce *trasformato* se non *tradito*, eroso e forse ridotto a poca cosa[1]. Si parla, a seconda degli accenti, in un crescendo di pessimismo, di *relativizzazione, indebolimento, flessibilizzazione, deformazione, trasformazione, crisi, erosione, tradimento, dissoluzione, tramonto, eclissi* della fattispecie e del principio, anzi dei principi compendiabili nel *nullum crimen, nulla poena*: dalla legalità in tutte le sue articolazioni alla prevedibilità, alla colpevolezza.

Il principio di legalità penale, come nucleo essenziale del *nullum crimen*, ha subito delle macro-trasformazioni, elencabili in un lungo *cahier de doléances*:

- la realtà del principio della separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee;
- l'abuso della decretazione di urgenza;
- la crisi della rappresentatività parlamentare[2];
- le sempre più preoccupanti manifestazioni del cd. populismo penale;
- l'inarrestabile processo di decodificazione[3];
- l'esplosione delle fonti e la loro propensione multilivello (direi *l'esplosione dei formanti*, per riprendere la teoria di Sacco):
  - quindi, per un verso, la comparsa sulla scena penalistica della giurisprudenza-fonte e quindi del giudice-creatore-di-diritto-penale[4];

1. Di distinzione tra *tradimenti* e *trasformazioni* della legalità parla, di recente, F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. De Francesco e A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 14 ss.

2. Fino ai più recenti rigurgiti di forme di pretesa democrazia diretta (benché, poi, in realtà mediata da inediti mezzi di comunicazione, il cui potenziale sembra, nel bene e nel male, ancora incalcolato e incalcolabile).

3. Resta tutto da verificare, al momento, il significato anche culturale che potrà avere per il legislatore futuro il recentissimo inserimento nel codice penale del principio della *riserva di codice*, attesa la fonte ordinaria e non costituzionale in cui lo stesso è previsto (art. 3-*bis* cp). Si rinvia a M. Donini, *L'art. 3* bis *c.p. In cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, pp. 429 ss.; M. Papa, *Dal codice penale "scheumorfico" alle* playlist. *Considerazioni inattuali sulla principio della riserva di codice*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/2018, pp. 129 ss.

4. Tra i tanti possibili riferimenti, si rinvia ai contributi (di M. Vogliotti, L. Ferrajoli, D. Pulitanò, B. Pastore, F. Palazzo, G. Carlizzi) raccolti nel volume monografico Aa.Vv., *Ermeneutica e diritto penale*, in *Ars interpretandi*, n. 2/2016 (www.arsinterpretandi.it/251/).

- per altro verso, la legalità penale sovranazionale (e l'impatto del diritto dell'Ue e della Convenzione Edu sulla conformazione del diritto penale nazionale[5];
- infine, l'irrompere sulla scena penalistica di fonti "private" di produzione normativa: protocolli cautelari e modelli organizzativi, delegati a fonti private e rientranti poi nella individuazione di obblighi penalmente sanzionati in specifici contesti di rischio (medico, imprenditoriale-societario, ambientale...), in cui lo Stato abdica sempre più spesso alla sua funzione di formulazione della norma, per rimetterla ad "agenzie delocalizzate" di valutazione e regolazione del rischio (protocolli, modelli, regole tecniche, BAT)[6].

Insomma: un contesto, quello del diritto penale contemporaneo, dove anche *identificare il legislatore* (il potere legislativo, la fonte di produzione normativa) *con il Parlamento* è sempre più frutto di breviloquenze che si approssimano alla *finzione*: una favola bella, che ieri ci illuse, che oggi ci illude (sempre meno, per la verità); neppure buona, ormai, per essere raccontata ai nostri studenti. Occorrerebbe (anche e soprattutto) da questo punto di vista, davvero riscrivere i manuali...

2. Le clausole generali quali cause endogene della crisi del *nullum crimen*. Determinatezza e prevedibilità

Tutto quanto fin qui solo evocato a proposito della *crisi del concetto di legalità e più in generale del nullum crimen*, ha precise ricadute sulla *crisi della fattispecie*, che è dovuta sia a "cause esogene" che "endogene"[7].

Sono cause esogene tutte quelle ragioni per le quali oramai si ritiene, in maniera più o meno rassegnata, che il diritto penale sia *un coro* a più voci, solo una delle quali, "e non sempre la più intonata", è la voce del cd. legislatore[8].

Le clausole generali, dal canto loro, sono uno strumento tecnico della legislazione capace di incidere, dall'interno, quale *fattore endogeno* tra gli altri, sulla potenziale dissoluzione del *Tatbestand*. Prescindendo da ogni tentativo di darne qui una definizione più precisa, le clausole generali sono fattori di vaghezza, inseriti all'interno della disposizione, che richiedono la mediazione dell'interprete per il recupero della norma (quindi, per la ricostruzione ermeneutica della fattispecie).

Come noto, lo sguardo del legislatore e, quindi, della fattispecie è *prospettico*, corrisponde a una previsione circa il futuro; lo sguardo del giudice è *retrospettivo*, consiste in una decisione su un fatto del passato (operata mediante la verifica della sussumibilità o meno nella fattispecie astratta). Il raffronto tra fatto (del caso concreto) e schema legale astratto (quale *micro-narrazione preconizzante*) è il nucleo della decisione, e dovrebbe assicurare la calcolabilità della stessa[9].

Calcolabilità e prevedibilità della norma penale possono riuscire, tuttavia, grandemente attenuate in presenza di clausole generali. Queste trasformano lo schema legale astratto in una micro-narrazione parzialmente monca, poiché *rinuncia in misura significativa a preconizzare il fatto*, facendo ricorso al giudice per tratteggiare elementi talora decisivi delle sembianze della fattispecie. Con tutte le conseguenze del caso sulla stessa decifrabilità *ex ante* della fattispecie da parte del cittadino-destinatario, con dispersione della forza motivante della norma e diminuzione del tasso di prevedibilità delle conseguenze della violazione.

È Claudio Luzzati – un non penalista, quindi – a notare, in maniera perfino disarmante per il penalista, come sia "curioso" il fatto che gli *standard* (o clausole generali) esistano anche in un settore come quello penale in cui l'analogia è vietata e l'interpre-

5. E, come noto, sulla stessa ridefinizione dei confini della *matière pénale*: cfr., per tutti, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017; M. Donini e L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018.

6. Un tema, quest'ultimo, che, da qualche tempo, ha finalmente attratto l'attenzione della dottrina penalistica: si rinvia ad esempio, per una trattazione monografica, a V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale*, BUP, Bologna, 2013. Cfr., inoltre, C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2015, pp. 261 ss. Per l'individuazione dei rapporti tra legalità e saperi esperti come ulteriore «fronte di cedimento del monopolio della fonte legislativa», si veda F. Palazzo, *Il principio di legalità, op. cit.*, pp. 20 ss.

7. Sulla distinzione tra cause esogene e cause endogene dell'erosione della legalità, F. Mantovani, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in Aa.Vv., *Criminalia 2017*, ETS, Pisa, 2018, pp. 121-132 (www.edizioniets.com/Priv_File_Libro/3663.pdf), là dove, assieme ad altre cause endogene – quali l'inflazione legislativa, l'instabilità della legislazione, la decodificazione, la sciatteria, l'indeterminatezza –, si fa menzione anche della *legislazione per "clausole"*.

8. Ancora F. Palazzo, *Il principio di legalità, op. cit.*, p. 7.

9. Cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, VII ss.

tazione dovrebbe essere la più stretta[10]. Rilievo tanto disarmante quanto incontestabile.

Le antinomie tra formule normative vaghe e principio di legalità – assieme alle altre articolazioni del *nullum crimen, nulla poena*, fino alla colpevolezza e alla prevedibilità – spiegano, dunque, le peculiarità che il tema assume sul terreno del diritto penale.

Va registrata, da un lato, la tendenziale perdita di "selettività" – quale contrassegno funzionale del *Tatbestand* – che la presenza di clausole generali è in grado di provocare sulla fattispecie penale; nonché, dall'altro, gli effetti negativi di tali formule vaghe sulla decifrabilità/calcolabilità/prevedibilità *ex ante* e quindi sullo stesso principio di colpevolezza.

Quale che sia la maniera di argomentare, secondo un *lessico più o meno classico*, quindi intendendo il *nullum crimen* su basi costituzionali interne oppure come nozione integrata su basi euro-convenzionali, si tratta pur sempre della *chiarezza del messaggio normativo e della sua accessibilità/decifrabilità da parte del destinatario*.

Su questo flusso comunicativo – addirittura fondante sul piano della giustificazione stessa dello *ius puniendi* fondato sull'idea preventiva – possono incidere, in senso distorsivo o interruttivo, norme penali incentrate su elementi vaghi e indeterminati come le clausole generali.

3. Tipi di clausole generali: frammenti di disposizioni o *regulae iuris* giudiziali

Non posso qui attardarmi sui problemi definitori né, tantomeno, dilungarmi sul lungo ed eterogeneo catalogo di clausole generali censibili in diritto penale e, neppure, sulla possibilità di sistemarle in gruppi tipologici omogenei, secondo una tassonomia quadripartita che propongo in un più ampio studio in corso di pubblicazione (clausole metagiuridiche; intragiuridiche da rinvio; analogiche; macro-clausole di incriminazione suppletiva)[11].

Vorrei solo ricordare come, oramai, oltre alle clausole contenute in testi di legge, siamo sempre più spesso confrontati a clausole giudiziali: ovverosia, a "regole giudiziali vaghe", di grande rilievo specialmente allorquando queste abbiano la forza – a seconda degli ordinamenti, vincolante o no – di *precedent*, di massima, di *regula iuris* formulati da una corte suprema interna o da una corte sovranazionale: da noi, una prospettiva ancora poco indagata sul versante penale, per lo meno in termini di determinatezza/prevedibilità[12].

Tale situazione, in presenza di regole giudiziali irrimediabilmente vaghe, rappresenta un fattore di crisi dello stesso formante giurisprudenziale[13].

4. I custodi del *nullum crimen* a Roma e a Strasburgo

Al di là delle differenze morfologiche, le varie tipologie di clausole presentano problemi comuni in ordine ai potenziali effetti distonici sul principio di determinatezza e, quindi, di colpevolezza e prevedibilità. Problemi che, in diritto penale, interpellano il *custode interno* dei principi di garanzia; ma anche, in maniera sempre crescente, il *custode sovranazionale* dei diritti umani.

Vediamo allora le prestazioni del *nullum crimen* nella giurisprudenza delle due Corti, cominciando dalla Consulta e soffermandoci, in particolare, sugli orientamenti riguardanti norme penali che contengano clausole generali.

4.1. La Corte costituzionale alle prese con le clausole generali

La giurisprudenza consolidata della nostra Corte costituzionale in materia di *espressioni vaghe* o *concetti elastici* o di *clausole generali* è attestata su posizioni prevalentemente "salvifiche" per la norma

10. C. Luzzati, *Le metafore della vaghezza*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 130.

11. *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2018, § 5 ss. (in corso di pubblicazione). Lo stesso tentativo di decostruzione e ricostruzione del concetto si trova già in un contributo precedente: *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Legislazione penale*, 5 giugno 2017, pp. 16 ss. (disponibile *online*: www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/06/approfondimenti_castronovo_2017.pdf).

12. Si veda, però, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pp. 26 ss. (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale). Quali esempi di regole di diritto indeterminate emanate dalle sezioni unite, lo stesso Autore (*ibidem*, pp. 28 e 29) indica la «quantificazione del "profitto" confiscabile» (Cass., sez. unite, 27 marzo 2008, n. 26654, *Impregilo*) e la «distinzione tra concussione e induzione indebita» (Cass., sez. unite, 24 ottobre 2013, n. 12228, *Maldera*).

13. In generale, per la tematizzazione, accanto alla crisi del formante legale, anche della crisi del formante giurisprudenziale, R. Palavera, *Il penalista e il suo spartito*, ETS, Pisa, 2018, pp. 43 ss., pp. 52 ss.

sospettata di illegittimità in relazione al principio di determinatezza. Come noto, rarissimi sono i casi di declaratoria di incostituzionalità per indeterminatezza di una fattispecie o di una norma penale. Ne risulta, perciò, una nozione "debole" di determinatezza.

Fanno eccezione, come vedremo (*infra*, § 5.1), le recenti prese di posizione nella "*saga Taricco*", in cui la Corte romana, in presenza di una clausola generale contenuta in una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, fa ricorso (o minaccia di far ricorso) in maniera più o meno esplicita al contro-limite del principio di determinatezza in un'accezione "forte" e, per vero, sconosciuta alla sua giurisprudenza in relazione a clausole interne, cioè contenute in leggi nazionali.

Torniamo alla regola sin qui praticata. Questa consolidata nozione debole della determinatezza (riferibile a "clausole nazionali") si fonda su tre argomenti, ricostruibili come altrettanti criteri interpretativi delle disposizioni contenenti clausole generali: il criterio sistematico, il criterio finalistico e il criterio del "diritto vivente".

In via riassuntiva, con il criterio *sistematico* la Corte afferma la necessità di una ricostruzione interpretativa "sistemica" e in un certo senso "olistica": l'elemento vago o elastico è da leggersi alla luce degli altri elementi costitutivi della fattispecie e, più in generale, della complessiva disciplina di riferimento[14].

Il secondo criterio, quello *finalistico* o della *ratio legis*, si muove sul piano teleologico, imponendo di tener conto delle finalità perseguite dall'incriminazione, ancora una volta alla luce del contesto normativo in cui la stessa si inserisce.

Il terzo criterio, infine, fa leva sul *test del diritto vivente*: con il quale si finisce per "storicizzare" l'esegesi della disposizione "elastica", mediante una verifica dei significati alla stessa attribuiti nella giurisprudenza consolidata, alla luce dei casi in essa sussunti in sede applicativa[15]. Un criterio, quest'ultimo, che si affaccia esplicitamente in alcune sentenze, ma che, sottotraccia, è spesso presente come argomento implicito.

Il riferimento della Corte costituzionale al "diritto vivente" sembra assimilabile per certi versi – lo si vedrà a momenti – a quel che accade nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove notoriamente, anche per ragioni di eterogeneità dei sistemi giuridici dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, la nozione di "*law*" (ai fini della *foreseeability of criminal law*) è intesa nel senso più ampio, a comprendere tanto lo *statutory law* quanto il *case-law*.

Il diritto vivente consente una considerazione complessiva e integrata dell'ordinamento, al completo dei *formanti legale e giurisprudenziale*, spendibile, secondo la nostra Corte, quando si possa ritenere che «la giurisprudenza (...) [abbia oramai] conferito all'espressione contestata un significato univoco»[16]. In questo caso, «i dubbi di costituzionalità sollevati sotto il profilo della violazione del principio di legalità *non hanno più ragione di essere*, ove si tenga conto del risalente e oramai consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, seguito dalla giurisprudenza comune, per il quale gli estremi necessari per qualificare (...) la condotta incriminata risultano determinati con sufficiente precisione»[17].

Quello del "diritto vivente" è, di gran lunga, il criterio più interessante: da un lato, *argomento sospeso tra buon senso e pragmatismo giuridico*; dall'altro, potenziale *leva per scardinare*, mediante una verifica sulla prassi applicativa, la funzione garantistica del *nullum crimen* (inteso, nel senso più ampio, come compendio di esigenze che vanno dalla determinatezza alla riserva di legge, alla irretroattività, alla soggezione del giudice soltanto alla legge, alla prevedibilità).

Il riferimento al diritto vivente non può, infatti, essere utilizzato come argomento di per sé solo decisivo, a dispetto degli esiti forniti dagli altri criteri interpretativi: altrimenti qualsiasi interpretazione scorretta (ad esempio, perché frutto di operazioni analogiche della giurisprudenza, o di letture che non tengano conto del criterio sistematico o di quello finalistico) potrebbe sempre ricevere una validazione postuma per la via della semplice "reiterazione dell'er-

---

14. Corte cost., n. 247/1989, non fondatezza della questione di illegittimità dell'art. 4, n. 7, l. n. 516/1982: alterazione «in misura rilevante» del risultato della dichiarazione fiscale; Corte cost., n. 5/2004, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 14, comma 5-*ter*, del Tui: reato di trattenimento sul territorio dello Stato senza «giustificato motivo»; Corte cost., n. 21/2009, infondatezza della questione riguardante l'art. 12, comma 1, Tui: favoreggiamento all'ingresso illegale dello straniero in altro Stato; Corte cost., n. 327/2008, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 434 cp: disastro innominato; Corte cost., n. 282/2010, non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 9, comma 2, l. n. 1423/1956: delitto di violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente», di «rispettare le leggi» e «non dare ragione di sospetti»; Corte cost., n. 172/2014, non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 612-*bis* cp: reato di atti persecutori.

15. Si rinvia, tra gli altri, ai lavori di: A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*; E. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 136 ss., pp. 304 ss.; D. Micheletti, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in Aa.Vv., *Criminalia 2012*, ETS, Pisa, 2013, pp. 619-639 (www.edizioniets.com/criminalia/2012/024_Micheletti.pdf); F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 144.

16. Cfr. Corte cost., n. 31/1995, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 174, comma 1, n. 3, cpmp (rivolta mediante «eccessi»).

17. Corte cost. n. 519/2000, in relazione ai reati militari di "sedizione" (artt. 182 e 183 cpmp).

rore". Ammettere una capacità "taumaturgica" del cd. diritto vivente[18], capace di superare, a mo' di rimedio salvifico, le conclusioni ricavabili mediante gli altri canoni interpretativi, equivarrebbe – a tacer d'altro – a una vanificazione del divieto di analogia (rivolto al giudice) e, quindi, del principio tassatività quale necessaria articolazione del principio di legalità.

Insomma, e per riassumere, secondo la costante giurisprudenza del "custode interno" del *nullum crimen*, «il principio di determinatezza non esclude (...) l'ammissibilità di formule elastiche»; quindi, l'utilizzo di clausole generali deve ritenersi compatibile tutte le volte in cui il loro significato riceva «adeguata luce» in sede interpretativa in relazione alla finalità perseguita dalla previsione e al contesto in cui la stessa si innesta, tenuto conto altresì del diritto vivente[19].

Considerati gli esiti di ordinaria infondatezza delle questioni, si deve concludere che il recupero di determinatezza in sede interpretativa, mediante l'argomento sistematico o finalistico o all'esito della verifica sul diritto vivente, sia ritenuto implicitamente "non sufficiente" (soltanto) nei casi – rarissimi – in cui la Corte è pervenuta a una dichiarazione di illegittimità costituzionale di disposizioni penali, evidentemente collocate dal legislatore al di là di ogni possibile correzione ermeneutica[20].

Le vere perplessità riguardano in effetti la quasi assenza, al metro del "*nullum crimen* interno", di declaratorie di illegittimità riguardanti le condizioni di qualità della norma e la sua capacità di *parlare* ai destinatari.

4.2. La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio "no punishment without law"

Veniamo ora brevemente, come preannunciato, alla dimensione sovranazionale del *nullum crimen* e, dunque, alla giurisprudenza del suo "custode europeo".

La giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 7 Cedu restituisce, come noto, un principio di legalità declinato in termini di *accessibilità* del precetto e di *calcolabilità* delle conseguenze sanzionatorie, inglobando dunque la *prevedibilità* delle decisioni giudiziali in materia penale. Nel contesto euroconvenzionale, in tema di *standard* qualitativo di chiarezza della norma, l'accento cade dunque sui "*profili comunicativi*". Questa declinazione coinvolge, in sostanza, un diritto della persona a poter fare *affidamento* sull'interpretazione che la giurisprudenza fornirà (in futuro) di un particolare precetto o istituto penale. Ciò significa che oggetto del giudizio sulla qualità della norma non è soltanto il testo della disposizione penale; bensì anche la giurisprudenza che, in sede di applicazione, ne precisa i significati.

Ne deriva – tornando sul piano del discorso qui condotto – che, per decidere della compatibilità o meno rispetto al *nullum crimen* euroconvenzionale di una previsione penale "vaga", si dovrà valutare la chiarezza complessiva della norma alla luce della giurisprudenza maturata sulla disposizione "sospetta".

Così, in *Del Rio Prada c. Spagna*[21], la Grande Camera precisa che la nozione di «legge» utilizzata all'art. 7 della Convenzione include il «diritto d'origine sia legislativa che giurisprudenziale»; inoltre che la stessa nozione implica talune "condizioni qualitative", tra le quali quelle di *accessibility and foreseeability* (nella versione francese: *accessibilité et prévisibilité*), ovverosia, *qualitative requirements* che devono essere rispettati sia per la definizione del reato sia per la pena che ne consegue.

La Corte aggiunge – centrando, a questo punto, perfettamente la tematica qui esaminata – considerazioni generali sull'impossibilità di precisione assoluta delle leggi e sulla necessità di utilizzare tecniche *standard* di regolazione che facciano ricorso, piuttosto che a liste esaustive, a *clausole generali*[22]. Così, facendo professione di realismo, i giudici di Strasburgo registrano come la legge si serva spesso di «*formule più o meno vaghe*, la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica».

---

18. Cfr., in senso critico, F. Giunta, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, n. 3/2014, pp. 2738 ss., a commento di Corte cost., n. 172/2014, cit., che, anche rifacendosi al diritto vivente, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 612-*bis* cp («Atti persecutori»).

19. Cfr., nella giurisprudenza recente, ancora una volta, Corte cost., n. 172/2014, che ha dichiarato la non fondatezza della questione utilizzando tutti e tre i criteri qui ricordati.

20. Corte cost., n. 34/1995, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7-*bis* l. n. 39/1990: straniero, destinatario del provvedimento di espulsione, che *non si adopera* per ottenere il rilascio del documento di viaggio (una sorta di indefinibile e amplissima clausola metagiuridica di natura "empirica" e sostanzialmente priva di contenuto normativo).

21. Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 79. Poi ripresa, per esempio, da Corte Edu, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, § 60.

22. In realtà, letteralmente, in *Del Rio Prada*, nel § 92, si parla di «catégories générales», nel testo francese; e di «general categorisations», in quello inglese. Ma, l'interpretazione "sistematica" del passo (la contrapposizione con la tecnica delle liste esaustive e la presenza di formule vaghe), restituisce in maniera evidente il senso di queste più generiche espressioni, che qui si ritengono equivalenti a quella di "clausole generali" o "*legal standards*", ecc.

Pertanto, a prescindere dal livello di chiarezza della disposizione di legge, anche di quelle penali, vi è inevitabilmente «un elemento d'interpretazione giudiziale» indispensabile a chiarire i punti dubbi e ad adeguare la norma alle mutevoli situazioni. Inoltre, si aggiunge, la certezza, benché desiderabile, si accompagna talvolta a una rigidità eccessiva: mentre il diritto deve sapersi adattare alle mutevoli situazioni concrete. Da qui, dunque, il ruolo riconosciuto alla giurisprudenza[23].

Se ci ricolleghiamo alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale sulle capacità "sananti" del "diritto vivente", ci sembra importante sottolineare che, benché il ruolo di chiarificazione delle formule vaghe da parte dell'interpretazione giurisprudenziale sia ovviamente ammesso anche in *ambiente Cedu* – ossia in un contesto storicamente, culturalmente e istituzionalmente più aperto a tali "suggestioni da *common law*" –, tuttavia la dimensione euroconvenzionale del *nullum crimen* subordina tale verifica alla condizione che il risultato interpretativo maturato sia, oltre che coerente con la sostanza dell'incriminazione, pur sempre *ragionevolmente prevedibile* (al momento della condotta).

La differenza tra Roma e Strasburgo sembra stare proprio qui: l'accento posto dal "custode europeo" del *nullum crimen* sulla "ragionevole prevedibilità della norma", da valutare alla luce anche della giurisprudenza maturata sulla disposizione iniziale, rappresenta il punto di maggiore distanza con le soluzioni solitamente adottate dal custode "interno" in relazione alle formule vaghe o alle clausole generali. Nelle considerazioni che portano alla consueta infondatezza della questione, manca o resta a un livello di mera enunciazione questo *collegamento diretto* tra esito creativo sul piano del diritto vivente e sua prevedibilità da parte del destinatario della norma[24].

O meglio: un collegamento che era mancato, fino ad ora, ma che sembra emerso soltanto di recente, a proposito della cd. "regola Taricco".

5. Due esempi

A questo punto, vorrei esaminare due esempi di clausole generali, tra i tanti possibili: il primo è riferibile a una clausola contenuta in una sentenza e consistente in una *regula iuris* sulla punibilità, in particolare sulla prescrizione del reato; il secondo, a una clausola consistente in un frammento di una fattispecie incriminatrice contenuta in una disposizione di legge. La finalità dell'esame è quella di mettere in risalto le rispettive e opposte reazioni del "custode interno" del *nullum crimen* di fronte a queste clausole generali (diversissime per tipologia, struttura e provenienza).

In altri termini, ci si soffermerà su due esempi rappresentativi di due opposte declinazioni della nozione di determinatezza: una inedita "nozione forte", che fa da contrappunto alla consolidata "nozione debole" del principio di sufficiente determinatezza.

5.1. La "regola Taricco": una lettura massimalista del principio di determinatezza

Il primo esempio fa riferimento alla recente e ben

23. Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 92.

24. Come noto, nella giurisprudenza costituzionale nostrana è oramai risalente l'affermazione circa l'essenziale collegamento tra legalità/determinatezza e colpevolezza: l'archetipo "nobile" è in Corte cost., n. 364/1988 (parziale illegittimità dell'art. 5 cp in tema di *ignorantia legis*); successivamente, Corte cost., n. 322/2007 (inammissibilità della questione di illegittimità dell'art. 609-*sexies* cp in tema di *error aetatis* nei delitti sessuali). Sul punto, si consenta di rinviare, ancora una volta, ai nostri: *La mappa dell'impero, op. cit.*, § 3.1; *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen", op. cit.*, pp. 16 ss. Anche in tema di clausole generali si trova, sovente, un riferimento all'esigenza che la formula utilizzata dal legislatore «*permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (così, ad esempio*, Corte cost., nn. 5/2004, 327/2008 e varie altre). Tuttavia, in presenza di clausole generali, tale riferimento sembra assumere il valore di una mera petizione di principio. In effetti – anche in ragione delle notevoli differenze in termini di "cognizione" tra il giudizio di legittimità costituzionale e quello che nasce da un ricorso alla Corte Edu – la conoscibilità della norma alla luce del diritto vivente non viene indagata dalla Consulta sul piano concreto. Si pensi, invece, ad esempio, alla meticolosa indagine "storica" compiuta dalla Corte Edu nel caso *Contrada c. Italia* (sez. IV, 14 aprile 2015, cit.), circa l'epoca a partire dalla quale poteva ritenersi maturata la prevedibilità, sopravvenuta nel diritto vivente, della punibilità del concorso esterno in associazione mafiosa (al di là, poi, della condivisibilità o meno degli esiti ai quali si giunge alla fine di tale indagine storica). Peraltro, tornando alla Consulta, anche sul piano astratto, per fare un esempio, resta difficile ritenere che i destinatari della norma (art. 434 cp: altro disastro o disastro innominato) abbiano «una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» anche in relazione a casi di disastro ambientale (non a dinamica tendenzialmente immediata, ma) realizzato mediante emissioni industriali seriali e continuative verificatesi nell'arco di anni. Emissioni iniziate, quindi, molto tempo prima che anche tali ipotesi di disastro ambientale fossero ricondotte – dal diritto vivente – all'art. 434 cp. Cosa che avveniva già, probabilmente, nel diritto vivente coevo a Corte cost., n. 327/2008, cit., che ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità relative all'art. 434, promosse per ipotesi di disastro ambientale a dinamica tendenzialmente immediata, consistiti nell'utilizzo di terreni agricoli come discariche abusive: un noto precedente, espressivo quantomeno della propensione della giurisprudenza di quegli anni a ricondurre già alla stessa fattispecie anche le ipotesi a dinamica seriale e diluita nel tempo, è rinvenibile in Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini (sul caso del Petrolchimico di Porto Marghera). Sulla questione, si rinvia a Castronuovo, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in *Legislazione penale*, 16 luglio 2015, pp. 15 ss. (disponibile *online*: www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2015/07/studi_Castronuovo_Eternit.pdf).

nota vicenda *Taricco*[25].

La cd. "regola Taricco" interpreta (o, meglio, alla luce delle successive puntate della saga, *interpretava*) l'art. 325, comma 1, Tfue[26], in tema di frodi agli interessi finanziari dell'Unione, nel senso che lo stesso imponga la disapplicazione delle disposizioni del diritto interno sulla prescrizione del reato (artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, cp), allorquando tali disposizioni interne impediscano al giudice di infliggere sanzioni effettive e dissuasive «in un *numero considerevole di casi di frode grave* che ledano gli interessi finanziari dell'Unione europea»[27].

Questa regola contiene al suo interno una *clausola generale metagiuridica*, incentrata su un parametro valutativo a carattere *quantitativo-non-numerico*. Una clausola insanabilmente indeterminata, quella della Corte di giustizia, recante una regola di giudizio che reclama, su tale base di irriducibile incertezza, la *disapplicazione* di norme interne incidenti sulla (non) punibilità e, segnatamente, sull'istituto della prescrizione[28].

Come ha reagito la Corte costituzionale di fronte a tale regola, è noto.

In questo caso, la Consulta – sia nell'ordinanza (di rinvio pregiudiziale) del 2017, sia nella sentenza (di non fondatezza) del 2018 – ha proceduto a una inedita affermazione *forte* del principio di determinatezza sulla base di una lettura, per così dire, *massimalista* (e "patriottica") del medesimo canone[29]. La regola Taricco è ritenuta irrimediabilmente indeterminata «nella definizione del "numero considerevole di casi" in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)»[30]. Ma ancor prima, è ritenuto indeterminato (addirittura) l'art. 325 Tfue, dal quale la regola Taricco è desunta per via interpretativa dalla Corte di giustizia, «perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della "regola Taricco"»[31]. Addirittura, nella declinazione datane dalla Corte costituzionale nel 2018, sorge il dubbio che la prevedibilità riguardi già il testo della norma, dal quale dovrebbe potersi desumere in anticipo la successiva concretizzazione per via giurisprudenziale: una prevedibilità valutata, cioè, non al momento della condotta[32].

Di fronte a tali esiti, salutato con favore il richiamo a una determinatezza "forte", ecco che un retropensiero si affaccia fin troppo facilmente: sulla base della sua giurisprudenza sino ad ora consolidata, viene da pensare, cioè, che la Corte romana sia molto più esigente verso le regole vaghe di provenienza europea e dettate dalla Corte lussemburghese di quan-

25. Cgue, Grande Sezione., 8 settembre 2015, causa C-105/14; Corte cost., ord. n. 24/2017 (di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia); il "dialogo tra le corti" nel caso *Taricco* è, poi, proseguito con Cgue, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/17, alla quale ha fatto seguito, chiudendo la vicenda, Corte cost., sent. n. 115/2018. Sulle diverse fasi della vicenda, si vedano, tra gli altri: C. Paonessa e L. Ziletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore*, Pacini, Pisa, 2016; A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017; A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Jovene, Napoli, 2017; nonché, sull'ultimo snodo, anche per ulteriori riferimenti: C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018; M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018, disponibile *online* (www.penalecontemporaneo.it/upload/8210-donini2018b.pdf).

26. «L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione».

27. Cgue, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*.

28. O, quantomeno, ne *reclamavano* la disapplicazione. Può infatti dirsi il contrario alla luce della seconda presa di posizione dei giudici di Lussemburgo, in sede di rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte cost.: la citata sentenza Cgue del 2017 nega, infatti, la persistenza dell'obbligo di disapplicazione delle disposizioni interne in tema di prescrizione del reato quando siffatta disapplicazione comporterebbe una violazione del principio di legalità, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o a causa dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

29. Di *nozione forte* e di *lettura massimalista* parla esplicitamente M. Donini, *Lettura critica, op. cit., passim*, al quale si rinvia anche per una disamina completa della pronuncia.

30. Corte cost., n. 115/2018, § 11 del *Considerato in diritto*.

31. *Ibidem*. Come notato in dottrina, la statuizione della Corte costituzionale è assai singolare, dal momento che applica il principio di determinatezza in materia penale a una disposizione del Trattato che ha, quali destinatari, non i cittadini, ma gli Stati quali Paesi membri dell'Unione, vincolando gli stessi ad adottare misure efficaci e dissuasive per la lotta alle frodi contro gli interessi finanziari. Si veda M. Donini, *Lettura critica, op. cit.*, pp. 11 ss.

32. Individua e stigmatizza questo elemento, ancora una volta, M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018, op. ult. cit.*, pp. 15 ss. e 24 ss.

to non lo sia nei confronti di quelle contenute nelle leggi italiane. Resta, poi, uno scetticismo di fondo circa l'eventualità che tale lettura massimalista ed enfatica della determinatezza possa essere estesa, nel futuro prossimo, ad altre cause generali contenute nel nostro ordinamento penale: insomma, dalla determinatezza come "promessa non mantenuta"[33], alla stessa, nella sua *versione Taricco*, quale espressione di una "promessa che non può essere mantenuta"[34].

Tuttavia, al di là del – già espresso – giudizio negativo sul tradizionale *scarso interventismo* della nostra Corte in tema di (in)determinatezza e prescindendo pure dall'*arrière-pensée* appena evocata, si vuole segnalare che forse non è del tutto fuori luogo guardare con maggior sospetto le clausole giudiziali, ovverosia regole vaghe contenute in sentenze (di corti superiori, interne o sovranazionali che siano), rispetto a quelle contenute in testi legislativi. Sicché, si può ritenere che quell'*arrière-pensée* si fondi su qualche possibile buona ragione, riferibile, però, non alla provenienza sovranazionale della regola afflitta da indeterminatezza, bensì alla fonte che la reca, ovverosia una sentenza di una corte "superiore".

Clausole siffatte, ovvero elementi vaghi contenuti in regole di giudizio recate da una sentenza, sono le più intollerabili e le più lontane dal *nullum crimen*, sia nella nozione interna, sia al metro integrato su base euroconvenzionale. Mentre quelle contenute in disposizioni attendono la loro possibile disambiguazione da parte del singolo giudice, allorquando vengono in contatto con il caso, e potrebbero sperabilmente convertirsi in norme di diritto vivente stabili e prevedibili (oppure, benché l'evenienza, come visto, sia rarissima, potrebbero subire una declaratoria di incostituzionalità); al contrario, quelle contenute in sentenze di "giudici superiori" (corti supreme interne o corti sovranazionali, che "parlano" in maniera, a seconda dei casi, più o meno vincolante ai giudici "comuni" – oltre che alle singole persone) rappresentano il fallimento incorreggibile della valenza comunicativa della norma e la sua quasi definitiva "incalcolabilità".

In presenza di una clausola "giudiziale" ci troviamo di fronte a una sorta di delega del giudice "superiore" ("interno" o "sovranazionale") al giudice "inferiore" ("interno"), che potrebbe, a tacer d'altro, far insorgere più di un dubbio dal punto di vista del vincolo del secondo giudice *soltanto* alla legge (almeno, là dove vi sia un vincolo per il giudice "inferiore" verso la regola di giudizio del giudice superiore). A differenza delle "normali" clausole generali contenute in disposizioni di legge, la clausola giudiziale vedrebbe il giudice superiore erigersi a creatore di norme vaghe (e non più soltanto ad autorevole interprete e "concretizzatore" delle stesse a partire da un testo legale che le contiene), così sovvertendo completamente i rapporti tra la fonte scritta e quella giudiziale. Insomma, qui sembra più che altro (o, almeno, anche) un problema di riserva di legge, e non (solo) di determinatezza.

5.2. Inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale: una lettura minimalista del principio di determinatezza

Da una lettura massimalista ed enfatica a una *minimalista* o, peggio, *negazionista* del principio di determinatezza. Il delitto di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale si regge su un rinvio "in bianco" alle prescrizioni che saranno imposte dal tribunale nel decreto di applicazione della misura di prevenzione *ante delictum*[35]. Tra le prescrizioni di necessaria imposizione, da includere «in ogni caso», figurano anche quelle di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi»[36].

Ne risulta una sorta di *doppio rinvio in bianco*, o di *rinvio speculare all'infinito*, che si perde in un *circolo normativo vizioso*: la legge, con una norma penale in bianco, affida al provvedimento del giudice l'esatta individuazione delle prescrizioni che debbono accompagnare la misura; ma il provvedimento del giudice deve, in ogni caso, contenere la prescrizione in bianco di (vivere onestamente e di) rispettare le leggi, rinviando così, a sua volta, alla legge... Una tecnica normativa capace di far venire alla mente immagini paradossali, come le due mani che si disegnano reciprocamente di una celebre litografia del geniale artista olandese M.C.

33. Così, già dal titolo, il libro di S. Moccia, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, ESI, Napoli, 2001.

34. Cfr. M. Donini, *Lettura critica, op. cit.*, pp. 16 e 23 ss., il quale, giustamente, si dice scettico sul futuro della determinatezza nella versione "forte".

35. Art. 75, comma 2, in relazione all'art. 8, comma 4, del cd. codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011). In precedenza, la fattispecie era prevista dall'art. 9, comma 2, in relazione all'art. 5, comma 3, l. n. 1423/1956 (poi abrogato e sostituito dal codice antimafia).

36. Nella versione precedente a quella contenuta nel codice antimafia, alle prime due prescrizioni si aggiungeva la terza di «non dare ragione di sospetti» (art. 5, comma 3, l. n. 1423/1956, poi abrogato).

Escher: *Mani che disegnano* (1948). Qui le *mani* sono quelle del legislatore e del giudice, impegnate in un autoreferenziale rimando senza fine.

La fattispecie incriminatrice di inosservanza delle prescrizioni, fondata com'è sui menzionati presupposti di *honeste vivere*, se non fosse per la soggettività ristretta (riguarda solo le persone sottoposte alla misura di prevenzione: i sorvegliati speciali), si avvicinerebbe paurosamente al famigerato *Schurkenparagraph*, il "paragrafo del briccone" di belinghiana memoria: quella sorta di "disposizione *omnia*", una macro-clausola generale che vanificherebbe il *nullum crimen* nonostante l'apparente rispetto formale della riserva di legge[37].

Anche qui, ci si pone la stessa domanda: qual è stata la reazione del custode interno del *nullum crimen*?

Ebbene, questa mostruosa fattispecie ha superato indenne, almeno finora, lo scrutinio della Corte costituzionale, benché nella (sostanzialmente) pedissequa versione antecedente: quella dell'art. 9, comma 2, legge n. 1423/1956, abrogato e sostituito nel 2011 dall'art. 75, comma 2, codice antimafia[38]. La Corte – nel 2010 – ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione incriminatrice nella parte in cui sanziona penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi* e *non dare ragione di sospetti* (art. 5, comma 3, l. n. 1423/1956), facendo riferimento, tra l'altro, ai già ricordati criteri interpretativi, professati dalla sua stessa giurisprudenza, finalizzati a recuperare determinatezza in presenza di clausole generali: in particolare, in questo caso, al criterio sistematico-olistico e al criterio finalistico o della *ratio legis*.

Come anticipato, la legge è poi stata abrogata dal d.lgs n. 159/2011 (cd. codice antimafia): ma le prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi (non anche la terza, fondata sul «dare ragione di sospetti») sono, ora, replicate all'art. 8, comma 4, del codice antimafia, che continua a incriminarne – a titolo di delitto – l'inosservanza.

La legittimità di tale fattispecie andrà rivista, nel futuro prossimo, al "metro euroconvenzionale" del *nullum crimen*, come formulato da ultimo proprio a proposito delle prescrizioni che fanno da presupposto all'applicazione della misura personale di prevenzione *ante delictum* della sorveglianza speciale.

La Grande Camera della Corte di Strasburgo (in *de Tommaso*) ha condannato l'Italia – sebbene in relazione alla violazione della libertà di circolazione (art. 2 del Protocollo n. 4 alla Cedu) e non al canone *nulla poena sine lege* (art. 7 Cedu) – dichiarando incompatibile la disciplina delle misure personali di prevenzione *ante delictum* fondate sulle fattispecie di pericolosità "generica" di cui alla legge n. 1423/1956 (poi trasfuse nell'art. 1 del codice antimafia), sulla base della "insufficiente prevedibilità" delle conseguenze della condotta proprio perché è straordinariamente vago il contenuto delle prescrizioni da imporre ai destinatari della misura[39]. Un difetto qualitativo della norma che, di necessità, si ribalta anche sulla fattispecie delittuosa, già salvata dalla Corte costituzionale nel 2010[40].

Il paradossale congegno, col quale il legislatore rimanda al giudice che a sua volta prescrive di rispettare le leggi, si risolve in un gioco di specchi; e fa venire alla mente *la mano che disegna la mano*. Un congegno che poteva – e può nuovamente – essere cancellato da una *terza mano*: quella del giudice costituzionale. Una mano provvidenziale, che crediamo oramai prossima[41].

---

37. E. Von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr (Siebeck), Tubinga, 1906 (ristampa: Scientia Verlag, Aalen, 1964), 300. Lo ricorda, proprio in relazione a questa fattispecie, anche F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen cont.*, n. 3/2017, p. 378 (www.penalecontemporaneo.it/d/5264-la-corte-di-strasburgo-assesta-un-duro-colpo-alla-disciplina-italiana-delle-misure-di-prevenzione-p).

38. Corte cost., n. 282/2010.

39. Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

40. Segnatamente dalla già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2010.

41. Dopo la sentenza della Grande Camera nel caso *De Tommaso*, erano intervenute le sezioni unite della Cassazione, le quali, rendendo un'interpretazione conforme a quella della Corte europea, hanno escluso dal novero dei presupposti del reato in esame le prescrizioni dell'*honeste vivere*, etc.: Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, *Paternò*, sulla quale F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso*, in *Dir. pen. cont.*, n. 9/2017, pp. 146 ss.; G. Biondi, *Le Sezioni unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017, pp. 163 ss. Tuttavia, poche settimane dopo, la sez. II della suprema Corte ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, ritenendo necessario l'intervento della Consulta affinché dichiari l'illegittimità della disposizione penale in questione nella parte in cui sanziona la violazione di precetti considerati incompatibili con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu e all'art. 2 Protocollo n 4 alla Cedu, interpretati alla luce della sentenza della Grande Camera della Corte Edu nel caso *De Tommaso* (Cass., Sez. II, ord. 11 ottobre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49194, Sorresso, sulla quale vds. sempre F. Viganò, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017). Si attende, dunque, il giudizio della Consulta. Infine, è successivamente intervenuta Cass., sez. I, 9 aprile 2018 (dep. 10 luglio 2018), n. 31322, che ha ridotto ulteriormente la tipicità della fattispecie con riferimento al divieto di partecipare a pubbliche riunioni – si veda, in proposito, G. Amarelli, *Ulteriormente ridotta la tipicità*

6. Una conclusione nel segno del paradosso

È noto da sempre che il primato della legge ha una doppia faccia: quella autoritaria e quella garantista. Del resto, era Calamandrei a rimarcare come "*nello stampo della legalità si può colare oro o piombo*": il piombo della legalità fascista (preservata, nella forma, negli artt. 1, 2 e 199 del codice Rocco); l'oro della futura legalità costituzionale[42].

Occorre anche ricordare che la perdita di centralità del formante legale (nazionale), in favore del formante giurisprudenziale, nella sua dimensione sovranazionale, se sottrae terreno alla legalità nazionale, può anche produrre, nella declinazione della Corte Edu, una espansione dei diritti individuali fondamentali *sub specie* di diritti dell'uomo.

Questa ambivalenza della legalità nazionale è plasticamente visibile anche in relazione alle formule vaghe qui studiate. Le clausole generali, *in criminalibus*, sono ordigni ambigui anche negli effetti: certo, più facilmente generano incertezza, favorendo l'arbitrio repressivo e contribuendo alla formazione di un diritto incalcolabile che rende imprevedibili le conseguenze penali delle proprie azioni. E tuttavia, proprio perché sono metafore di vaghezza, *Ventilbegriffe*, le clausole potrebbero talora funzionare come "valvole di disinnesco" o come "fattori di dissipazione" della portata repressiva di certe disposizioni: dando rilievo, per esempio, a situazioni in senso lato esimenti o con effetti *in bonam partem*, valutabili discrezionalmente dal giudicante.

Indizi di questo ruolo ambivalente delle clausole generali emergono anche nella storia recente, a proposito di previsioni incriminatrici in tema di immigrazione ritenute, per varie e più o meno condivisibili ragioni, "sgradevoli" anche da una parte della magistratura, e che, nel loro rigore sono ritenute troppo... tassative, poiché non presentano formule vaghe come "*senza giustificato motivo*", che proprio per la loro vaghezza permettano di considerare situazioni di oggettiva o soggettiva non "rimproverabilità" o comunque riguardanti la meritevolezza di pena. Così, era stata lamentata l'illegittimità della fattispecie del cd. reato di "immigrazione clandestina" (art. 10-*bis*, d.lgs n. 286/1998), introdotta nel 2009, in relazione ai principi di colpevolezza, proporzione e ragionevolezza, sotto forma di mancata previsione della clausola «senza giustificato motivo»[43]; clausola invece presente nella norma incriminatrice "affine" di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, del medesimo Testo unico sull'immigrazione (inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio nazionale)[44].

In sostanza – ecco il paradosso – si invocava da parte dei giudici rimettenti la clausola generale "senza giustificato motivo", che in precedenza era stata sospettata di indeterminatezza in relazione alla menzionata fattispecie incriminatrice analoga (poi "salvata" dalla Corte). In questo caso, si finisce insomma per "rimpiangere" la formula vaga, consistente in una clausola classica, fondata su parametri metagiuridici che danno rilievo ai *motivi*: una formula di per sé idonea ad assecondare le contingenti finalità repressive del legislatore contemporaneo, spesso non estranee, in materie come la disciplina dell'immigrazione, alle improvvide suggestioni di un populismo penale più o meno becero; ma anche, quella stessa formula, uno strumento elastico che, nelle mani del giudice, potrebbe rivelarsi capace di comprimere l'enfasi di quelle finalità repressive, se non di frustrane in parte le meno commendevoli intenzioni politico-criminali o forse schiettamente elettoralistiche.

In definitiva, benché gli effetti nefasti dell'incalcolabilità riguardino principalmente le persone destinatarie delle norme, la carica entropica delle clausole generali, una volta immesse nel sistema, può manifestarsi *in forme impreviste, anche per gli stessi malcauti artefici*.

Dietro al prevalente lato cattivo delle clausole generali, può nascondersi eventualmente qualcosa di buono: primariamente, scongiurare un diritto penale ipertrofico e smisurato, dalle formule descrittive prolisse e inconoscibili, tutte le volte in cui sia inevitabile utilizzare tali formule di integrazione del testo; forse, benché più raramente, offrire al giudice una valvola di decompressione di previsioni enfatiche sul piano repressivo, non estranee in epoca di crescente populismo penale.

La vera sfida, alla fine, consiste nell'individuare un rapporto di scala adeguato, che, senza eccedere in disposizioni smisurate, sappia condensare in segni ancora accessibili e decifrabili le – calcolabili – pretese del principe.

---

del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2018, pp. 174-182.

42. Sul punto, Palazzo, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, pp. 13 ss.

43. Questione dichiarata non fondata da Corte cost., n. 250/2010.

44. La questione era stata ritenuta non fondata da Corte cost., n. 5/2004, cit.

«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)

di *Ombretta Di Giovine*

L'Autrice affronta il tema dell'interpretazione penalistica in una prospettiva aperta a saperi esterni, ed evidenzia la difficoltà di distinguere l'interpretazione, analogica, dall'analogia in senso stretto. Avvalendosi del richiamo a pronunce della Corte di cassazione a sezioni unite, cerca di dimostrare come i maggiori rischi di arbitrio si annidino peraltro non tanto nel mancato rispetto del testo (dai confini non previamente definibili), quanto nell'omessa o parziale esplicitazione delle premesse valoriali del ragionamento giuridico. Dichiara infine una cauta apertura verso l'intuizione del giudicante nei soli (seppur sempre più numerosi) casi di "dilemma", non risolvibili attraverso gli strumenti tradizionali della deliberazione e della razionalità di scopo.

1. Guida alla lettura

Il mare dell'interpretazione giuridica è da sempre percorso da correnti che amano rappresentarsi in reciproca opposizione e che, optando per una delle varie definizioni possibili, qui chiameremo "formalismo" e "antiformalismo"[1].

Il formalismo ha lungamente dominato il diritto penale, per motivi riconducibili all'assetto costituzionale della materia e al primato tradizionalmente riconosciuto al Parlamento sui giudici: in radice, alla gravità delle conseguenze che derivano dalla sua applicazione (le quali suggeriscono non solo di demandare l'individuazione dei confini a un organo quanto più rappresentativo, ma pure di fissare in anticipo le regole del gioco).

Secondo l'insegnamento tradizionale, l'interpretazione consiste quindi nell'*invenzione* di una disciplina già esistente; l'analogia, in una forma di *creazione* del diritto (basata sull'estensione di una disciplina prevista per un caso singolo ad altro caso non espressamente previsto, ma caratterizzato da identità di *ratio*). Ragion per cui la seconda, nel diritto penale, è espressamente vietata.

Il tema, un classico della riflessione dottrinale del passato[2], da tempo non viene più affrontato in modo sistematico in trattazioni di ampio respiro. Tuttavia, non di rado la dottrina denuncia la tendenza giurisprudenziale a realizzare analogie occulte (con formula in voga, «cripto-analogie[3]), e ciò dimostra la perdurante attualità dell'argomento,

1. In realtà, come preciserò anche in conclusione, queste etichette rischiano di divenire fuorvianti poiché formalismo e antiformalismo, nel diritto, a differenza che in altri domini di conoscenza, sono entrambi moderati.

2. Limitando le citazioni alle monografie italiane, si vedano: G. Bellavista, *L'interpretazione della legge penale*, Giuffrè, Milano, 1936 (ristampa inalterata: 1975); G. Vassalli, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1942; N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Tipografia Collegio degli artigianelli, Torino, 1938; M. Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955; L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954.

3. Si veda, da ultimo, V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia "ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 6 (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/d/5817-dalla-fattispecie-al-precedente-appunti-di-deontologia-ermeneutica). Tra i più recenti e autorevoli interventi sul punto, si vedano, inoltre: G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari, 2018, pp. 114 ss.; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen cont.*, n. 3/2016, pp. 13 ss.; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 29 ss. (ma l'elenco sarebbe lungo).

giustificando l'invito a occuparsene in questa sede.

Ovviamente, l'aspirazione generale a distinguere «il normale e il patologico»[4] anche nell'interpretazione penale non può non essere condivisa. Tuttavia, se la sfida consistesse nel tracciare un criterio *formale* di distinzione, vale a dire un criterio suscettibile di essere tracciato aprioristicamente attraverso formule precise, ebbene, ammettiamo da subito che non l'avremmo raccolta. L'impresa sarebbe infatti apparsa impossibile a chi, come noi, ha sempre sostenuto che alla sua realizzazione ostano, non necessariamente in quest'ordine (anzi, non necessariamente in *un* ordine): i rudimenti della filosofia linguistica; i fondamenti della logica; le conoscenze basiche di psicologia scientifica.

A tali fattori si sono di recente aggiunti, quantomeno, l'irruzione nel diritto penale del neocostituzionalismo di marca europea, vale a dire di una dottrina normativa dei limiti del potere politico, che attribuisce un ruolo preponderante ai giudici[5], e le riforme processuali che hanno espressamente valorizzato il pre*ced*ente giurisprudenziale. Come dire: alla distinzione tra analogia e interpretazione penale si frappone ormai anche il diritto medesimo.

Ai citati *input* dedicheremo riflessioni succinte[6], essenzialmente allo scopo di ribadire che l'impossibilità di tracciare un distinguo *netto* tra analogia vietata e interpretazione consentita non significa legittimare l'anomia giurisprudenziale e per dimostrare, anzi, come proprio in nome del cd. formalismo interpretativo la giurisprudenza indulga talvolta in arbitrii interpretativi.

Insisteremo sul fatto che, in un'epoca di accentuato pluralismo (qual è quella odierna), il problema maggiore è rappresentato dalla scelta/costruzione (dei contenuti) delle premesse: operazione spesso sommersa, che come tale si sottrae alla possibilità di una verifica discorsiva. In tale prospettiva, continueremo inoltre a difendere la tesi secondo cui l'attenzione andrebbe puntata sui modi e sui vizi della conoscenza più ancora che sulla forma del ragionamento, la cui correttezza è, in certa misura, pur sempre verificabile.

Ciò nondimeno, aggiungeremo che, quando si pone un problema di incommensurabilità dei valori – il che accade, per esempio, in situazioni fortemente connotate sul piano etico –, anche queste "accortezze" possono rilevarsi insufficienti nella soluzione dei casi concreti, il che ci porta a interrogarci su un'ipotesi apparentemente dirompente, perché controintuitiva. Nelle sole ipotesi in cui gli strumenti classici, legati al ragionamento logico-consequenzialistico, falliscono, ci cominciamo a chiedere se l'intuito del giudicante possa per caso garantire (non maggior "giustizia", bensì) *maggior* certezza in situazioni di incertezza comunque endemica.

2. Filosofia linguistica: riferimenti capricciosi e sensi "assennati"

Il problema della distinzione tra analogia e interpretazione, nei sistemi di diritto scritto, si è posto muovendo dal testo e dall'idea che il testo – le cui virtù non sono in discussione – avesse un ambito operativo astrattamente delimitabile. È, cioè, sempre stato un problema di semantica.

La storia, seppur recente, della filosofia linguistica (cui il penalista dovrebbe essere debitore) insegna che, a partire dalle riflessioni di Wittgenstein[7], si è sviluppata ed è divenuta dominante l'idea che non esista una semantica "pura", e che la semantica sia necessariamente "pragmatica"[8]. Ciò, banalmente, significa che parole e testo, che delle prime si compone, non hanno confini precisi. Tutte le parole (quale più, quale meno, con l'eccezione forse di quelle che esprimono dati numerici) sono, per natura, vaghe e ambigue[9]. Ci si è, così, arresi da tempo all'evidenza che il cd. riferimento o «significato» («*Bedeutung*»)

4. La terminologia (solo quella) è di G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, 1966, traduzione italiana: *Il normale e il patologico*, Einaudi, Torino, 1998.

5. Fondamentale, sul tema: M. Barberis, *Etica per giuristi*, Laterza, Bari, 2006.

6. Si tratta di tesi sviluppate in O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006; *Ead.*, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 93 ss.; *Ead.*, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in AA.VV., *Criminalia 2012*, ETS, Pisa, 2013, pp. 267-284 (www.edizioniets.com/Priv_File_Libro/2507.pdf); *Ead.*, *Il ruolo costitutivo (con particolare riferimento al precedente europeo) della giurisprudenza*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 145 ss.

7. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, traduzione italiana: *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1999.

8. Per una godibile introduzione, nella filosofia linguistica, si veda C. Bianchi, *Pragmatica del linguaggio*, Laterza, Bari, 2003. Nella gius-filosofia, per tutti, si veda il recente A. Capone - F. Poggi (a cura di), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2016.

9. Una discussione è in S. Moruzzi, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Laterza, Bari, 2012.

delle parole è "capriccioso"[10], mentre più "assennato", più ricco di informazioni, è il loro «senso» («*Sinn*»). Il senso è, però, evincibile dall'interprete soltanto guardando all'uso che delle parole si faccia e quindi, in ultima analisi, al contesto in cui queste si calano. Anzi, a*i* contest*i* (al plurale) che, quanti più sono, tanto meglio è.

Tali contesti possono essere: legislativo (nel diritto, tradizionalmente si parla di interpretazione sistematica[11]); giurisprudenziale (interno e, entro certa misura, ormai pure europeo-costituzionale); assiologico (altrimenti definito "di sfondo" o "distale"; è l'interpretazione classicamente definita teleologica); fattuale (e questo è, forse, il contesto più importante), ecc.

Ricorrendo alla terminologia di Herbert L. A. Hart e molto semplificando, quindi, può dirsi assodato che l'interprete muova *sempre* dal testo e, nella specie, dal nucleo («*core*») della parola; a causa della tessitura aperta del testo, poi si avvale, però, dei vari tipi di contesto per schiarire la *penumbra*. Opera cioè mediante accostamenti e somiglianze. *Crea cioè diritto mediante analogie*.

3. Logica

Se è così, cade la distinzione netta tra analogia e interpretazione. Essa reggeva finché si ritenesse che l'interpretazione giuridica seguisse uno schema deduttivo (*up-down*), che ha avuto la sua più famosa rappresentazione nel cd. sillogismo giudiziario. Tuttavia, come si è detto, questa rappresentazione, almeno per i più, è ormai inverosimile: l'interpretazione è per sua natura analogica e l'analogia è una forma di induzione (ragionamento *bottom-up*), che dal particolare va al generale, o forse di abduzione, che dal particolare va ad altro particolare.

Di certo, non è deduzione.

4. Analogia interna e analogia esterna; cacciaviti e *cotton fioc*

Veniamo al dunque: in che cosa differisce, allora, l'analogia penalmente vietata dal procedimento interpretativo, per sua natura analogico?

In passato, distinguemmo l'analogia interna da quella esterna (al testo), per concludere che la prima è penalisticamente consentita; la seconda, vietata[12]. Il distinguo discendeva dalle concezioni di Umberto Eco, improntate a un cd. realismo (o pragmatismo) negativo[13].

La tesi di Eco – che ancor oggi prediligiamo – è, cioè, che delle parole si possano fare molteplici usi, ma non *qualunque* uso.

Per illustrarla, siamo soliti citare la polemica tra Umberto Eco e Richard Rorty, il più scettico degli scettici. Questi escludeva che le parole avessero, di per sé, un senso (un'intenzione, una *ratio*) e pensava che tale senso derivasse *esclusivamente* dal loro uso. Ritenere il contrario – secondo Rorty – sarebbe equivalso ad affermare che «l'uso che faccio del cacciavite per avvitare viti è "imposto dal cacciavite stesso", mentre l'uso che ne faccio per forzare dei pacchi di cartone è dovuto alla "caparbia imposizione della mia soggettività"»[14]. Eco[15], pur convenendo in linea di massima sulla multi-valenza dell'arnese, ne sconsigliava l'uso come *cotton fioc*. Il cacciavite può forse (a talune condizioni) diventare un apri-pacco, ma non può diventare un *cotton fioc*[16].

Oltre un siffatto criterio di massima è difficile andare: chi pretenda di ravvisare nel *discrimen* tra analogia interna e analogia esterna una ricetta infallibile per la cucina penalistica, resterebbe deluso (oltre a mostrarsi ingeneroso verso Umberto Eco, prima che – poco male – verso di noi).

Nel paragrafo successivo, cercheremo comunque di fugare la nostalgia per il formalismo, illustrando

---

10. *Mutatis mutandis*, W.O. Quine, *Parola e oggetto*, il Saggiatore, Milano, 2008 (edizione originale: 1960), p. 157.

11. Vd. ora l'ampio saggio di G.P. Demuro, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1088 ss., che peraltro ne propone una nozione molto restrittiva (in part., pp. 1104 ss.).

12. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 274 ss.

13. Limito le citazioni a U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990; *Id.*, *Interpretation and overinterpretation*, 1992, traduzione italiana: *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani, Milano, 2002.

14. U. Eco, *Interpretazione*, *op. cit.*, p. 126.

15. U. Eco, *Interpretazione*, *op. cit.*, pp. 173 ss.

16. Similmente, tornando ad Hart e citando il celeberrimo esempio del «divieto di ingresso per i veicoli nel parco» (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, traduzione italiana: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, 148), è stato di recente chiosato che difficile è intendersi sul concetto di "veicolo" e sulla *ratio* della norma (ci rientrano biciclette, *skateboard* o passeggini?); tuttavia, una volta identificata tale *ratio* nell'opportunità di preservare un ambiente silenzioso che consenta il riposo delle persone, comunque il divieto non potrebbe estendersi a un concerto *rock*, nonostante l'indiscussa rumorosità di questo. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, 2009, traduzione italiana: *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci, Roma, 2016, p. 221.

perché esso non rappresenti un buon ingrediente del piatto giuridico, né sarebbe un grande *chef* chi si limitasse a seguire pedissequamente un'ipotetica ricetta.

In realtà, approfitteremo della distinzione tra analogia interna ed esterna anche per ri-descrivere l'oggetto dell'intervento, calibrandolo sulla prima, e cioè estendendolo. Crediamo infatti che i casi di cd. analogia esterna siano comparativamente pochi (sebbene, secondo taluni, in crescita) e, soprattutto, poco problematici[17], sicché il maggior problema è rappresentato dall'analogia interna. In proporzione, pochi giudici usano infatti il cacciavite come *cotton fioc*, mentre davvero molti lo usano come apri-pacco.

5. Salti mentali, reti e appigli

L'analogia è un «salto mentale»[18].

Ora, la distanza tra il salto piccolo, che contribuisce alla fisiologica creazione della norma, e il salto lungo, che dà luogo a un'inammissibile supplenza giurisprudenziale, nel diritto non può essere misurata in centimetri e deve essere, piuttosto, misurata in... Temerarietà.

È temerario il salto senza rete né appigli, ed è questa mancanza – vale a dire la mancanza di giustificazione alla soluzione concreta – a rendere vietata la creazione giurisprudenziale del diritto.

Sviluppando la metafora per precisare il concetto, potremmo identificare nel testo la "rete" e aggiungere che il testo-rete è imprescindibile[19], ma a volte insufficiente e comunque inidoneo ad evitare, da solo, arbitri. Occorre, infatti, che l'interpretazione si aggrappi a degli "appigli".

Le esemplificazioni di salti giurisprudenziali temerari, vuoi anche non trascendenti in analogie vietate in senso stretto, sarebbero numerosissime[20]. Mi limiterò a citare alcune sentenze celebri, più o meno recenti, della Corte di cassazione a sezioni unite, per ragioni di spazio e perché investono questioni che non richiedono approfondimenti particolari.

Un *salto nel vuoto*, senza testo-rete, è stato compiuto con la recente sentenza Cass, sez. unite, 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770. Chiamata a esprimersi sulla recente riforma penale in materia di responsabilità medica, volta a limitare l'ambito di responsabilità colposa dell'operatore sanitario nel caso di osservanza di linee guida o buone pratiche[21], la pronuncia ha introdotto una condizione alla sua operatività non contemplato dal testo: l'esercente una professione sanitaria deve versare in colpa lieve. Incidentalmente, gli argomenti addotti a sostegno di tale conclusione (i presunti *appigli*) sono tutti, in modo ben più persuasivo, spendibili *a contrario*, e cioè per escludere tale limitazione[22]. A chi poi, seguendo sul punto le motivazioni della sentenza, replicasse che la delimitazione della responsabilità ai casi di colpa grave potrebbe essere ritenuta un principio generale, seppur implicito (sulla scia di Corte cost., sentenza n. 166 del 1973), si potrebbe obiettare che la Corte di cassazione ha fatto uso di tale principio *contra reum*, e non in suo *favor*, producendo quindi anche l'odioso effetto di escludere, per il futuro, l'operatività dell'art. 2236 cc in ambiti diversi da quello medico (seppure la prestazione tecnica implicasse problemi di particolare difficoltà).

Al di là di ipotesi di questo genere, alquanto clamorose (sulla cui criticità la dottrina ha almeno finora convenuto), preme evidenziare che anche la giurisprudenza che *salta* (interpreta) *con la rete* di un testo, può sperticarsi in pericolosi numeri di creazione normativa, quando non ha *appigli* cui aggrapparsi.

Un salto *senza appigli* nel contesto legislativo è stato quello della sentenza Cass., sez. unite, 26 novembre 2009 (dep. 30 marzo 2000), n. 12433, che ipotizza la configurabilità del dolo eventuale nel delitto di ricettazione. La motivazione, invero, non trascura la contravvenzione di incauto acquisto (art. 712 cp) e il correlato argomento, vecchio ma sempre valido, che la differenza fra le due fattispecie può darsi soltanto sul piano dell'elemento soggettivo, e cioè equiparando il dubbio sulla provenienza delittuosa

17. Quantomeno, nel senso che sono ben identificabili e che la dottrina non incontra soverchie difficoltà dell'identificarli (e stigmatizzarli).

18. K.J. Holyoak e P. Thagard, *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, MIT Press, Cambridge (MA), USA, 1995.

19. Invero, a rigore, come sono solita ricordare, non mancano nemmeno situazioni in cui il testo non c'è o dice qualcosa di contrario a quello che, pure, pacificamente si ritiene. L'esempio più significativo è rappresentato dalla configurabilità, in generale, del dolo eventuale.

20. Un interessante e lungo elenco è in D. Micheletti, Jus contra lex. *Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in AA.VV. *Criminalia 2016*, ETS, Pisa, 2017, pp. 161-192 (www.edizioniets.com/Priv_File_Libro/3639.pdf).

21. Invero, forse si sarebbe potuto sostenere che, più che alimentare la responsabilità del medico, la riforma mirasse a ri-orientare in un senso costituzionalmente conforme le categorie giurisprudenziali in tema di colpa. *Amplius*, O. Di Giovine, *Mondi Veri e Mondi immaginari di Sanità, Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2151 ss.

22. Analiticamente, su questo punto, A. Roiati, *Il compromesso interpretativo* praeter legem *delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590*-sexies *c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 2/2018, pp. 423 ss.

del bene al «motivo di sospettare la provenienza da reato», di cui parla appunto la fattispecie contravvenzionale. Tuttavia, la Corte "scavalca" tale argomento: per un verso, ritenendo la contravvenzione sia tipizzata non già dal sospetto in sé, ma dai motivi per cui esso sorge; per altro verso, "riesumando" la cd. prima formula di Frank ("se avessi previsto tutto questo") nel tentativo di dare consistenza al dolo eventuale e di distinguerlo dal mero sospetto.

Un salto (senza rete e) *senza appigli nel contesto giurisprudenziale* è stato compiuto dalla sentenza Cass., sez unite, 19 aprile 2012 (dep. 12.9.2012), n. 34952, ritenendo configurabile il tentativo di rapina impropria, nei casi in cui la violenza sia stata posta in essere *prima* della sottrazione della cosa mobile. Per superare il dato testuale del capoverso dell'art. 628 cp (la violenza o minaccia devono essere usate «immediatamente dopo la sottrazione»), le sezioni unite richiamano l'insegnamento della Corte Edu, appellandosi al ruolo creativo della giurisprudenza, ma ciò fanno operando una forzatura. Da una parte, infatti, la fisiologica creatività giurisprudenziale dovrebbe giocare pur sempre all'interno degli spazi semantici del testo, e non fuori. Dall'altra, per quel che qui interessa, le sezioni unite hanno ravvisato un "diritto vivente" che non esisteva in quel momento, negando oltretutto quanto da esse stesse poco prima affermato: e cioè che, a fronte di un orientamento positivo abbastanza consolidato sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria, la Corte di cassazione, in tempi più recenti, aveva cominciato a discostarsene (in pronunce addirittura segnalate nominativamente). Impossibile astenersi dal rilevare la contraddittorietà logica dell'argomentazione: scorretta dunque nella forma, oltre che poco condivisibile nel contenuto.

Un salto *senza appigli nel contesto fattuale* potrebbe essere quello di Cass., sez unite, 22 febbraio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40981. Questa la vicenda: il reo aveva rivolto minacce, strattonato e tentato di prendere a pugni due funzionari di PS che cercavano di impedirgli di aggredire una terza persona. Le sezioni unite affermano di derivare dalla lettera della legge e dalla logica la conclusione (*in malam partem*) che tali condotte configurano un concorso formale di reati, piuttosto che – come invero intuitivo – un'ipotesi unica di resistenza a pubblico ufficiale. All'obiezione che l'interesse tutelato è unico e rappresentato dal regolare funzionamento della pubblica amministrazione (obiezione che, peraltro, se abbiamo ben inteso l'argomentazione degli ermellini, era stata appena destituita di fondamento), i giudici sembrerebbero reagire operandone una sorta di duplicazione, per effetto della "concretizzazione" del bene medesimo nell'interesse alla sicurezza e alla libertà – in ultima analisi, alla protezione – degli *organi* che la pubblica amministrazione incarnavano nella vicenda di specie (due persone, appunto). A tacer d'altro, in tal modo la Cassazione (pur muovendosi nell'area semantica del testo) deliberatamente oscura le note concrete del fatto storico e, in particolare, la circostanza che il comportamento ai danni dei due pubblici ufficiali era stato realizzato in un contesto temporale e logico sostanzialmente unitario, come indiziato tra l'altro dallo stato di concitazione in cui versava il reo. Contesto che, a nostro avviso, avrebbe più proficuamente orientato la lettura della fattispecie di cui all'art. 337 cp, conducendo a ipotizzare, nel caso di specie, un solo reato.

Insistendo nello svolgimento della metafora, sia infine consentito richiamare un caso in cui la suprema Corte, sempre nella sua più autorevole composizione, *non* ha saltato, e cioè si è astenuta dal proporre interpretazioni. Alludiamo all'anch'essa celebre sentenza del 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, in cui, dopo aver individuato un criterio di massima per distinguere la concussione (art. 317 cp) dall'induzione indebita (art. 319-*quater* cp), gli ermellini hanno riconosciuto (§§ 16 ss.) che tale criterio non funziona in un copioso ed esemplificato novero di situazioni, in rapporto alle quali i giudici sono stati invitati a decidere caso per caso. Per quanto tale precedente possa apparire strano (per auto-ammissione, non propone principi di diritto derogabili e non si proietta verso la vincolatività; sul punto, si veda il § successivo), la suprema Corte, a nostro avviso, non aveva forse tutti i torti: in questo caso, una eccessiva frammentazione dei tipi legislativi (quantomeno: concussione, corruzioni varie, induzione indebita) in rapporto a un fenomeno – la corruzione – invece criminologicamente unitario, ha impedito alla Corte di trovare nei testi una rete e, pure, meri appigli nei contesti.

6. Uova e precedenti giurisprudenziali

Come si accennava, un ulteriore fattore di complicazione per il nostro sistema di legalità legislativa è stato determinato dall'irruzione, nel diritto penale, del costituzionalismo europeo. Le celeberrime sentenze "gemelle" della Consulta (nn. 248 e 249 del 2007), forse anche perché scoperte con qualche ritardo dal penalista, nel mettere bruscamente quest'ultimo di fronte alla consacrazione costituzionale del ruolo di fonte della giurisprudenza (costituzionale europea e, di riflesso, anche interna), hanno provocato un iniziale, piccolo (?) maremoto. In una prima fase, è parso a

taluni che la giurisprudenza fosse divenuta una fonte del diritto addirittura in senso *formale*[23], con tutto ciò che ne sarebbe derivato: sul piano ideale, in termini di decostruzione e sostanziale annientamento della riserva di legge; soprattutto sul piano pratico, quanto, per esempio, alla successione di "diritto" nel tempo[24] e, più in generale, all'incertezza e all'ingestibilità del sistema[25].

Sul piano squisitamente interpretativo, infatti, ancora pochissimo tempo fa, sembrava si stesse affermando la tendenza a leggere le sentenze della Corte Edu quasi fossero delle leggi, nel rispetto rigoroso del canone letterale (prima ancora che di quello teleologico) e nell'intento dichiarato di estenderne l'applicazione a casi uguali o anche solo simili – con l'effetto di sovvertire il sistema del sindacato accentrato di costituzionalità in favore di un inedito sindacato diffuso.

Ora, le acque si sono – forse – acquietate e alcuni fraintendimenti parrebbero superati[26].

Dovrebbe essersi compreso che non ogni (qualunque) sentenza crea un precedente vincolante[27] e che, anche a considerare le sole pronunce astrattamente suscettibili di essere ritenute tali (per lo più, in ragione della composizione dell'organo che le pronuncia), è difficile sottrarsi all'impressione che sia un errore, oltre che un ossimoro concettuale, riproporre, con riferimento al precedente, quella "teoria dichiarativa" che tante difficoltà ha incontrato già rispetto al diritto positivo.

Quanto poi, specificamente, alle pronunce del nostro giudice di legittimità, sappiamo che la legge le vorrebbe nella sostanza vincolate[28] e che, nell'intento di perseguire l'agognata stabilizzazione giurisprudenziale, ha disposto che la sezione semplice della Cassazione, qualora ritenga di «non condividere» il principio di diritto formulato in una sentenza delle Sezioni Unite, «rimette» a queste ultime la decisione del ricorso.

Il giudizio sulla riforma, recente e ispirata – si è detto – a una concezione «procedurale» e «discorsiva» della nomofilachia[29], è aperto e tutto *in fieri*, non disponendosi allo stato di dati sufficienti. Ciò nondi-

---

23. È stata questa, nella sostanza, la lettura autorevolmente sostenuta da F. Viganò, quantomeno a partire da *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *Dir. pen. cont.*, 10 settembre 2012, disponibile *online* (www.penalecontemporaneo.it/d/1699-le-sezioni-unite-rimettono-alla-corte-costituzionale-l-adeguamento-del-nostro-ordinamento-ai-princi)

24. Si veda Cass., sez. unite, 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288.

25. Sul punto, il bel contributo di T.E. Epidendio, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, nn. 3-4/2012, pp. 26 ss.

26. A tale scopo si è senza dubbio prodigata la Corte costituzionale.
Sul punto, è solitamente citata (e celebrata) la sentenza n. 230 del 2012, che ha speso una difesa accorata e frontale della «riserva di legge», evidenziando come il diritto giurisprudenziale non possa essere messo sullo stesso piano di quello legislativo (per una rassegna delle conseguenze che la pronuncia ha inteso scongiurare, si veda T.E. Epidendio, *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito sul mutamento giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont*, 14 dicembre 2012, disponibile *online* (www.penalecontemporaneo.it/d/1913-brevi-impressioni-e-spunti-a-margine-del-dibattito-sul-mutamento-giurisprudenziale).
Dal nostro punto di vista, più proficua è risultata tuttavia la strategia, in certo senso opposta, che la Corte costituzionale ha attivato nella partita sul "caso Taricco" (ord. n. 24 del 2017; sent. n. 115 del 2018). Qui, la Consulta ha camuffato il «pugno di ferro» in un «guanto di velluto», allo scopo (inveratosi) di consentire alla Cgue di riprendere un *dialogo* che minacciava di interrompersi. Ciò ha fatto ricorrendo a un linguaggio meno legato alla specificità nazionale della riserva di legge, e come tale condiviso – oltre che comprensibile – anche dalle altre corti europee. Pensiamo, in particolare, all'ord. n. 24 del 2017 dove il termine «legalità» ricorre ben tredici volte, a fronte della locuzione «riserva di legge», usata una sola volta (sull'ordinanza in oggetto, vds. i contributi, dei più disparati segni, contenuti in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017. Quanto alla successiva pronuncia, si veda M. Donini, *Lettura critica di Corte Costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018, dove l'Autore ritiene che la Consulta abbia di fatto attivato lo strumento dei controlimiti (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/d/6160-lettura-critica-di-corte-costituzionale-n-1152018).
A vincere la suggestione della "giurisprudenza europea come fonte formale dell'ordinamento interno" hanno, però, contribuito innanzitutto le stesse Corti europee: la Cgue, portatrice di una giurisprudenza poco condivisibile, perché persistentemente sbilanciata verso la tutela di interessi (propri e) di natura economica; la Corte Edu, che ha cominciato a smentire nella sostanza i suoi precedenti, macchiando la sua immagine – fino ad allora abbastanza immacolata – di giudice coerente e, nei contenuti, progressista. Alludo, ovviamente, a Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, (ricc. nn. 18640/10 e altri quattro) in tema di *bis in idem*, e alla successiva Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia* (ricc. nn. 24130/11 e 29758/11).

27. Si veda anche la sentenza della Corte cost. n. 49 del 2015.

28. Art. 618 cpp, come modificato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha così uniformato la disciplina del rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite penali a quanto già previsto per la Corte di cassazione civile dall'art. 374, comma 3, cpc, come modificato dall'art. 8, d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40.

29. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale* in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017, p. 5 disponibile *online* (www.penalecontemporaneo.it/d/5204-nomofilachia-e-diritto-giurisprudenziale).

meno, è lecito supporre che, anche qui, si confronteranno approcci formalistici e antiformalistici, e che, anche qui, prevarranno i primi già nel medio periodo.

Non è affatto detto, cioè, che la riforma riesca nell'intento di irrorare le distese penalistiche dell'agognata stabilizzazione giurisprudenziale e, tantomeno, di piallare l'insostenibile carico giudiziario della Cassazione (incidentalmente, una delle maggiori fonti di incertezza). Lungi dall'imbalsamare i giudizi *pro futuro*, si prospetta piuttosto il pericolo che la novella, complice la nota inventiva della giurisprudenza (soprattutto) italiana, finisca con lo stimolare la fantasia dei giudici verso nuove frontiere di *distinguishing*. E, si sa, il confine tra *distinguishing* e *overruling* è (anch'esso, come il confine delle parole) tutt'altro che chiaro[30].

La diremo con Frederick Schauer[31], per allontanare da noi la responsabilità di un paragone irriverente. Una volta che un giudice (delle sezioni unite) abbia sancito che il tempo ideale di cottura di un uovo è di sei minuti, potrebbe darsi che gli altri giudici si attengano scrupolosamente a tale numero, assoggettandosi all'autorità della regola. Ma questi giudici potrebbero, invece, rispettare la regola (non per la sua autorità, ma) per la sua autorevolezza, e cioè perché riconoscono che i sei minuti rappresentano l'esito di un processo di esperimenti e prove che ha portato a presumere il carattere ottimale di questo tempo di cottura. In tale seconda ipotesi, codesti giudici incontreranno, tuttavia, maggiori difficoltà nell'assumere questa come una presunzione assoluta: a resistere, cioè, alla tentazione di operare *distinzioni* in ragione della specificità dei casi, come quando, per fare un esempio, sia estate e la temperatura esterna sfiori i quaranta gradi.

In realtà, la tendenza al *distinguo* non è soltanto una *forma mentis* (o, peggio, un vezzo narcisistico) su cui si ritenga di poter incidere imponendo riforme di sistema. Essa è, soprattutto, la conseguenza del fatto che la realtà da regolare cambia sempre più velocemente, e in direzione di una crescente complessità, mentre le regole del diritto penale (siano esse scritte o giurisprudenziali) resteranno sempre poche, rozze e, come tali, inadeguate.

D'altronde, di tali difficoltà già si colgono tracce pensando al fatto che addirittura le sezioni unite hanno difficoltà nell'adeguarsi a se stesse, e cioè alla *propria* giurisprudenza pronunciata su casi analoghi, e anche in rapporto ad aspetti diversi.

Porterò come esempio una recente pronuncia della Cassazione, ancora a sezioni unite, sulla produzione di materiale pedopornografico (art. 600-*ter* cp), pronuncia pure affatto condivisibile nel merito.

Va premesso che il testo originario della legge parlava di «sfruttamento» del minore e che, sotto il suo vigore, la giurisprudenza di legittimità si era lasciata suggestionare dall'omonimia con lo «sfruttamento» della prostituzione di adulti (che, peraltro, è fenomeno criminologicamente e giuridicamente diverso, essendo in sé consentita, a differenza di quella minorile[32]), richiedendo dunque che la condotta dello "sfruttatore" fosse permeata da un fine di lucro. Le sezioni unite del 2000 (sentenza del 31 maggio, n. 13) avevano invero superato quest'orientamento, ritenendo punibile anche la produzione «artigianale» di materiale pedopornografico, ma avevano svolto fino in fondo il discorso e avevano, quindi, confermato la struttura della fattispecie in chiave di pericolo concreto, imponendo la prova di elementi sintomatici della potenzialità diffusiva del comportamento, quali «l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale atta a corrispondere alle esigenze di mercato dei pedofili, il collegamento dell'agente con soggetti pedofili potenziali destinatari del materiale pornografico, la disponibilità materiale di strumenti tecnici di riproduzione e/o trasmissione, anche telematica, idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari, l'utilizzo contemporaneo nel tempo o differito di più minori per la produzione di materiale pornografico (...) i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile, nonché gli altri indizi significativi suggeriti dall'esperienza» (indici sintomatici ulteriormente specificati in successive pronunce giurisprudenziali).

Ora, Cass., sez. unite, 31 maggio 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51815 afferma che il pericolo di diffusione è superato dalle modifiche normative «e comunque anacronistico», «a causa della pervasiva influenza delle moderne tecnologie della comunicazione, che hanno portato alla diffusione di cellulari *smartphone, tablet, computer* dotati di fotocamera incorporate, e ha reso normali il collegamento *Internet* e l'utilizzazione di programmi di condivisione e reti sociali». D'altro canto – nota – già il suo precedente del 2000 richiedeva «la disponibilità materiale di strumenti tecnici di riproduzione e/o trasmissione,

30. Evocativo, sin dal titolo, J. Marshall, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law*, in *Ragion pratica*, n. 6/1996, pp. 29 ss.

31. F. Schauer, *Il ragionamento giuridico, op. cit.*, p. 78.

32. Sul tema, v. ora F. Parisi, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Giappichelli, Torino, 2018.

anche telematica, idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari» in via alternativa rispetto agli altri indici, e tuttavia «una tale disponibilità, che all'epoca della pronuncia era tutt'altro che scontata e doveva essere oggetto di specifico accertamento, è oggi assolutamente generalizzata».

Siamo al cospetto di un *overruling* o di un *distinguishing*?

Le sezioni unite escludono espressamente la prima opzione, sostenendo che la produzione domestica di materiale pedopornografico continua a non essere punita e che l'area del penalmente rilevante non esce ampliata per effetto del *decisum*. Tuttavia, al di là della "peculiarità" della soluzione teorica (un pericolo concreto nel contempo presunto?), è difficile allontanare la sensazione che tale precisazione sia motivata dal timore – dai giudici stessi espressamente evocato – che si possano invocare gli stessi effetti (in chiave di retroattività *in mitius*) della successione di legge nel tempo, come prospettato da un altro precedente a sezioni unite, e cioè dalla nota e già citata sentenza n. 18288 del 2010. Pronuncia, quest'ultima, che peraltro gli stessi giudici cercano di disinnescare/rinnegare attraverso il richiamo alla sentenza della Corte cost. n. 230 del 2012, la quale – come noto – stemperò il problema, escludendo l'equiparazione tra giurisprudenza e legge e promuovendo un "rilancio" della riserva di legge.

Il dubbio che non si tratti di un mero *distinguishing*, ciò nondimeno, resta.

In ogni caso, nell'«interpretazione del precedente», sia che, nel medio termine, prevalga il formalismo (cioè la propensione a un'analisi letterale del testo), sia che prevalga l'antiformalismo (vale a dire, l'attenzione alla *ratio decidendi*), una cosa è certa: il fallimento della pretesa trincerante del sistema per regole scritte ha già spostato il piano di osservazione dal testo alla sua applicazione. Penalisticamente parlando: dalla riserva di legge, alla tassatività, come conoscibilità dell'esito giudiziario.

Inoltre, richiamando l'attenzione sulla «comunità degli interpreti» (come appena detto, verosimilmente destinata a restare alquanto disomogenea al suo interno), ha valorizzato il ruolo del precedente giurisprudenziale.

È auspicabile che questa metamorfosi incida sulle tecniche di scrittura delle sentenze, rendendole più omogenee, più sintetiche e più "precise" sul piano linguistico[33], ma non può prevedersi se questo risultato sarà conseguito. Ciò che può, invece, fondatamente supporsi sin d'ora è che essa modifichi gli schemi mentali (ritenuti) tradizionalmente sottesi al ragionamento giudiziario e giuridico di *civil law* (che è un ragionamento per regole), sancendo il passaggio da un ragionamento di stampo analitico a un tipo di ragionamento di stampo sintetico o olistico[34]. Segnando un altro punto a favore dell'interpretazione come analogia.

7. Dall'ermeneutica ...

Veniamo così all'aspetto più delicato e rilevante dell'interpretazione.

Se l'analogia è un "salto", e se il ragionamento giudiziario procede non per grandi salti, bensì mediante "saltelli" (o, per dirla con Schauer, tramite «progressi incrementali»), allora il vero "problema" potrebbe non essere quello che si annida nella cattiva scrittura della legge o nel grado di ottemperanza che ad essa mostra il giudice-burocrate. Potrebbe, nemmeno, concernere la forma del ragionamento o la mancanza di argomentazione.

Il "problema" potrebbe invece allignare, più subdolamente, nelle premesse non scritte del discorso giuridico. Premesse permeabili alle più varie infiltrazioni ideologiche, tuttavia difficili da stanare perché tacite, tante volte nemmeno consapevoli, spesso nascoste proprio nelle pieghe di significato di un testo.

Sembra, dunque, difficile negare il perdurante rilievo di monito morale della tanto deprecata corrente «ermeneutica»[35], la quale richiamò l'attenzione sulla precomprensione dell'interprete e sul fatto che tale pregiudizio inevitabilmente condiziona la scelta e, quindi, la ricostruzione del contenuto della disposizione rilevante, così come la ricostruzione del fatto[36].

---

33. Su questo tema, per niente secondario, si vedano le considerazioni di F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, *op. cit.*, Capitolo 10 (pp. 245 ss.).

34. Non necessariamente ciò rappresenterebbe, in sé, un danno. Sulla dottrina del precedente giudiziale, ora, per tutti, le considerazioni di M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XLIV, 2015, pp. 67-101, disponibile *online* (www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/44/0072.pdf).

35. H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, traduzione italiana: *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2001; J. Esser, *Vorverständnis und Methode in der Rechtsfindung*, 1970, traduzione italiana: *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli, 1983.

36. Fondamentali, nel diritto penale, A. Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982, traduzione italiana: *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004; W. Hassemer,

8. ... alla psicologia cognitiva...

L'ermeneutica, lungi dall'essere smentita, sembra aver trovato conferme nella psicologia cognitiva, la prima fase del cui sviluppo è stata proprio tesa a denunciare le distorsioni sistematiche della conoscenza (*biases*) prodotte dall'inconsapevole operatività di cd. *euristiche*, e cioè da sistemi di ragionamenti veloci, economici ed intuitivi[37], e che peraltro ha evidenziato – questo il lato positivo – il carattere regolare di tali distorsioni, suggerendo la possibilità che gli errori siano emendati.

Così, si fa sempre più strada nel diritto penale la tendenza a riconoscere l'incidenza dell'*hindsight bias* nell'accertamento della colpa[38]. Insistiamo da qualche tempo sul fatto che causalità attiva e causalità omissiva, nel diritto penale, non soltanto sono identiche quanto a schema logico, ma andrebbero equiparate quanto a *standard* probatorio[39]. La diversa tesi potrebbe essere, infatti, condizionata dalle euristiche della disponibilità e della rappresentatività, le quali ci portano a ragionare partendo da esempi famosi, e a generalizzare impropriamente conclusioni che dovrebbero valere solo per essi[40]. Nota e discussa è l'ipotesi che, nella commisurazione giudiziale della pena, i giudici si lascino trascinare dall'effetto cd. "ancora"[41]. Sono stati segnalati gli effetti, nel diritto, del *priming* (che denota il fenomeno dell'associazione di idee e gli effetti a cascata prodotti in modo spesso inconsapevole dall'evocazione di una idea), del *framing* ristretto (la tendenza a scomporre i problemi contenendo le opzioni), del WYSIATI (acronimo di «*What You See Is All There Is*», per cui di fronte a una impressione iniziale, tendiamo a essere insensibili alla qualità e alla quantità di informazioni disponibili)[42]. Si tratta di tendenze, tutte, alla cui luce si spiega come mai un interprete, una volta che si sia fatto un'idea di quel che è successo o – aggiungiamo noi – di quello che dice un testo, rimanga solitamente legato a quella ipotesi, sottovalutando evidenze e argomenti contrari e sovra-interpretando quelli favorevoli, a scapito di ogni oggettività[43]. Un altro interessante filone di analisi ha a che fare con l'illusione della conoscenza[44], e cioè con il fenomeno per cui, quanto meno si sa di un dato argomento, tanto più ci illudiamo di conoscerlo, fenomeno anch'esso riferibile a tematiche penalistiche.

Gli esempi potrebbero continuare all'infinito, ma il concetto è, banalmente, che tante volte cadiamo inconsapevolmente in trappole conoscitive le quali per

---

Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, traduzione italiana: *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, Napoli, 2007; J. Hurschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfestsellung*, 1965, traduzione italiana: *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2009. Tutte e tre le traduzioni sono state curate da G. Carlizzi.

37. D. Kakneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, traduzione italiana: *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012. Si tratta di un *cult* ormai penetrato anche in materia giuspenalistica. Sempre nella psicologia cognitiva, ma con un differente approccio, si veda tuttavia la (parziale) rivalutazione delle «euristiche dell'affetto» di Paul Slovic: per tutti, P. Slovic (a cura di), *The feeling of Risk. New Perspectives on Risk Perception*, Earthscan, Londra, 2010.

38. Da ultimo, ampiamente, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, per es., pp. 173 ss.

39. O. Di Giovine, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 61 ss.

40. Per esempio, poiché non è possibile prevedere l'andamento di un tumore, si ritiene impossibile mettere in relazione causale con l'evento finale l'omessa diagnosi di una *qualunque* malattia, laddove, per contro, è ben possibile che una morte da peritonite dipenda con elevatissima probabilità logica dall'omessa diagnosi di una appendicite. Per converso, non è possibile ravvisare con ragionevole certezza il nesso causale tra il trattamento chirurgico di un aneurisma cerebrale e un danno al paziente, nonostante l'operazione sia senz'altro un'azione.

41. Di recente, G. Cevolani e V. Crupi, *Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive*, in *Discrimen*, 22 ottobre 2018, pp. 8 ss., disponibile *online* (https://discrimen.it/wp-content/uploads/Cevolani-Crupi-Come-ragionano-i-giudici.pdf).

42. Il sistema riflessivo, oltre che narciso e pigro, è anche accomodante, poiché tende a fidarsi delle intuizioni di quello automatico. Si veda D. Kahneman, *Pensieri lenti*, *op. cit.*, pp. 96 ss.

43. Con specifico riferimento al ragionamento giudiziario, P. Cherubini, *Processi cognitivi e ragionamento giudiziario*, in AA.VV., *Diritto*, Giunti, Firenze-Milano, 2011, pp. 74 ss. L'Autore parla, ad esempio, di *pseudodiagnosticità*, e cioè della sistematica tendenza a sottovalutare la probabilità di osservare l'indizio nei casi negativi a favore della probabilità di osservarlo nei casi positivi, che cioè rispondono all'ipotesi. Evidenzia, inoltre, la propensione automatica e inconscia ad accettare il *Modus Ponens* (modo di ragionamento in cui, affermando qualcosa, si afferma qualcos'altro) piuttosto che il *Modus Tollens* (modo di ragionamento in cui, negando qualcosa, si nega qualcos'altro) e pone l'accento sulla sottovalutazione delle assenze: poiché è difficile percepire a livello sensoriale un'assenza (la mancanza di impronte, di macchie di sangue, di una traccia bancaria), tale assenza viene spiegata in termini di irrilevanza o di ipotesi alternative, piuttosto che indiziare l'innocenza dell'indagato.

44. S. Sloman - P. Fernbach, *The Knowledge Illusion. Why We Never Think Alone*, 2017, traduzione italiana: *L'illusione della conoscenza. Perché non pensiamo mai da soli*, Cortina, 2018.

parte sono innate, ma per parte sembrano determinate dal ruolo che, ripetutamente, giochiamo nella partita del processo e che modifica la nostra percezione. Rappresentandoci tale eventualità, diviene più facile evitare queste trappole.

La psicologia cognitiva ha la pretesa di insegnarci a pensare; ha una vocazione pedagogica, ammettiamolo pure, spesso irritante. Ci consente, però, di emendare piccole e grandi pecche[45] nei tanti casi in cui, in alternativa al ragionamento condotto, ve ne fosse uno suscettibile di essere giocato sul piano meramente consequenzialistico, casomai mediante l'ausilio della "controprove" logico-matematiche.

A questo devono la loro fortuna esempi come quello del cellulare e della sua custodia e quello di "Linda".

Un cellulare e la sua custodia costano insieme 110 euro.

Il telefono costa 100 euro in più della custodia.

Quanto costa la custodia?[46]

Linda ha 31 anni, è single, *estroversa e brillante; è laureata in filosofia; da studentessa, si interessava dei problemi di discriminazione e giustizia sociale ed è stata impegnata contro il nucleare. Che cosa è più probabile: che faccia la cassiera in banca oppure che faccia la cassiera in banca e che sia femminista?*[47]

Nel primo caso, la risposta istintiva della gran parte degli intervistati è: 10 euro. Essa è tuttavia sbagliata, come dimostrato dal fatto che, se la custodia costasse 10 euro, la somma del valore della custodia e del cellulare sarebbe 120, e non 110 euro (la risposta esatta è: 5 euro).

Nel secondo caso, per l'assoluta maggioranza degli intervistati è più probabile che Linda sia "una impiegata di banca e femminista". Ma anche questo è un errore, noto come *fallacia della congiunzione*, che consiste nel non tener conto della banale verità – obnubilata dalla citata *euristica della rappresentatività* – che un insieme formato da un oggetto (impiegata) è per forza di cose più esteso di un insieme formato da due oggetti (impiegata e femminista).

9. ... e ritorno. Deliberazione e intuizione

Vero ciò, per quanto ormai di moda anche nell'ambito giuridico[48], è dubbio che i *caveat* della psicologia cognitiva risolveranno ogni problema interpretativo.

Il mondo del diritto è spesso più chiaroscurale che negli esempi riportati alla fine del paragrafo precedente. Particolarmente sfumato, poi, è quello penalistico, che ruota attorno alla tutela di beni giuridici l'emersione e consistenza dei quali non rappresenta un dato della realtà, oltretutto numericamente misurabile (in euro, come per le custodie e i cellulari, o attraverso percentuali statistiche, come per Linda), ma risponde alle dinamiche proprie della deliberazione; vale a dire, è assoggettato a un potenzialmente infinito confronto tra argomentazioni. Qui il ragionamento logico-consequenziale, su cui fa affidamento la psicologia cognitiva, vacilla.

Per fare un esempio ancora poco tempo fa di moda nel dibattito sull'interpretazione, le euristiche della disponibilità e della rappresentatività spiegano perché, quando si prospettò la possibilità di vendere prestazioni sessuali via *internet*, la dottrina penalistica dominante escluse la configurabilità del reato di sfruttamento della prostituzione in capo al terzo che ne traesse un lucro, assumendo (nel silenzio legislativo sul punto) che la prostituzione non potesse prescindere dal contatto fisico tra corpi. Invero, questa forma di mercificazione del corpo non esisteva in passato e quindi non poteva essere richiamata mentalmente per riempire il contenuto dell'incriminazione; dal che, la conclusione che si trattasse di un'analogia *in malam partem*, vietata. Oggi, alla luce di una

45. Il primo importante studio sui *biases* dei giudici è il famoso C. Guthrie - J.J. Rachlinskit - A.J. Wistrich, *Blinking on the bench: how judges decide cases*, Cornell Law Faculty Publications (Paper 917), Ithaca (NY), USA, 2007 (disponibile *online:* https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/917). Gli Autori, al rimedio già in sé insito nel fatto di sapere che è possibile sbagliare, aggiungono i seguenti: concedere ai giudici più tempo per decidere; scrivere più spesso le opinioni; *training* in statistica; ricorrere a *checklist*.

46. G. Cevolani e V. Crupi, *Come ragionano, op. cit.*, pp. 6 ss. La versione originale di questo test è in S. Frederick, *Cognitive reflection test and decision making*, in *Journal of Economic Perspectives*, 19 (4), 2005, pp. 25 ss. Gli esempi sono stati ripresi, tra gli altri, da S. Sloman - P. Fernbach, *L'illusione della conoscenza* cit., p. 95 ss.

47. L'esempio fu proposto per la prima volta da A. Tversky e D. Kahneman, *Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*, in *Psychological review*, vol. 90, n. 4/1983, pp. 547 ss. (disponibile *online*: http://psy2.ucsd.edu/~mckenzie/TverskyKahneman1983PsychRev.pdf); *Id.*, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive psychology*, n. 4/1973, pp. 207 ss.; *Id.*, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, vol. 185, 1974, pp. 1124 ss.; D. Kahneman, *Pensieri lenti, op. cit.*, 172 ss. Io stessa l'ho mutuato più volte (la prima, in O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 90 ss.).

48. Si pensi alla produzione di C. Sunstein e, ad esempio, a *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, 2005, traduzione italiana: *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il Mulino, Bologna, 2010.

maggiore consuetudine con i mezzi telematici, tale soluzione non appare forse più così scontata, ma resta il fatto che soltanto nel confronto tra contrapposte ragioni sarebbe possibile fornire una risposta (quale essa sia) al quesito interpretativo[49].

Se poi, all'esito di un processo deliberativo (potenzialmente infinito, ove dottrinale, ma costretto in tempi precisi, quando l'interpretazione deve contenersi nello spazio di un processo), i valori dovessero restare – come suol dirsi – *incommensurabili*, perché nel corso della partita (secondo la nota metafora di Robert Brandom, il teorico del «chiedere e dare ragioni») un'argomentazione non riesce ad avere la meglio su un'altra, allora, anche la «razionalità di scopo» avrebbe fallito il suo obiettivo.

È questo il caso delle materie eticamente orientate (innanzitutto, quelle del biodiritto), dove, se si astrae dalle preferenze ideologiche soggettive, è ancora dubbio che un'interpretazione possa dirsi migliore di un'altra.

«Disaccordi interpretativi profondi»[50] si registrano, ovviamente, anche al di fuori della bioetica.

Per stare all'area classica del diritto penale, ci si potrebbe interrogare, ad esempio, sulla natura polivalente dello stato di necessità la cui qualificazione in dottrina è stata, come noto, alterna nel tempo (in alcune fasi, nell'art. 54 cp si è visto una causa di giustificazione; in altre, una scusante). Su queste vicende interpretative hanno ovviamente giocato, per un verso, i casi concreti (e quindi, forse, le euristiche della rappresentatività e della disponibilità); per altro verso, quelle che noi pensiamo debbano essere le priorità dello Stato in un dato momento. Così, ad esempio, finché il terrorismo interno è stato la straziante emergenza che fu, si predilesse anche a livello dottrinale una lettura della disposizione codicistica come causa di giustificazione. Si negò, cioè, l'antigiuridicità di condotte di tortura nei confronti di prigionieri sospettati, volte a estorcere notizie utili alla salvezza di un numero indeterminato di potenziali vittime: condotte che integravano la tipicità di reati anche gravi. Terminata l'emergenza, si è "ri-espanso" lo Stato di diritto e, proprio a partire dall'inammissibilità di siffatte condotte, si è preferita la ricostruzione dell'art. 54 cp in chiave di (causa di) esclusione della colpevolezza, affermando la perfetta "esigibilità" delle condotte conformi a dovere[51]. Tuttavia, ferma la preferenza per tale ultima interpretazione (oltretutto costituzionalmente *più* orientata), siamo davvero sicuri che, a un nuovo brutale mutamento in peggio delle condizioni di sicurezza dei cittadini, nonostante tutte le sue buone ragioni, la tesi scusante dello stato di necessità non cederebbe nuovamente il passo a quella giustificante?

Ancora più provocatoriamente, quanti sostenitori dello stato di necessità come causa di esclusione della colpevolezza sarebbero disposti a rinunciare alla tutela penale del proprio domicilio per "scusare" la necessità abitativa dell'immigrato clandestino nullatenente che, non potendosi avvalere di alcun servizio sociale e dovendo far fronte a un lungo e rigido inverno, abbia deciso di scegliere tale domicilio come dimora per sé e la sua famiglia (incidentalmente, si tratta di situazioni non rare in alcune zone del Paese)?

Con questo non stiamo soltanto richiamando l'attenzione sull'ineliminabile ruolo del solito "pregiudizio interpretativo". Più radicalmente, stiamo affermando che anche nel diritto penale esistono «dilemmi» insuscettibili di essere risolti con gli strumenti classici (a volte, ipocriti) della deliberazione, perché in relazione a essi non si danno interpretazioni migliori e peggiori, *aprioristicamente* e *in assoluto*. In questi casi, non essendo possibile definire in termini oggettivi che cosa è bene e che cosa è male, dovremmo forse predisporci ad ammettere che qualunque lettura è "carica di teoria" e che la cosa migliore è confidare dichiaratamente in decisioni «caso per caso». E forse ci stupiremmo anche favorevolmente nello scoprire che, quando incontrano il fatto bruto, le intuizioni si rivelano spesso più razionali... della ragione.

Ma questa sarebbe un'altra storia, che con i "salti" ha poco a che fare[52].

10. Conclusione: tutti i casi son difficili

Concludendo, vero è che anche nel diritto penale si percepisce, in questo momento, la risonanza di

49. Il primo ad aver richiamato l'attenzione su questa casistica fu F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci - I*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 530 ss. La prostituzione *online* ha rappresentato inoltre uno dei campi su cui Fausto Giunta sollecitò la discussione di G. Carcaterra, O. Di Giovine, N. Mazzacuva e V. Velluzzi nella sezione *Opinioni a confronto - Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in Aa. Vv., *Criminalia 2010*, ETS, Pisa, 2011, pp. 347-382 (www.edizioniets.com/criminalia/2010/012-OPINIONI-ANALOGIA.PDF).

50. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017.

51. Impossibile non citare F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, cui si rinvia altresì per la ricostruzione della precedente dottrina.

52. Ha più a che fare con il ruolo che alcune emozioni potrebbero, moderatamente, giocare nella comprensione di alcuni fatti penalmente rilevanti. Per la "narrazione" di questa diversa storia rinvio a O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, *op. cit.*

moti culturali che (*ri*-)simpatizzano per il realismo e mostrano insofferenza per le strettoie delle impostazioni costruttivistiche che avevano dominato la seconda metà del secolo scorso (il movimento è, invero, poco nuovo e molto pendolare).

Il giurista che cedesse alla facile conclusione che sia possibile recuperare l'aspirazione a "Verità" e "Certezza" nel diritto, anche penale, dimenticherebbe però che questo è – non può non essere – "costruzione" e che, quindi, dalle paludi (?) del costruttivismo non riuscirebbe comunque a riemergere, per un impedimento, per così dire, ontologico.

D'altronde – si obietterà – una cosa è affermare che il diritto può aspirare a "Verità" e "Certezza", tesi nella sua assolutezza ormai generalmente abbandonata; altra è ammettere che nel discorso giuridico stia penetrando il *nuovo* realismo.

In quest'ultima ipotesi, che incidentalmente sposiamo, andrebbe tuttavia precisato che tale realismo s'incentra pur sempre sull'*uomo*, ed è veicolato dall'enorme sviluppo che hanno avuto in tempi recenti le neuroscienze e, in genere, tutte le scienze cognitive. L'affinamento di tali conoscenze ha fornito strumenti di osservazione (microscopi o lenti di ingrandimento, che dir si voglia) più potenti di quelli usati nel passato. Complessivamente, ciò sta spingendo verso l'individualizzazione, l'esaltazione delle differenze e la concretizzazione, piuttosto che verso la generalizzazione, la valorizzazione delle somiglianze e l'astrazione. Sarebbe ben strano se questo *trend* risparmiasse proprio il diritto, che dell'uomo (legislatore e interprete) – si ripete – è un mero prodotto.

Ciò premesso, la distanza tra la nostra posizione e quella della dottrina penalistica dominante potrebbe non essere così profonda come pure sembra a prima vista. Quantomeno, non è raro che un approccio (moderatamente) antiformalistico conduca a conclusioni più garantiste di chi argomenta a favore del cieco rispetto della *littera legis*, posto che, come abbiamo cercato di spiegare, *la garanzia è negli occhi di chi legge il testo*, piuttosto che nel testo in sé. Lo iato tra formalismo e antiformalismo è, almeno nella nostra percezione, più apparente che reale[53], anche perché dipende dal punto di osservazione prescelto: noi abbiamo sempre dichiaratamente optato per un approccio descrittivo piuttosto che per quello, classico, di stampo prescrittivo[54].

Per di più, nel prediligere la prospettiva del «*Sein*» a quella di un «*Sollen*» (sempre dal nostro punto di vista, difficilmente realizzabile), ci siamo concentrati sui soli casi (ancora hartianamente) "difficili", come dimostrato anche dal fatto che abbiamo addotto esempi tratti dalle sezioni unite della Cassazione, le quali notoriamente intervengono in presenza di un dissidio interpretativo (oltre che quando la questione è di particolare rilevanza).

Rappresenta questo un *errore* di metodo?

Sia consentito dubitarne.

All'obiezione che i casi "difficili" sono in statistica minoranza rispetto ai tantissimi "facili"[55], è possibile rispondere che questo è fortunatamente vero, ma che sono i casi "difficili" – e non gli altri – a imprimere la spinta propulsiva al diritto (come a qualunque altro dominio di conoscenza).

Questa è, d'altronde, la ragione per cui vale la pena pensare e scrivere. Che è poi una ragione condivisa da tutti, proprio tutti. Non siamo mai incorsi in una nota o in un saggio che spieghi perché, quando Tizio ruba dalla borsa di Caia un portafogli colmo di denaro, commette un furto. Per contro, capita di imbattersi in complesse ricostruzioni di teoria del reato, che muovono sovente dalla discussione di casi concreti. Che altro sono, quelle interpretazioni, se non ragionamenti analogici a partire da premesse assiologicamente connotate?

Inoltre, è verosimile e forse, nel lungo termine, inevitabile che casi nati "facili" diventino, al modificarsi della realtà fattuale, (più o meno) chiaroscurali e quindi (più o meno) "difficili", per poi eventualmente tornare a essere (sempre "a tempo") "facili".

Si è già citata la recente sentenza a sezioni unite sulla produzione di materiale pedopornografico, che, proprio in ragione del mutamento della realtà, ha ritenuto sufficiente all'integrazione del reato il solo fatto che il soggetto attivo (un parroco) avesse ripreso con il cellulare alcuni minori intenti a compiere o a subire atti sessuali, prescindendo dalla messe di "elementi indizianti" che la giurisprudenza precedente riteneva necessari a provare il pericolo concreto di diffusione delle immagini. Sempre per stare a tema-

53. Precisazioni in O. Di Giovine, *A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"*, in AA.VV., *Criminalia 2014*, ETS, Pisa, 2015, pp. 539-559 (www.edizioniets.com/criminalia/2014/pdf/10-2-DiGiovine.pdf).

54. Più esplicitamente, riteniamo che valga a poco continuare a indignarsi per le (innegabili) distorsioni interpretative della giurisprudenza agitando il vessillo della legalità. Se il problema consiste in una perdita di cultura delle garanzie nella giurisdizione, è sul piano della formazione all'ingresso dei magistrati che si dovrebbe agire. E – come si trova ormai spesso sottolineato – in tale direzione, l'università (istituzione a ciò deputata) potrebbe e dovrebbe svolgere un ruolo più incisivo.

55. M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica contemporanea*, in *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, in particolare 72 ss. Si vedano anche: *Id.*, *Il diritto giurisprudenziale penale*, *op. cit.*, in particolare pp. 33 ss.; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, *op. cit.*, p. 59.

tiche già lambite, si potrebbe citare la qualificazione in chiave di sfruttamento della prostituzione che la giurisprudenza fa della condotta di chi trae un lucro dagli atti sessuali realizzati a pagamento tramite *internet*[56]. Oppure, si potrebbero richiamare le disposizioni di omicidio un tempo cosiddette "minori" (e di piana interpretazione), nel rapporto con il fine-vita, e le vicende *in fieri* della (tragica) casistica umana interessata. Più in generale, basta sfogliare un vecchio commentario per comprendere quanto diverso sia il diritto *oggi* vivente da quello che *viveva* solo qualche anno fa, anche in rapporto a fattispecie legislative meno problematiche.

Se così non fosse – se, cioè, non ci rappresentassimo l'eventualità che la soluzione giuridica si modifichi al mutare della realtà (che, incidentalmente, evolve con velocità esponenziale) –, il giurista plaudirebbe all'irruzione nel diritto penale dell'intelligenza artificiale (AI), quanto meno nei casi "*nunc*-facili". L'AI è il tema del momento[57]; si prospetta effettivamente come un modo efficace di gestire, forse addirittura di smaltire, l'enorme contenzioso giudiziario dei "casi facili" (uno dei maggiori ostacoli alla calcolabilità del diritto) e rinverdisce il mito del giudice "bocca della legge". Il giudice-bocca-della-legge-algoritmo sarebbe infatti più preciso, veloce e economico del giudice-bocca-della-legge-uomo. Ovviamente, almeno sinché non saranno elaborati programmi che consentano l'auto-emenda del sistema, come contropartita dovremmo essere moralmente disposti a sacrificare la giustizia del caso singolo alla certezza del diritto: *non solo sempre* (che è quanto facciamo: la possibilità che la regola si riveli talvolta subottimale è ancora compensata dalle note argomentazioni a favore dell'eguaglianza e della tenuta di sistema[58])... ma anche *per sempre*.

E quale giurista sarebbe davvero disposto a tanto concedere?

56. Ad esempio, Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2015 (dep. 27/4/2015), n. 17394, in *Ced*, 263358.

57. ... oltre che realtà. Del 3-4 dicembre 2018 è l'approvazione della Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari (Commissione europea per l'efficienza della giustizia - Cepej), ai cui *caveat* rinviamo (www.coe.int/it/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-in-judicial-systems).

58. Per una rinvigorita esposizione delle ragioni a favore del trinceramento per regole, ancora F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, *op. cit.*

"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu

di *Carlo Sotis*

Queste pagine hanno ad oggetto gli effetti del *test* di ragionevole prevedibilità della giurisprudenza Cedu sull'art. 7 e si compongono di tre parti. In una prima si riassumono i vari criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per effettuare il *test*. In una seconda si propone una riflessione su luci e su un'ombra proiettate dalla ragionevole prevedibilità convenzionale. In una terza si avanza l'ipotesi che, accanto a quella "classica", si affaccino due nuove ragionevoli prevedibilità.

Premessa

L'ascesa della ragionevole prevedibilità è storia nota[1]. Nello svolgimento verranno, perciò, esposti in sintesi alcuni tratti essenziali del criterio e, a seguire, qualche riflessione su luci e ombre che la ragionevole prevedibilità ha prodotto. Alla chiusura si collega il titolo di queste pagine, in cui cercherò di mostrare perché oggi è forse opportuno declinare il criterio al plurale. I segnali emessi in due notissime vicende inducono infatti a pensare che, accanto alla "classica" ragionevole prevedibilità convenzionale, si affaccino anche una ragionevole prevedibilità/*fairness* e una ragionevole prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto commesso.

Ma procediamo con ordine, iniziando con una ricostruzione generale della "classica" ragionevole prevedibilità convenzionale.

1. I tratti essenziali della ragionevole prevedibilità convenzionale

Alla base dell'architettura dell'art. 7 Cedu vi è il divieto di applicazione reatroattiva del reato e della pena, e risulta invece marginale il tipo di fonte penale: il fatto deve costituire reato «secondo il diritto interno o internazionale»[2] e non, quindi, per forza secondo la legge. La ragione è che, sin dalla sua origine, la Convenzione è stata progettata per affermare una serie di garanzie valevoli per un ampio spettro di Stati membri, di *common law* e di *civil law*[3]. Così, lo

1. Oltre ai contributi pubblicati in questo fascicolo, vi è un'ampia letteratura: si veda, anzitutto, V. Manes, *art. 7*, in F. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 279 ss.; V. Zagrabelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale* in V. Manes e V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* Giuffrè, Milano, 2011, 69 ss.; A. Guidi, *Art. 7 CEDU e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo,* in *Cass. pen.*, n. 12/2013, pp. 4720 ss.

2. Rispettivamente: «*droit*» e «*law*», nelle due versioni ufficiali della Convenzione che, secondo la Corte Edu, «ricomprende tanto il diritto scritto quanto quello non scritto» – così Corte Edu, *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, par. 35, successivamente ripreso.

3. *Civil law/common Law* contiene, come tutte le diadi, un valore ordinante potente, ma relativo, perchè etichettare le differenti tradizioni giuridiche in due grandi famiglie inevitabilmente mette fuori fuoco le gradazioni che presentano oggi le variegate tradizioni giuridiche. In chiave introduttiva (anche di tipo storico), si vedano: R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004, 16 ss.; L. Moccia, *Civil Law*, in *Dig. disc. priv.*, vol. II, 1988, pp. 371 ss.; *Id.*, *Common Law* , in *op. ult. cit.*, vol. III, pp. 17 ss.
Anche in diritto penale, la relatività della distinzione, come pure la dissociazione tra diversi "gusci" concettuali per arrivare alle medesime regole operazionali, è fatto ormai assodato in letteratura: cfr. A. Cadoppi, *Il valore del precedente in diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007 (ristampa); S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987.

sviluppo di un articolato principio di legalità convenzionale, costruito con al centro il divieto assoluto di applicazione reatroattiva *in peius* della norma penale e, a fianco, la riserva di legge, ha comportato implicazioni non coincidenti con quella – tradizionale – che pone alla base la riserva di legge, ricavandone i corollari, e pone la garanzia della retroattività in modo concettualmente autonomo[4].

Porre al centro della legalità penale convenzionale il divieto di reatroattività *in peius* risponde, poi, a una seconda esigenza. Se la riserva di legge colloca, infatti, al centro della garanzia la sua dimensione istituzionale, puntando sulla separazione dei poteri, il divieto di applicazione retroattiva mette sul proscenio direttamente la persona, poiché è evidente che il primo senso del divieto è di garantire all'individuo libere scelte di azione sulla base della preconoscenza di ciò che è lecito e ciò che vietato. La legalità con al centro il divieto di applicazione retroattiva, *ergo* il diritto di "calcolabilità anticipata"[5] del trattamento, è indubbiamente un diritto umano, una garanzia individuale della persona funzionale allo scopo di tutela dell'individuo che informa il sistema Cedu e in grado di alimentare confronti tra le giurisprudenze delle corti europee e costituzionali che trovano sui diritti umani individuali un comune terreno di confronto.

Fatte queste prime precisazioni, cerchiamo di fissare molto sinteticamente almeno alcune tra le caratteristiche essenziali della legalità convenzionale fondata sul divieto di retroattività e, quindi, sviluppatasi nei corollari della ragionevole prevedibilità e dell'accessibilità.

Come assai noto il *leading case* in materia è *Sunday Times c. Regno Unito*, del 1979, in cui sono stati abbozzati i criteri generali attraverso cui valutare l'accessibilità e prevedibilità della norma[6].

Il caso riguardava l'art. 10 e non l'art. 7. Prevedibilità e accessibilità, infatti, non sono per la Corte Edu criteri esclusivi dell'art. 7. Anzi, è proprio nel prisma degli artt. 10 e 9 Cedu che il criterio è stato fissato e che, a tutt'oggi, trova suoi sviluppi. Va inoltre segnalato che, per la giurisprudenza della Corte Edu, il *test* di prevedibilità alla luce dei differenti parametri è fungibile. Così, quando una questione è ritenuta, ad esempio, in violazione dell'art. 10 o dell'art. 9, anche il *test* di prevedibilità effettuato alla luce di quel parametro assorbe quello *ex* art. 7 [7].

Sin da qui si afferma come il *test* di prevedibilità dipenda da vari fattori, tra cui l'esistenza di una base legale e la costanza e coerenza nell'applicazione. Con la consueta logica *floue* che caratterizza la giurisprudenza della Corte Edu, i due fattori lavorano in certa misura, in rapporto di proporzionalità inversa: se la base legale è vaga, la seconda indagine si fa più pregnante e risulterà determinante[8], finendo per sanare i vizi di imprecisione della disposizione, come la Corte ha affermato a più riprese dagli anni Ottanta[9] e, in modo stabile, dal caso *Kokkinakis c. Grecia*, del 1993[10] – in cui si è ritenuto non imprevedibile il reato di proselitismo, definito dalla legge come «ogni tentativo diretto o indiretto di penetrare nella coscienza religiosa di una persona di confessione differente», in virtù della definizione offerta da una giurisprudenza costante.

Nelle sentenze in tema della Corte Edu ritroviamo, infatti, sistematicamente affermato che la precisione assoluta del testo non solo è impossibile, ma nemmeno auspicabile poiché impedirebbe alla norma di potersi adattare ai mutamenti sociali. Pertanto, la Corte attribuisce al giudice il potere di codefinizione del precetto e alla giurisprudenza il rango di fonte. In questo modo, la norma incriminatrice diviene una

4. Nella manualistica penale contemporanea, questa ricostruzione del principio di legalità penale, opposta e speculare a quella convenzionale, è offerta da G. Marinucci – E. Dolcini – G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018, 43 ss. In questa prospettiva, precisione determinatezza e tassatività sono dedotti e ricostruiti come corollari della riserva di legge e del suo obiettivo istituzionale di garantire la separazione dei poteri; al contempo, ponendo a premessa della legalità la riserva di legge, il divieto di applicazione reatroattiva *in peius* diviene una garanzia a parte, parallela a quei corollari.

5. Così M. Donini, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. "D", in *Foro it*., vol. V, 1998, colonna 324.

6. Corte Edu, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, §§ 49 ss.

7. Così, ad esempio, si veda Corte Edu, *Perinçek c. Svizzera* [GC], 15 ottobre 2015, parr. 131 ss. (sulla prevedibilità *ex* art. 10 Cedu) e 283 ss. (sulla prevedibilità *ex* art. 7 Cedu), in cui si richiama il *test* precedentemente effettuato; per l'art. 9 Cedu, si veda Corte Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, §§ 36 ss.

8. In proposito, Vladimiro Zagrebelsky afferma autorevolmente che «la giurisprudenza della Corte europea sulla previsione per "legge" dei reati, non offre esempi di decisioni della Corte in cui la portata della norma incriminatrice sia stata in se stessa ritenuta non sufficientemente prevedibile, sulla base della eccessiva genericità del testo normativo» – *Id*., *La* Convenzione, *op. cit*., p. 101 (con il richiamo, in nota, a un'ampia casistica).

9. Corte Edu, *Muller e altri c. Svizzera*, 24 maggio 1988, §§ 29 ss., in cui è il concetto di "osceno" a ritenersi prevedibile in virtù della codefinizione effettuata dalla giurisprudenza.

10. Corte Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, § 40.

fattispecie a formazione progressiva, in cui al testo di legge si chiede fondamentalmente di esprimere delle linee di indirizzo in grado di orientare l'interprete in modo chiaro e coerente, e a quest'ultimo di applicarle in modo ragionevole. Non solo *testo*, quindi, ma nemmeno solo *interpretazione*.

Il punto va sottolineato perchè per la Corte Edu non è irrilevante la verifica del testo: in altri termini, la Corte verifica che vi sia un atto generale e astratto e accerta l'idoneità di tale atto a governare l'attività dell'interprete. In un noto caso recente, il giudice di Strasburgo si è mostrato addirittura più sensibile della nostra Corte costituzionale alla qualità della legge scritta. Mi riferisco alla sentenza *De Tomaso c. Italia*[11] dove, a mio modo di vedere, è proprio la urticante carenza di precisione dell'atto, cioè la legge n. 1423 del 1956 sulle misure di prevenzione, che all'art. 5 prescrive (anche) di «vivere onestamente» – formula paradigmatica, assieme a "ogni briccone verrà punito", della più insanabile imprecisione penalistica. In questo caso, alla vacuità della disposizione si affiancava un'interpretazione specificatrice effettuata ai massimi livelli, cioè da parte della Corte costituzionale nelle sue varie sentenze, in cui ha sempre salvato la disposizione. La Corte Edu condanna comunque l'Italia, ritenendo che la norma non fosse comunque ragionevolmente prevedibile, stante la disparità nelle applicazioni e nelle prescrizioni imposte dai vari tribunali. Ora, è ben vero che la Corte Edu ritiene il precetto imprevedibile, anche perché la sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 2010, n. 282, che ha integrato in modo più incisivo il «vivere onestamente»[12], è successiva ai fatti in causa, risalenti al 2008. Tuttavia, a mio avviso, la cripto-*ratio decidendi* della condanna della Corte Edu si fonda sulla radicale e – quindi – insanabile indeterminatezza del testo di legge.

Quando la giurisprudenza non è coerente, o quando non vi sia ombra di precedente, vengono in soccorso altri criteri. In questi casi, il *test* di prevedibilità si modella in relazione alla cerchia dei destinatari e alla sedimentazione sociale del suo disvalore. Più il precetto è rivolto a una cerchia ristretta, più si fanno stringenti i doveri di conoscenza da parte dei destinatari; più il reato è iscrivibile alla categoria dei *mala in se*, più la prevedibilità si ritiene soddisfatta per sedimentazione socio-culturale. Insomma, da questo punto di vista vi è piena sintonia tra la giurisprudenza di Strasburgo e quella della Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988.

La giurisprudenza europea si fa, invece, peculiare quando personalizza il *test* di prevedibilità sullo specifico ricorrente in carne e ossa, andando così a fondare una "misura ipersoggettiva della prevedibilità"[13]. Sia come sia, entrambi questi criteri inerenti alla cerchia dei destinatari (misura della prevedibilità ipersoggettiva e misura tipologica ricavata su un agente modello) rispondono alla comune esigenza di effettuare un giudizio di prevedibilità *personale*, cioè, nella terminologia penalistica, di prevedibilità/colpevolezza.

In chiusura di questo breve *excursus*, occorre segnalare un criterio vischioso ed estremamanete interessante, secondo cui il precetto è prevedibile se la sua applicazione è conforme alla "sostanza del reato"[14]. Il criterio, in particolare, è evocato quando, oltre a una disposizione elastica, non si registri un'applicazione costante. È interessante e vischioso al tempo stesso,

11. Corte Edu, *De Tomaso c. Italia* [GC], 23 febbraio 2017.

12. Corte Edu, *De Tomaso c. Italia* [GC], 23 febbraio 2017, §§ 106 ss.

13. È interessante, peraltro, notare come questa personalizzazione del *test* sembri avvenire su casi al confine tra errore sul precetto (prevedibilità del significato giuridico del fatto), dove nella sistematica italiana la valutazione è sempre personale, ma normativa, ed errore sul fatto derivante da errore sulla legge extrapenale (accertamento del dolo nel suo momento effettivo e concreto rappresentativo), dove invece la valutazione è di tipo psicologico. Cito due casi: nel primo la prevedibilità riguarda il precetto; nel secondo, invece, la rappresentazione del fatto; in entrambi, l'indagine fa leva sulle caratteristiche personali e sullo stato psicologico effettivo del ricorrente. Il primo è il già citato caso *Perinçek c. Svizzera* [GC], parr. 138 ss., dove la Corte, per affermare che fosse prevedibile che il delitto svizzero di negazionismo di un genocidio fosse applicabile anche alla negazione del genocidio armeno, fa leva per un verso sulle prese di posizioni istituzionali in questo senso (il Consiglio nazionale svizzero, nel 2003, emette il *postulat* 02.3069, con cui si qualificano come «genocidio degli armeni» i fatti del 1915) e sul fatto che il ricorrente fosse un avvocato e uomo di cultura e che fosse a conoscenza del *postulat* (cfr., in questo senso, oltre alla sentenza della Grande Camera, quella della seconda sezione del 17 dicembre 2013, par. 71, che ancor più chiaramente fa leva su questi argomenti). Il secondo è, invece, un caso di valutazione di eventuale errore sul fatto derivante da errore sulla legge extrapenale (per capirci, un caso da art. 47, comma 3, cp), in cui dovendo verificare la sussistenza del dolo è quindi pienamente coerente effettuare un'indagine di tipo personale sul reale stato psicologico in punto di rappresentazione e volizione del soggetto agente. Così, ad esempio: Corte Edu, *Usters, Deveaux e Turk c. Danimarca*, 3 maggio 2007, par. 78, in cui occorreva valutare se "fosse prevedibile", per un gruppo di attivisti di *Greenpeace*, l'essere entrati in una zona militare vietata nonostante questa non fosse segnata con esattezza nelle mappe.

14. Criterio, che salvo errori da parte mia, viene evocato la prima volta nel notissimo caso di *marital rape* Corte Edu, *S.W. c. Regno unito*, 22 novembre 1995, parr. 34-36, e utilizzato poi, tra le molte altre, in Corte Edu, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, 22 marzo 2001, par. 50, e Corte Edu, *Radio France e altri c. Francia* 30 marzo 2004, par. 20.

perchè evoca la ricerca della *quidditas* del reato, per dirla con Bartolo[15], ovvero – in termini più moderni – la ricerca del tipo criminoso legale[16], cioè delle caratteristiche essenziali che forgiano il reato come *tipo* provvisto di un suo contenuto di disvalore tendenzialmente omogeneo, alimentando quindi un'analisi di tipo proporzionalista che metta in relazione l'omogeneità di disvalore tra il nucleo duro di un reato (la sostanza del reato, il tipo criminoso) e la sua concreta applicazione. Un'analisi molto interessante, ma parimenti delicata: per un verso, infatti, essa emette un'istanza di ragionevolezza imponendo di effettuare una valutazione di proporzione tra il contenuto di disvalore espresso dal tipo criminoso (dalla sostanza del reato) e il fatto concreto; per altro verso, apre scenari complessi perché il criterio è evocato anche nei casi in cui le fonti giuridiche risultano insufficienti e le fonti di integrazione della sostanza dell'infrazione rimangono l'esperienza e la sedimentazione sociale.

A ben vedere, tuttavia, la prevedibilità emergente dalla Cedu come chiave di volta della legalità convenzionale presenta sempre un (prevalente) lato chiaro e un qualche lato oscuro. Proviamo, quindi, a soffermarci almeno su una delle molte luci e sulla relativa ombra che la prevedibilità irradia.

2. Chiaro e oscuro della prevedibilità

Affermare che la giurisprudenza ha un ruolo comprimario nella definizione della norma penale riduce una serie di ingiustizie[17] che, invece, la riduzione della legalità alla riserva di legge reca con sè. In primo luogo, se la norma è quella emergente dall'interpretazione, le garanzie temporali, tanto di divieto di applicazione retroattiva *in malam partem* quanto di obbligo di applicazione retroattiva *in bonam partem*, dovranno tenere conto dei mutamenti giurisprudenziali[18], cioè – rispettivamente – dell'*overrulling* sfavorevole e favorevole[19].

Inoltre, assumere come premessa teorica che il giudice ha un ruolo di codefinizione della norma comporta che l'interprete sia chiamato ad assumere le vesti sia di sorvegliato sia di guardiano della legalità. "Legge e giudice", in questo modo, non vanno più letti in disgiuntiva (cioè: "legalità" uguale "legge *versus* giudice"), bensì in congiuntiva, come due addendi (cioè: "legge" *più* giudice" uguale "legalità"). Se mi è concessa la metafora, è come se si passasse da un modello di legalità "con incrocio a semaforo" a uno con "incrocio a rotonda".

Negli incroci a semaforo, è stato mostrato come il conducente, a semaforo verde, acceleri e tenda a ritenere "suo" lo spazio dell'incrocio e della carreggiata successiva; in quelli a rotonda, invece, egli non si sente padrone dell'incrocio e della carreggiata successiva, va più piano ed è corresponsabilizzato nella gestione del traffico. Il primo è uno spazio regolato da un unico grande divieto (il limite della legge e il divieto di analogia) a cui segue uno spazio di libertà. Il secondo si compone, invece, di una infinità di piccoli obblighi e assestamenti continui in un universo orientato alla prudenza (la tipizzazione della norma come risultato dell'interpretazione). Così il giudice, nel modello a semaforo, quando decide che il semaforo è verde (poiché non dimentichiamo che spetta a lui deciderlo), ritiene di essere nel "suo" spazio di interpretazione (quello tracciato dal significato letterale del testo), dentro cui scorrazzare liberamente.

In questo modo, il testo finisce per assomigliare a un perimetro che divide l'universo dell'interpretazione in due campi: fuori è vietato andare, ma dentro ci si può muovere a piacimento. Ed è esattamente quanto avviene nei numerosissimi casi di cd. «*semiosi illimitata*»[20], in cui il giudice ritiene di potere/dovere sfruttare tutti i significati attribuibili ai vari segni lin-

15. Sulla *quidditas*, cfr. M. Pifferi, Generalia Delictorum. *Il* Tractatus criminalis *di Tiberio Deciani e la "parte generale" del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 128 ss.

16. Non certo a caso, infatti, è Francesco Palazzo l'autore che più di tutti ha contribuito a veicolare il concetto di tipo criminoso legale, ed è anche quello che più da vicino ha manifestato il suo interesse per il criterio della Corte Edu della sostanza dell'infrazione, suggerendone alcune similarità. V. F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, p. 75; vds. anche V. Manes, *art. 7, op. cit.*, p. 281.

17. Su cui, nel quadro della non uniforme famiglia degli studiosi penalisti aperti all'indirizzo ermeneutico, cfr. l'analisi di O. Di Giovine, *L'interpretazione in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006 e di M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, in particolare pp. 63 ss.

18. Su cui, anzitutto, si veda la sintesi di V. Manes, *art. 7, op. cit.*, p. 274 s.; v. inoltre la lettura critica, non sempre condivisibile, ma sempre interessante e assai pensata, di V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012, in particolare pp. 97 ss.

19. Su cui si rinvia, in questo fascicolo, al contributo di Martina Condorelli e Luca Pressacco.

20. L'etichetta è di M. Donini, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale* in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2017, p. 9 (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/upload/DONINI_2017a.pdf).

guistici di cui si compone la disposizione. Il risultato è la produzione di interpretazioni compatibili con il significato letterale, ma disomogenee rispetto al senso e allo scopo indicato dalla fattispecie, cioè incompatibili con la "sostanza dell'infrazione".

Un esempio a caso (se ne potrebbero fare moltissimi).

Il delitto previsto all'art. 439 del codice penale punisce con la reclusione non inferiore a quindici anni «chiunque avvelena acque o sostanze alimentari destinate alla alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo». Secondo l'interpretazione più condivisa in giurisprudenza[21], il significato di «avvelenamento» è ricavato in raffronto con il corrompimento e l'adulterazione, cui fa riferimento il successivo e sensibilmente meno grave delitto previsto dall'art. 440 cp. Tra i due delitti viene dedotto un rapporto di genere a specie, da cui è fatta discendere una distinzione in punto di carica lesiva: maggiore e intrinseca per l'avvelenamento; minore per l'adulterazione[22]. L'argomento ha una sua logica. Nondimeno, leggendo l'avvelenamento come proiezione offensiva di particolare gravità, il risultato è un reato svuotato di qualunque nota modale caratterizzante e, quindi, considerato un *reato a forma libera* (pertanto realizzabile anche in forma omissiva).

L'oggetto materiale ha conosciuto un progressivo allargarsi, fino a ricomprendere nel concetto di «acque o sostanze destinate all'alimentazione» qualunque risorsa idrica o sostanza coinvolta nel ciclo agroalimentare[23]. Quello che ci interessa sottolineare è che anche questa operazione, *se singolarmente presa*, non sconfina fuori dal perimetro delle aree di significato. Il termine *destinare* – come avviene, del resto, per tutte le parole –, in virtù degli usi metaforici del linguaggio, approda verso nuovi campi semantici. E «destinato» può indicare sia una relazione di assegnazione, sia una relazione determinista di antecedenza rispetto a un esito, senza indicare una prossimità spaziale e temporale tra cosa destinata e destinazione. Se, quindi, l'interprete può scegliere, all'interno dell'area di significanza, la lettera della legge che vuole tra queste diverse accezioni, resterà comunque dentro l'area semantica.

Una volta affermato che il sintagma «destinate alla alimentazione» può ricomprendere, tra i suoi significati, anche le acque o sostanze non direttamente attingibili, avviene un passaggio ulteriore – e sembra, si badi bene, un passo breve, ma non lo è affatto. Poiché si è stabilito che il reato è a forma libera, «l'accezione "mediata" del requisito della destinazione dell'alimentazione»[24] comporta l'estensione a condotte "mediate" di avvelenamento. Se cioè oggetto materiale di un reato a forma libera sono – per richiamare la casistica più nota – anche le acque di falda o sotterranee, a questo punto integra il requisito non solo chi immette sostanze velenose direttamente in una falda indirettamente destinata all'alimentazione, ma anche chi, in qualunque modo, pone in essere un antecedente causale (o non lo impedisce) di quel confluimento. Quindi commette avvelenamento anche chi sversa (o non lo impedisce) una quota di sostanze tossiche in un terreno permeabile contenente una falda che, a sua volta, è connessa a una fonte destinata all'approvvigionamento di allevamenti o colture destinate all'alimentazione.

Ora, i singoli passaggi, presi uno per uno, non sono aberranti; però il risultato è che cruciali messaggi emessi *dalla legge* sono messi da parte da tale interpretazione. Per esempio:

- il titolo del capo: se sono elencati dei reati che si differenziano per modalità di lesione, all'interpretazione dell'art. 439 cp dovrebbe necessariamente essere riservata una nota modale diversa da quella del successivo delitto di corrompimento e, comunque, non dovrebbe essere possibile qualificarlo reato a forma libera[25];
- «avvelenamento» è termine pregnante, diverso da «corrompimento» e «adulterazione», quindi qualunque ricostruzione dovrebbe procedere dall'assegnazione di una nota modale peculiare[26];

21. Qui abbiamo fatto riferimento a A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica. Tomo II, Reati di comune pericolo mediante frode*, in C. F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Volume IX*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 314 ss.; G. Pica, *Illeciti alimentari* (voce), in *Enc. dir.*, aggiornamento, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 443 ss.; R. Nitti, *Art. 439. Libro II. Artt. 361-452terdecies*, in G. Lattanzi e E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 857 ss.; B. Assumma, *Avvelenamento, adulterazione o contraffazione in danno della salute pubblica* in *Dig. disc. pen.*, vol. I (A-B), 1987, pp. 391 ss.

22. Cfr. in particolare, e con osservazioni critiche su questa ricostruzione, A. Gargani, *Reati, op. cit.*, pp. 323 ss.

23. Si vedano sul punto, come noto assolutamente centrale per la delimitazione del reato, i vari commenti all'art. 439 cp citati.

24. Così, con puntuali rilievi critici a questa ricostruzione, A Gargani, *Reati, op. cit.*, p. 332.

25. Cfr. tuttavia B. Assumma, *Avvelenamento, op. cit.*, pp. 391 ss.

26. Convincenti argomentazioni, in questo senso, in G. Pica, *op. cit.*, p. 450, che dalla pregnanza del verbo fa discendere una immediata attitudine lesiva del comportamento. In altre parole, secondo l'autore – condivisibilmente – è il concetto di avvelenamento che indica

- la pena: se l'edittale minimo di pena del delitto di avvelenamento è superiore di un terzo al massimo edittale del delitto di corrompimento e di due terzi all'«altro disastro» previsto e punito dall'art. 434 cp, attribuzioni di significato che non tengano conto di questa informazione sono in contrasto con la legge.

La ragionevole prevedibilità convenzionale, assegnando invece al giudice la sua funzione di codeterminazione, ribadisce automaticamente un ruolo di comprimario della legalità. Può suonare eretico, ma il messaggio che la ragionevole prevedibilità in questo modo emette è che *la tipicità è anche il risultato dell'interpretazione*[27]. Insomma, il punto non è tanto chiedersi se il giudice crei o scopra la norma, ma cosa sia chiamato a creare: è chiamato a garantire legalità, quindi a creare tipicità. Inoltre, se si parte dalla premessa che si tratta di un processo creativo, si ottiene un altro risultato, in quanto occorre assegnare le relative garanzie di prevedibilità.

Anche qui, un esempio aiuterà a toccare con mano l'importanza di una teorizzazione dell'attività creativa. Un esempio, questa volta, più unico che raro, riguardante una bizzarra vicenda[28] in cui è rimessa all'interprete la scelta tra adottare la teoria dichiarativa o quella creativa, con le relative immediate ricadute in termini di condanna o di assoluzione.

Il caso riguarda una norma di favore contenuta in un atto sublegislativo qualificabile come atto amministrativo generale e astratto. La disposizione è *doppiamente illegittima, sia in rapporto alla legge ordinaria* per violazione di legge, a causa del mancato rispetto dei vincoli e degli obiettivi da essa fissati, *sia al diritto eurounitario*, per gli stessi identici motivi (gli obiettivi e i criteri fissati dalla legge nazionale sono gli stessi fissati dalla normativa eurounitaria in materia). La "bizzarria" risiede nel fatto che, a seconda dello schema che si adotti, si dovrà applicare alternativamente la norma di favore illegittima oppure la norma incriminatrice. In entrambi i casi – si noti –, il vizio rimane sempre lo stesso! *A cambiare è solo l'impostazione concettuale*. Per la disamina della complessa questione, rinvio a quello studio a quattro mani, limitandomi qui a riportare gli estremi dell'assurdità.

Se si percorre lo *schema della violazione di legge* con relativa *disapplicazione* dell'atto amministrativo antecedente alla commissione del fatto, favorevole, ma illegittimo, il giudice *non può condannare*. Si ritiene, infatti, che l'affidamento posto dal destinatario in quella norma invalida sia degno di tutela perché, fino al momento della disapplicazione, la norma era valida e quindi in grado di dispiegare i suoi effetti[29]. In questa prospettiva, si ritiene che sia il giudice a creare la norma e che, pertanto, la disapplicazione possa dispiegare i suoi effetti da tale momento, con relativa non applicazione al caso in giudizio.

Viceversa, se si percorre la strada dell'incompatibilità con il diritto eurounitario e della relativa "non applicazione" della norma interna contrastante, le cose stanno diversamente. Il giudice – ci spiega la teoria dichiarativa, con cui ordiniamo le cose – in caso di non applicazione, non crea, ma "scopre", dà quindi semplicemente voce a una soluzione considerata già presente nell'ordinamento. L'effetto è che, in questi casi, non si riconosce un legittimo affidamento sulla norma illegittima e favorevole, proprio perché a stretto rigore il giudice ha solo interpretato una norma già presente.

Se una norma di favore è "disapplicata", fino a quel momento essa è considerata valida. La teoria ci dice che è il giudice in questo caso a *creare* la regola di giudizio; per questo, la disapplicazione *in malam partem* non deve andare a sfavore del reo.

Se, invece, quella norma di favore è "non applicata", il giudice – ci dice sempre la teoria – non fa che dare voce a quanto è già scritto nel diritto; per questo, la non applicazione *in malam partem* può andare a sfavore del reo.

---

quale sia il precipuo significato da attribuire all'oggetto materiale tra quelli a disposizione sulla carta. Segnaliamo, in aggiunta, che non è forse un caso che proprio in questo scritto si possa leggere una tra le più convinte tesi a sostegno dell'esigenza di assegnare una nota modale all'avvelenamento. Questa voce, infatti, abbraccia numerosi illeciti alimentari e non effettua un'analisi reato per reato, ma per tratti distintivi tra i reati. Così, quando si affrontano in rassegna le varie condotte, risulta più evidente cercare le specificità di quella di avvelenamento, a riprova che le scelte classificatorie non sono mai neutre.

27. Per motivare questa frase dovrei soffermarmi *funditus* per chiarire che la tipicità si compone di varie dimensioni e assolve la funzione di legare assieme diverse funzioni, ma esigenze di spazio me lo impediscono. Uso, allora, il buon vecchio espediente (che vuole, però, anche essere un omaggio) di giustificare la frase della tipicità come risultato dell'interpretazione, con una citazione di autorevolissima dottrina verso cui, su questi temi, sono molto debitore: «I confini (del concetto generale espresso dalla disposizione) sono necessariamente sempre più ampi rispetto alla portata semantica che un tipo possiede entro e dopo il processo interpretativo». Così W. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, ESI, Napoli 2007 (1968), p. 183.

28. C. Sotis - M. Bosi, *Il bizzarro caso dei pesci* "in malam partem". *Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 maggio 2011, pp. 1-25.

29. Cfr. anche, per le opportune specificazioni, M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2001.

Insomma, in caso di disapplicazione/creazione non si deve condannare, mentre in caso di scoperta/non applicazione, si deve condannare. Il fatto, tuttavia, è che in questo caso il vizio è sempre lo stesso in entrambe le ipotesi! Così, l'interprete può scegliere la strada da percorrere (disapplicazione dell'atto amministrativo per violazione di legge o non applicazione della norma favorevole in contrasto con il diritto eurounitario), nella consapevolezza che gli effetti saranno opposti. Perchè il giudice è sempre anche giudice dei conflitti tra se stesso e la legge.

Queste luci, però, hanno anche qualche ombra: come ovvio, ciò ha a che fare con la separazione dei poteri, vale a dire il volto della legalità che la prevedibilità convenzionale non può tenere sotto controllo.

Qui è necessario un *caveat*, perchè sarebbe ingenuo, prima ancora che scorretto, addossare alla prevedibilità convenzionale la responsabilità di crisi e mutazioni che emergono, e quindi dovrebbero[30] essere censurate, alla luce di parametri costituzionali e non convenzionali[31]. Infatti, occorre sempre avere ben chiaro che le garanzie poste dalla legalità convenzionale si aggiungono e non si sostituiscono alla legalità costituzionale[32].

Malgrado questo *caveat*, credo che l'aspetto della prevedibilità convenzionale produca indirettamente – almeno, dal punto di vista culturale – un'ombra. Se il protagonista della prevedibilità non è più la fattispecie legale, ma la norma intesa come risultato dell'attività del giudice, allora la fattispecie legale inizierà a chiedersi: "ma io, a questo punto, a cosa servo? A chi mi devo rivolgere?"... E la risposta della Cedu non può che essere: "servi a garantire un'interpretazione ragionevole, e dato che in penale l'interprete è il giudice, a lui ti rivolgi". Soddisfa, infatti, la prevedibilità convenzionale una tecnica di penalizzazione in cui la legge esprime messaggi non per forza comprensibili dai consociati, bensì mere linee guida indirizzate agli interpreti[33], che costoro dovranno tradurre in prevedibili tipi penali. La cultura penalistica continentale invece vuole le fattispecie legali come "minuscoli racconti"[34] dotati di autosufficienza narrativa[35], che abbiano l'ambizione di risultare comprensibili sia ai giudici sia direttamente ai consociati, senza la necessaria mediazione dei primi. Forse è un obiettivo illusorio, però non credo che, per questo, non si debba continuare a imporre alla legge penale scritta di provarci.

3. Dal singolare al plurale: verso le ragionevoli prevedibilità?

Il successo della ragionevole prevedibilità la porta ad abbattere i suoi confini, a esplorare e ad adattarsi ai nuovi ambienti. Assistiamo infatti a segnali di una

30. Uso il condizionale perché è agrodolce che la giurisprudenza della Corte Edu si sia dimostrata più attenta della nostra Corte costituzionale alla qualità della legge scritta (mi riferisco al citato caso *De Tomaso*).

31. Io sono infatti un convinto e perdurante sostenitore delle ragioni della riserva di legge penale, ma da difendere davanti alla Consulta, non a Strasburgo. Volendo, si veda, ad esempio, C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017, pp. 13 ss. (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/upload/SOTIS_2017a.pdf).

32. In modo pienamente condivisibile, sottolinea con forza il punto F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale* in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, pp. 13 ss. (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20prevedibilita%CC%80%20Napoli%20(DPC).pdf).

33. Disposizioni penali che sono linee guida sprovviste di questa capacità narrativa, perchè fondamentalmente indirizzate ai giudici e non ai consociati, sono quelle degli *act* inglesi. Ad esempio il *Bribery Act* del 2010, dove un *malum in se* come la corruzione viene definito mediante un testo pienamente idoneo a orientare l'interpretazione degli interpreti senza però offrire dei tipi penali di immediata comprensione per i consociati. Così, ad esempio, sono indicate le «*Offences of bribing another person* [:]
(1) A person ("P") is guilty of an offence if either of the following cases applies.
(2) Case 1 is where—
(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
(b) P intends the advantage—
(i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or
(ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity.
(3) Case 2 is where—
(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
(b) P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity.
(4) In case 1 it does not matter whether the person to whom the advantage is offered, promised or given is the same person as the person who is to perform, or has performed, the function or activity concerned.
(5) In cases 1 and 2 it does not matter whether the advantage is offered, promised or given by P directly or through a third party».

34. Così efficacemente illustra le fattispecie F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 81.

35. Sulla dimensione narrativa del diritto penale delle fattispecie, si veda soprattutto M. Papa, Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, 18. Il tema, del resto, mi sta a cuore da tempo: sia consentito, quindi, rinviare a C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4/2017, pp. 1346 ss.

ragionevole prevedibilità che assume le sembianze della *fairness* e di una ragionevole prevedibilità che assume le sembianze della tipicità.

*3.1. La prevedibilità/*fairness

Per quanto concerne la prima dicotomia è la "saga" *Taricco* ad avere innestato la miccia. Tralascio, in questa sede, l'intera ricostruzione della vicenda soffermandomi solo su un punto.

La vicenda, come noto, ha riguardato l'illegittimità comunitaria della disciplina italiana dei termini di sospensione e interruzione della prescrizione previsti negli artt. 160 e 161 del codice penale, nella versione allora in vigore. Una illegittimità affermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla base dello *standard* di tutela adeguata degli interessi finanziari dell'Unione fissata nell'art. 325 del Tfue. La Cgue, nella sua sentenza dell'8 settembre 2015, aveva affermato la diretta applicabilità di questa norma con conseguente non applicazione, da parte del giudice nazionale, della più favorevole disciplina della prescrizione ai processi in corso. La soluzione, secondo la Corte di giustizia, non contrasta con i diritti fondamentali (tranne nel caso in cui il termine di prescrizione fosse già scaduto)[36] poiché la disciplina della prescrizione è esterna al fatto e alla pena, e quindi la persona non ha una legittima aspettativa a conoscere, prima della commissione del fatto, in quanto tempo questo dovesse prescriversi.

Alla base delle incomprensioni tra Corte di giustizia e tradizione penalistica italiana vi è quindi proprio la differente relazione tra prevedibilità e legalità. Per la Cgue (come per la Corte Edu), non dovendo le norme sulla prescrizione essere ragionevolmente prevedibili, esse sono estranee alla legalità e hanno natura processuale. Per la tradizione italiana, la premessa è diversa: le norme sulla prescrizione sono opzioni sul "se punire" un determinato fatto, sono esercizio dello *ius puniendi*[37]. *Ergo*, è questo un campo di disciplina governato dal principio di legalità-riserva di legge stabilito nell'art. 25, comma 2, Costituzione.

Anche per la tradizione italiana maggioritaria, il singolo, nell'orientare le sue scelte di azione, non ha un legittimo affidamento sapendo, prima della commissione del fatto, in quanto tempo questo dovesse prescriversi qualora dovesse essere scoperto. Magari farà pure questi calcoli, ma non sono calcoli ai quali l'ordinamento deve assegnare una garanzia assoluta come quella della ragionevole prevedibilità. Il punto, però, è che non importa che l'ordinamento non attribuisca una garanzia di ragionevole prevedibilità a tale disciplina. Ciò che importa è che si tratta di scelte sul "se punire", poiché tutto ciò che costituisce esercizio dello *ius puniendi* deve, per ciò solo, essere coperto dalla riserva di legge, anche se non deve essere ragionevolmente prevedibile. In questo, in fondo, sta la differenza essenziale tra la legalità penale costituzionale e quella convenzionale (secondo cui, invece, il diverso ragionamento è: se un'informazione deve essere ragionevolmente prevedibile, allora attiene alla legalità).

Due premesse così distanti avevano portato a un'*impasse*. È stata la Corte costituzionale italiana a trovare la via di uscita, sacrificando la sua impostazione tradizionale sull'altare della ricerca di un terreno comune. In quel piccolo capolavoro che è, a mio avviso, l'ordinanza n. 24 del 2017, la Consulta sposta il terreno della legalità della prescrizione dalla riserva di legge a quello della ragionevole prevedibilità. Afferma, infatti, che «questa Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del Tfue prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione»[38]. Con questo passaggio, per la Corte la ragionevole prevedibilità si estende anche alla disciplina dell'interruzione della prescrizione. La ragione primaria di questo cambio di campo è di tipo tattico. Se, infatti, si fosse rivendicata "la "sola" esigenza della riserva di legge[39] senza affiancarla alla ragionevole prevedibilità, ciò avrebbe, per un verso, diminuito il peso dei controinteressi in gioco; per altro verso, avrebbe impedito alla Corte di far leva sugli artt. 49 e 53 della Carta di Nizza, cioè di rivendicare, in virtù di quest'ultimo articolo, la legittimità comunitaria di prevedere un «maggior grado di tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Cedu e dalle costituzioni degli Stati membri»[40]. La riserva

36. Cgue, *Taricco e altri*, Grande Sezione, 8 settembre 2015, §§ 54-58.

37. Chiarissimo, sul punto, D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2015, pp. 20 ss.

38. Così il par. 5 di Corte cost., sentenza n. 24 del 2017.

39. Per una acuta riflessione sulla marginalizzazione del canone della riserva di legge nell'ordinanza n. 24 del 2017, si veda G. Riccardi, *"Patti chiari amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il "dialogo" nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017 (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/upload/RICCARDIGIUSEPPE_2017a.pdf).

40. L'art. 53 della Carta di Nizza sancisce che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o le-

di legge non è, né nella prospettiva della Corte Edu e dell'art. 7 Cedu, né in quella della Cgue e dell'art. 49 della Carta di Nizza, un "diritto dell'uomo" o una "libertà fondamentale", al contrario della ragionevole prevedibilità che invece, come abbiamo accennato in apertura, gode di questo *status*. La Corte ha ritenuto più conveniente sostenere che la ragionevole prevedibilità si estenda anche a «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»[41], in modo da potere evocare l'art. 53 della Carta di Nizza e, quindi, dare base legale – anche alla luce dei principi del diritto europeo – alla sua impostazione, offrendo così una possibile via di uscita alla Corte di giustizia. Ovviamente, lo ha fatto anche per trovare un terreno comune di confronto.

Tuttavia questo cambio di campo non è senza effetti, perchè non è per nulla evidente che debba essere riconosciuto, per di più come diritto fondamentale della persona in posizione di controlimite, l'affidamento del singolo[42] inteso come «calcolabilità anticipata del trattamento»[43] di sapere prima della commissione del fatto in quanto tempo, in caso di scoperta, questo si prescriverà. I precetti debbono dire in modo ragionevolmente prevedibile ciò che è vietato, non anche che occorre non farsi scoprire per un determinato lasso di tempo. Che la prescrizione riguardi la punibilità, e abbia quindi natura sostanziale – incontrando le garanzie dell'art. 25, comma 2, Cost. –, non vuol anche dire che le scelte di azione prese sulla base del tempo necessario a prescrivere e quelle prese sulla base dell'affidamento della predeterminazione dei fatti penalmente rilevanti e delle pene debbano avere lo stesso identico statuto costituzionale. L'affidamento del singolo rispetto alla possibilità di decidere come agire sulla base della «calcolabilità anticipata» di ciò che costituisce precetto e pena mantiene una sua diversità qualitativa dall'affidamento fatto dal singolo sulla base della «calcolabilità anticipata» di una condizione di punibilità come la prescrizione. Si tratta di norme diverse da quelle che compongono il precetto e la pena, essendo chiamate a svolgere un'altra funzione. Ed è importante che questa diversità di funzioni si riverberi in una diversità dello statuto delle garanzie.

Questo, però – arrivo al punto –, non vuol dire ovviamente che la ragionevole prevedibilità non entri in gioco in tema di prescrizione (l'art. 25, comma 2, Cost. subordina l'esercizio del *punire* a una legge entrata in vigore *prima* del fatto commesso). A mio avviso, vuole invece dire che *la Corte costituzionale allarga il tema della ragionevole prevedibilità oltre i confini del precetto e della sanzione*. Una ragionevole prevedibilità, per forza di cose, *diversa* nella funzione e, quindi, nel campo di applicazione. In questa prospettiva, trovo pienamente convincente il suggerimento sostenuto da Massimo Donini[44], ripreso da Domenico Pulitanò[45] e, in commento all'ordinanza n. 24 del 2017, anche da Vittorio Manes[46]. La ragionevole prevedibilità della prescrizione deve essere intesa come *fairness*, cioè come affidamento a che lo Stato non cambi le regole in corsa. Questa ragionevole prevedibilità/*fairness* è sicuramente da valorizzare a seguito della sentenza della Corte. Peraltro, mi rendo ben conto che questa

---

siva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

41. Così Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, § 8.

42. Cfr. D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2016, p. 235.

43. Così la definisce Massimo Donini, nel chiarire che, in tema di prescrizione, non è questa la ragionevole prevedibilità garantita dall'art. 25, comma 2, Cost. – M. Donini, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. "D", in *Foro it*., vol. V, 1998, c. 324.

44. M. Donini, *Prescrizione, op. ult. cit*., colonna 324. Si tratta del contributo all'interessante dibattitto sul possibile allungamento dei tempi di prescrizione non maturata (interventi anche di Massimo Nobili, Luigi Stortoni, Maria Virgilio, Nicola Mazzacuva), proposto da Giorgio Marinucci in suo articolo, apparso su *Il Sole 24 ore* il 12 marzo 1998, dal titolo: *Bomba ad orologeria da disinnescare*.

45. Che afferma testualmente: «Pur non essendo questione di tutela di affidamenti di singoli, la retroattività sfavorevole di una regola del gioco intacca la *fairness* del gioco», assegnando tuttavia a questa garanzia una ristrettissima «possibilità di eventuali deroghe alla irretroattività sfavorevole in materia di prescrizione» per cui «la giustificazione di una deroga dovrebbe essere molto forte, tale da reggere di fronte al principio d'eguaglianza/ragionevolezza» – D. Pulitanò, *La posta in gioco, op. cit*., p. 235. Faccio mie queste indicazioni, che affermano una dimensione alta, ma comunque relativa e non assoluta, alla ragionevole prevedibilità intesa come *fairness*, che è e resta diversa dalla ragionevole prevedibilità come affidamento del singolo. Resto convinto che punire qualcuno per qualcosa che non costituiva reato al momento della condotta, o punirlo per un reato su cui la prescrizione è già maturata, costituiscono violazioni di un affidamento del singolo qualitativamente (e, quindi, costituzionalmente diverso) da quello di chi fosse punito per un fatto su cui si sono modificati i termini di prescrizione non ancora maturati.

46. In merito all'«affidamento sul fatto che lo Stato non "cambi le carte in tavola" a sorpresa, ossia alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *prééminence du droit* e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale», così V. Manes, *La Corte muove e in tre mosse dà scacco a "Taricco"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017, p. 7 (disponibile *online*: www.penalecontemporaneo.it/upload/MANES_2017a.pdf).

idea della *fairness* è tutta da verificare nella sua possibilità di coordinarsi in modo coerente con il campo che l'art. 25, comma 2, Cost. attualmente circoscrive: quello dell'esercizio della funzione punitiva, con esclusione delle norme processuali. La ragionevole prevedibilità/*fairness*, insomma, mette in crisi il confine della legalità tracciato dalla natura sostanziale o processuale delle norme penali.

Viene, infatti, immediatamente spontaneo chiedersi perché, se per la prescrizione occorre garantire la ragionevole prevedibilità a che non vengano cambiate *in peius* le regole in corsa, lo stesso non debba valere – ad esempio – anche per la procedibilità a querela. Eventuali modifiche in corso su entrambi i profili costituirebbero una identica violazione della *fairness*, ma solo quella sulla prescrizione è una scelta sulla punibilità (*ergo* sostanziale). Quindi, se ricostruiamo l'art. 25, comma 2, non più con il solo compasso della punibilità, bensì anche attorno a questa garanzia di *fairness* per quanto concerne le disposizioni sostanziali estranee al precetto e alla pena, immediatamente bussano alla porta quelle norme processuali, come le condizioni di procedibilità, che pur non incidendo sulla punibilità condizionano comunque direttamente il "punire"[47].

3.2. La prevedibilità/tipicità

Se per la prevedibilità/*fairness* è il passaggio dalla architettura convenzionale a quella costituzionale a comportare la mutazione, qui l'evoluzione sembra prendere una strada diversa: un volto della legalità più tradizionalmente costituzionale è, invece, affermato da Strasburgo, che intaglia una nuova e peculiare prevedibilità formale e oggettiva. Mi riferisco, evidentemente, al caso *Contrada*[48]. La vicenda giudiziaria è lunga e travagliata, e andrebbe esaminata nel dettaglio per comprendere appieno il caso[49]; qui sarò necessariamente cursorio.

Bruno Contrada viene condannato per cd. "concorso esterno" in associazione di tipo mafioso dal Tribunale di Palermo nel 1996, per fatti commessi tra il 1979 e il 1988: un arco di tempo in cui sussisteva un contrasto giurisprudenziale sulla punibilità di quei fatti a titolo del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Ancor prima, sussisteva un contrasto sulla stessa ipotizzabilità del suddetto reato: ammesso in alcune sentenze, negato in altre. Solo dal 1994, cioè dalla prima pronuncia a sezioni unite della Cassazione[50], si può affermare con una relativa certezza che quel reato "esiste"[51]. In questo quadro, come noto a tutti, la Corte Edu condanna l'Italia non perché quel reato sia di origine giurisprudenziale, bensì perchè la sua origine deve essere fissata al 1994, cioè alla Sentenza *Demitry*, successiva ai fatti. Leggendo e rileggendo la sentenza, si evince come il problema di prevedibilità qui non riguardi la rilevanza penale dei fatti commessi, ma – più alla radice – la stessa "base legale" (legislativa o giurisprudenziale, questo non importa per la Corte), cioè la qualificazione giuridica del fatto. Lo si evince chiaramente leggendo il par. 32 della sentenza Corte Edu *Contrada*: «Perciò, tenuto conto delle divergenze giurisprudenziali *sull'esistenza di detto reato*, il ricorrente non avrebbe potuto prevedere *con precisione* la qualificazione giuridica dei fatti che gli erano ascritti e, di conseguenza, la pena che sanzionava le sue condotte»[52].

Quello che, in questo sforzo di massima sintesi, mi interessa mettere in evidenza sono i corollari di un simile slittamento che, sotto l'ombrello della ragionevole prevedibilità, viene a valutare un problema, obiettivo, di tipicità[53].

Primo corollario: non basta garantire il consociato nella conoscenza di «cosa gli è lecito e cosa gli è vietato»[54], se prima ancora non gli si garantisce la qualificazione giuridica che fonda un divieto.

Secondo corollario: la differente allocazione del dubbio e la sua differente misurazione. Qui è in gio-

---

47. Cfr. M. Nobili, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. "A", in *Foro it.*, vol. V, 1998, c. 319.

48. Corte Edu, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015.

49. Oltre alla consueta ricostruzione effettuata dalla sentenza della Corte Edu, rinvio alla dettagliata analisi offerta da M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tipicità/tassatività di una legge penale penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 1/2016, pp. 346-372 (disponibile *online*: https://iris.unimore.it/retrieve/handle/11380/1107820/83851/Il%20caso%20Contrada%20e%20la%20Corte%20Edu.pdf).

50. Cass. pen., sez. unite, 5 ottobre 1994, n. 16, *Demitry*.

51. Per quanto riguarda, poi, la stabilizzazione dei suoi elementi connotativi, occorrerà attendere le successive pronunce a sezioni unite, ovvero Cass. pen., sez. unite, 30 ottobre 2002, n. 22327, *Carnevale* e 17 luglio 2005, n. 33748, *Mannino*.

52. Corsivi aggiunti.

53. La lettura della sentenza *Contrada* qui abbozzata, da cui emerge questa peculiare ragionevole prevedibilità della qualificazione giuridica, è disaminata con convincenti argomentazioni da M. Donini, *Il caso Contrada, op. ult. cit.*

54. Per dirlo con le parole della sentenza della Corte costituzionale, n. 364 del 1988, par. 8 del «*Considerato in diritto*».

co un problema di certezza del diritto penale, non di certezza di assumere libere scelte di azione sulla base di quella certezza primaria. Quindi, lo stato di dubbio deve essere trattato e misurato diversamente da quanto avviene quando occorre valutare la ragionevole prevedibilità della rilevanza penale di un fatto (dando per certa la qualificazione giuridica nella quale lo stesso fatto incorrerebbe). In questo caso, la Corte Edu non valuta la prevedibilità chiedendosi se Bruno Contrada, alto servitore dello Stato a tutela dell'ordine pubblico, laureato e professionista, avrebbe dovuto prevedere (cioè porre in dubbio) la punibilità di quei fatti come concorso esterno[55], perchè qui non si tratta di muovere un rimprovero personale all'imputato (non è un problema di colpevolezza), ma si tratta di valutare un problema di certezza del diritto penale, da valutarsi quindi oggettivamente. Se, per ipotesi iperbolica, il ricorrente fosse stato uno dei giudici che, prima del 1994, aveva emesso una sentenza di sussistenza del concorso esterno, le cose non cambierebbero. Anche per un imputato così avveduto, la sua soggettiva prevedibilità non avrebbe fondato questa prevedibilità oggettiva[56]. Qui il dubbio riguarda l'esistenza del reato: un dubbio oggettivo, che mina quella certezza del diritto che, in ambito penale, si fa così intensa da svilupparsi nella tipicità.

La prevedibilità convenzionale (e, con essa, la legalità), in questa sentenza, non è più solo colpevolezza, ma si avvicina a una idea di legalità formale, seppur indipendente dalla riserva di legge. La parabola è davvero stupefacente: la Corte Edu vede le cose con la teoria, considerata più sostanziale e pragmatica[57], della creazione giurisprudenziale e questo la libera dai veli delle teorie dichiarative. Il risultato è che la Corte di Strasburgo si rivela, in questo caso, più sensibile[58] alle ragioni della tipicità di quanto non si mostri la Corte costituzionale italiana, per la quale il concetto dovrebbe, invece, essere più familiare.

Per quanto rilevanti, le vicende *Taricco* e *Contrada* restano, al momento, sporadiche e non ne possiamo che ricavare dei segnali: segnali importanti, però, e significativi della fertilità che le ibridazioni incrociate e il dialogo (anche quello aspro) tra corti ci riservano. In *Taricco*, la Corte costituzionale italiana mette nella bocca della prevedibilità ciò che dovrebbe dire la riserva di legge, con l'esito di seminare una ragionevole prevedibilità/*fairness* applicabile anche ad alcune norme processuali. In *Contrada*, la Corte Edu fa fare alla ragionevole prevedibilità ciò che dovrebbe fare la tipicità, con il duplice risultato di allargare i confini della prevedibilità oltre quelli della colpevolezza e i confini della sostanza entro quelli della tipicità.

55. Nel suo commento alla sentenza, sottolinea come, nella logica italiana della conoscibilità del precetto penale, questo tipo di domanda dovrebbe dare risposta positiva D. Pulitanò, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge,* in *Diritto penale contemporaneo* (Rivista trimestrale), n. 2/2015, p. 52.

56. Cfr., in questo senso, diffusamente M. Donini, *Il Caso Contrada, op. cit.*, pp. 357 ss.

57. A commento della sentenza Contrada è Ombretta Di Giovine, in particolare, ad associare le teorie cognitiviste o dichiaritive alle teorie formaliste, e quelle scettiche o creative alle teorie antiformaliste. Cfr. (in una lettura, peraltro, non coincidente con quella qui abbozzata) O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo. Il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro* in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 11 e pp. 16 ss.

58. *Repetita juvant*: come già detto, le garanzie Cedu si aggiungono e non si sostituiscono a quelle costituzionali. Non si può respingere una sentenza che pone una valutazione di garanzia *aggiuntiva e non sostitutiva* per il fatto che muove da una premessa inaccettabile nella logica della legalità costituzionale. Quindi, la evidente inaccettabilità costituzionale di un reato di creazione giurisprudenziale va fatta valere nelle sedi sue proprie.

Fattispecie o *case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*

di *Massimo Donini*

Lo studio analizza la tenuta di una possibile sostituzione della fattispecie mediante il *case law*, escludendo che si tratti di una alternativa possibile, essendo entrambi componenti essenziali del sistema giuridico. Vengono individuate le condizioni del diritto giurisprudenziale legittimo in diritto penale nell'attività di concretizzazione e applicazione della legge ai casi, muovendo da una rinnovata elaborazione del rapporto tra disposizione e norma, fondamentale anche per accertare i procedimenti analogici occulti, per i quali si definisce uno specifico *test* di verifica nel quadro di una ridefinizione del procedimento analogico in un quadro di teoria generale del diritto, e non solo dei distinti doveri ermeneutici specifici del penalista. La possibilità che il diritto giurisprudenziale legittimo, in parte negli *hard cases*, approdi all'enucleazione di casi-norma, e non solo a esempi applicativi nuovi o nuove interpretazioni in astratto della legge, produce l'esigenza di una disciplina o considerazione differenziata del parametro della prevedibilità, per l'efficacia retroattiva o solo *ex nunc* delle nuove evoluzioni o dei mutamenti intervenuti. I distinti momenti di irretroattività oggettiva o di scusabilità soggettiva per le innovazioni imprevedibili sono infine declinati sulla base degli articoli 7 Cedu, 27, co. 1, Cost. e 5 cp. Conclude lo scritto la proposta di sei regole di deontologia ermeneutica penale.

1. La questione

Un dubbio cruciale avvince oggi le menti più *smart* della penalistica. Stiamo andando verso la sostituzione della tipicità con la prevedibilità? La legalità penale sarà in futuro costituita di, o sostituita da, decisioni garantite *come la legge* nella loro tassativa prevedibilità anteriore al fatto commesso, o sarà invece sempre il tipo legale a orientare, vincolare e accentrare in sé quella prevedibilità e irretroattività? Quale è il futuro del tipo legale[1] in questa vicenda della storia dell'ermeneutica?

Se a un giudice penale viene in mente di applicare per la prima volta una fattispecie legale a una tipologia di casi fino a quel momento pacificamente estranea a tale reato[2], "inventandosi" un nuovo significato

* Lo studio rielabora la lezione svolta a Palermo in occasione di un ciclo di seminari organizzati da allievi e colleghi in onore di Giovanni Fiandaca, nel suo ultimo anno di insegnamento ordinario (Anno accademico 2016-2017). Pur se tardivamente, desidero dedicargli questo lavoro, perché di quell'incontro rimanga una traccia scritta, a testimonianza di un sodalizio di amicizia e affetto, e non solo come tributo a un *Maestro* di diritto penale e di ermeneutica.

1. Sul rapporto fra tipo (fattispecie tipica) e principio di tipicità si consenta il rinvio a M. Donini, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 325-349, anche in www.penalecontemporaneo.it 13 gennaio 2017, p. 1 ss., e agli AA. ivi cit. a nota 7; Id., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2018, pp. 1577 ss. V. pure, nella letteratura più recente, con diverse declinazioni, C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1346 ss.; R. Alagna, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 3 ss.

2. C'è una differenza tra un caso esplicitamente escluso (da giurisprudenza o dottrina) da una fattispecie legale e un caso mai immaginato per essa. Però *dal punto di vista del destinatario* quella differenza è spesso sottile e impalpabile. Quando mai si sarebbe immaginato di

per le antiche parole della legge, gli "è lecito farlo" quanto meno per il futuro, sì che anche l'innovazione, l'invenzione, persino l'analogia potranno almeno valere prospetticamente come una "nuova legge"?

O addirittura e in quali limiti il *novum* potrà essere considerato meramente "dichiarativo" della legge e applicato anche al passato? Come del resto si è sempre fatto fino ai tempi più recenti. Qual è la differenza tra innovazione *costitutiva* e innovazione *dichiarativa* del contenuto della legge? Abbiamo parametri sicuri per una distinzione che orienti in chiave garantista effetti giuridici pesanti e opposti come la irretroattività o la retroattività?

Non solo. Possiamo, se non in tutto almeno in parte, integrare o sostituire il tipo con le decisioni – icasticamente: leggere ormai solo il commentario *al posto del* testo commentato, visto ormai come un mero suo *incipit* storico, che ha dato l'avvio alla storia ermeneutica della norma, un essere vivente irriducibile a una premessa di logica formale? Ciò produrrà l'effetto che il tipo come *Begriff*, come *rule*, come schema logico-concettuale chiuso, si trasformerà in una *imago facti*[3], da fattispecie (*species facti*) a *Typus* (essenza tipologica di una figura idelatipica)[4], che governa le successive evoluzioni decisorie?

Vale a dire è corretto pensare che assistiamo a una sorta di trasformazione in *common law* del nostro *civil law*[5], dove campeggia la "Fallnorm", la norma-caso al posto della regola generale e astratta, a destinatario universale, legge uguale e indifferenziata? E ciò, peraltro, proprio in un tempo in cui paradossalmente il *common law* sta morendo[6], in quanto sempre maggiori sono le leggi statutarie, anche in diritto penale?

O stiamo in realtà parlando di cose del tutto diverse, perché non c'entra nulla il *common law* con il diritto giurisprudenziale maturo del nostro sistema[7]?

Può dunque la prevedibilità quale limite applicativo – attraverso un divieto di retroattività delle nuove interpretazioni-normazioni ermeneutiche *in malam partem* – rappresentare una panacea, una sanatoria per il cd. creazionismo giudiziario[8]?

Queste domande devono trovare una risposta muovendo dall'assunto consolidato secondo il quale le soluzioni giudiziali casistiche e la riserva di legge sono in *potenziale conflitto costituzionale*[9], ma *solo*

---

applicare una figura di reato a una certa condotta, proprio il fatto che non lo si sia esplicitamente escluso è una prova ancora più forte della innovazione che si vorrebbe introdurre.

3. Per questa immagine v. M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 15 ss., pp. 61 ss.

4. Sulla categoria del *Typus* nell'ermeneutica giuridica v. A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, pp. 53 ss., pp. 70 ss.; v. pure sul punto O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 49 ss.; G. Carlizzi, in V. Omaggio, g. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 121 ss.; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlchen Hermeneutik* (C. Heymanns, 1968), tr. it. *Fattispecie e tipo*, ESI, Napoli, 2007, pp. 73 ss., pp. 98 ss., pp. 3 ss. e spec. pp. 166-177 (sulla spirale), pp. 180-187 (sul tipo), pp. 237 ss.; G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1535 ss.; v. pure più di recente G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, pp. 109 ss. nonché quanto osservato in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPC*, 6 giugno 2016, www.penalecontemporaneo.it/d/4793-il-diritto-giurisprudenziale-penale; pp. 1 ss., poi in *DPC, Riv. trim.*, n. 3/2016, pp. 13 ss., § 7.

5. Cfr. V. Manes, *"Common law-isation del diritto penale"? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, *Cass. pen.*, 2017, pp. 955 ss.; Id., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *DPC*, 17 gennaio 2018, pp. 1 ss., www.penalecontemporaneo.it/d/5817-dalla-fattispecie-al-precedente-appunti-di-deontologia-ermeneutica..

6. Cfr. D. Vetri, *La morte del common law*, in *Politica dir.*, 1994, pp. 495 ss.; U. Mattei, *Il modello* di common law[4,] Giappichelli, Torino, 2014, pp. 283 ss. Come ricorda P.G. Monateri, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sezione civile, Utet, Torino, 1993, vol. X, pp. 34 ss., nota 218, «i sistemi di *Civil Law* hanno vissuto molto più a lungo senza codici, di quanto non abbiano vissuto con essi, così come il *Common Law* ha vissuto molto più senza la regola obbligatoria del precedente vincolante, che non con essa. I luoghi comuni della comparazione sono stati edificati sulle differenze degli ultimi due secoli soltanto».

7. Di particolare valore informativo su miti e verità della differenza tra *civil* e *common law* sul punto, M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, pp. 67 ss. e qui la nozione di creazionismo giuridico come ricevuta concezione continentale del diritto come creazione legislativa (*ivi*, pp. 68 ss.): «come un dio crea il mondo...così il legislatore crea il diritto: persino quando questo ha chiare origini consuetudinarie e giudiziali» (*ivi*, pp. 75 ss.). In prospettiva comparata ed europea, sulle forme di *case law* dispiegate ovunque, cfr. G. Hager, *Rechtsmethoden in Europa*, Mohr, Tübingen, 2009.

8. V. contro tale fenomeno, programmaticamente, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2017 (il creazionismo "giudiziario" di Ferrajoli è cosa ben diversa dal creazionismo "giuridico" di Barberis, che afferma un importante ruolo costruttivo della giurisprudenza, in *civil*, come in *common law*, e dunque la mitologia del diritto legislativo come pura creazione del Parlamento).

9. Per tale assunto, sia pur espresso in un *obiter dictum*, v. C. cost. n. 109/2017, dove al § 3.1, scrive la Corte: «il criterio casistico cui sarebbe in tal modo consegnata l'identificazione della natura penale della sanzione potrebbe porsi in problematico rapporto con l'esi-

qualora il diritto giurisprudenziale risulti illegittimo, o in violazione di diritti umani, non per la parte *fisiologica* della sua espressione.

2. Brevi premesse sull'ermeneutica penale

Prima di offrire una risposta alle domande formulate, pochi chiarimenti terminologici e concettuali.

Da quasi un ventennio, intendo per "disposizione", secondo un lessico consolidato da più tempo nella teoria generale del diritto, l'enunciato generale e astratto del legislatore, la regola legale scritta; e per "norma", il contenuto interpretato di quella disposizione, il risultato dell'interpretazione, quello che trova applicazione in concreto, effetto dell'operazione che tra le diverse letture delle parole della legge ne sceglie una: di volta in volta una lettura per ogni parola diversamente componibile con gli altri modi di intendere tutti i possibili significati[10].

La disposizione sta alla norma come la legge sta al diritto. Questa ricezione e rielaborazione di una nota distinzione già di Vezio Crisafulli, presenta come vedremo *profili di garanzia* presenti solo nella sua specifica applicazione al diritto penale, che è la materia più distante da forme di letture dell'interpretazione in funzione costitutiva e costruttiva, non meramente dichiarativa e riproduttiva.

Eppure, anche in diritto penale l'"interpretazione della legge" equivale alla scelta di una "norma": attività che per la parte maggiore è ricognitivo-descrittiva, ma per una parte non predeterminabile è decisoria e valutativa.

L'interpretazione della legge in astratto, infatti, è un esercizio teorico, dottrinale, didattico, anche legislativo, che se pure è finalizzato a scopi pratici, può prescindere dai casi già verificatisi, ma ciò avviene sistematicamente e necessariamente soprattutto nella lettura di leggi nuove, mentre la rielaborazione del contenuto normativo di leggi già operative da tempo riattualizza e considera il deposito ermeneutico di anni e a volte decenni.

Già nella riscrittura di vecchie norme, o nella loro modifica mediante elementi specializzanti o aggiuntivi, si "tiene conto" (da parte dello stesso legislatore e poi dell'interprete) del *deposito ermeneutico* del passato – un passato a volte plurisecolare! –. Quanto alle leggi già applicate o da applicarsi, la loro comprensione cede il passo all'immediato adattarsi a una vicenda processuale. L'applicazione della legge ai casi implica sì, dunque, una "pre-comprensione" del testo. La *Rechtsanwendung*, peraltro, mette in gioco anche un riadattamento del testo e anche una sua successiva "rilettura" a fronte dei casi ad esso ricondotti (la rilettura della disposizione dopo la conoscenza della casistica: dell'enunciato di legge attraverso il commentario dottrinale e giurisprudenziale sottostante), e la sua capacità di essere sufficientemente elastico per "reggere il confronto" con una realtà in continua evoluzione è oggi vista come una qualità della legge, e non come un suo difetto[11].

Sul piano epistemologico l'interpretazione *di testi normativi* non è una attività in sé "scientifica", se non in un significato alternativo a quello dei saperi epistemico-nomologici: non solo non riflette procedimenti meramente deduttivi, cioè sillogismi perfetti[12], ma neppure induttivi generalizzanti da basi sperimentali *come* quelli delle scienze naturali; l'indagine tassonomica, la costruzione di modelli ipotetici, la vita di laboratorio, il pensiero storico-genetico, il ragionamento probabilistico non caratterizzano l'er-

---

genza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'articolo 25, secondo comma, Cost.». La sentenza verteva sul tema della retroattività di nuove sanzioni amministrative punitive riguardanti illeciti depenalizzati, che gli organi remittenti volevano sottoporre a un vaglio casistico dei *criteri Engel* per stabilire in quali casi si dovesse ritenere sostanzialmente penali le sanzioni amministrative degli illeciti depenalizzati e sottrarle in tal modo a effetti retroattivi.

10. M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, (*Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 27 ss., poi) in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 11 ss., § 3. Per una esposizione più ampia e di sintesi Id., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. II, pp. 87 ss., pp. 99 ss., con vari riferimenti. Nella attuale letteratura penalistica la distinzione si sta diffondendo. Cfr. per es. il n. 3/2018 della *Riv. it. dir. proc. pen.*, e gli scritti di Ronco, Paliero, Demuro e Amarelli. Ulteriori richiami extrapenalistici proprio in G.P. Demuro, *L'interpretazione sistematica in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1121 ss. Questa nuova apertura epistemica del penalista è percepita anche dai più attenti teorici del diritto: cfr. G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Il Mulino, Bologna, 2016, § 1.3.

11. Espressamente, C. Edu Scoppola c. Italia, 17.9.2009, § 99 ss.; Sez. Unite penali 21.1.2010 (dep. 13.5.2010), n. 18288, Beschi, §§ 6-8.

12. Il *sillogismo giudiziale* è successivo all'interpretazione, ma se questa ha conosciuto un riadattamento al caso, non si tratta più di applicare ad esso una "norma" che prescinde del tutto dal caso stesso, e dunque c'è un nesso originario e costitutivo fra *applicatio* e *interpretatio*. Tuttavia, il sillogismo, anche quello previsionale del cittadino, resta un paradigma alternativo alla mera casistica: è coerente al mantenimento della fattispecie. Per questo ne ho difeso, a suo tempo, il valore permanente, benché relativo. Cfr. *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 33 ss. (§ 16). Abbandonato il sillogismo resta solo l'analogia tra i casi, con la *loro* prevedibilità. Ma questo è il *common law*.

meneutica giuridica[13]; le cd. discipline *ermeneutiche* che rientrano tra le *scienze dello spirito o della cultura*, e comunque nel novero delle *scienze umane,* e nel cui ambito si colloca la giurisprudenza, che peraltro è anche *scienza sociale*[14]*, non s*ono scienze perché sia tale l'interpretazione, ma perché lo è l'organizzazione complessiva del sapere che ne deriva.

Tutto ciò, peraltro, non costituisce una "debolezza" dell'ermeneutica, ma una sua specifica identità di disciplina autonoma[15].

L'interpretazione normativa, in ogni caso, non riflette passivamente, ma *in parte* produce il suo oggetto di conoscenza ed è spesso molto valutativa; inoltre, *l'ars interpretandi* obbedisce in effetti a criteri e regole di correttezza e anche (in diritto penale) a divieti, esistendo una *intentio operis* (cioè della legge), una *intentio auctoris* (cioè del legislatore) e una *intentio lectoris* (cioè dell'interprete)[16] che non si possono negare o assimilare riducendole a un'unica dimensione (per es. solo oggettiva o solo soggettiva): ogni riduzione dell'ermeneutica a interpretazione solo oggettiva o solo soggettiva è un falso ideologico[17].

La complessità di questa attività si riduce molto nei casi ordinari, più semplici, gestibili con sicurezza in virtù spesso della soluzione acquisita di questioni che un tempo furono controverse.

Peraltro, pur con tutta la consapevolezza di un complesso di regole e metodi, il margine di discrezionalità, in una serie non predefinita di "casi difficili" (*hard cases*) fa dell'interpretazione giuridica un'attività che presenta *un tasso di politicità* lasciato all'interprete, e dunque al giudice, già secondo una corretta lettura della divisione dei poteri: che non è mai stata, se non in periodi storici circoscritti e in casi emblematici sempre falliti, quella del divieto di interpretazione[18].

Per tutte queste ragioni è corretto affermare che l'interpretazione utilizza parametri di rigore scientifico, di controllabilità, in parte di falsificabilità logica o storica (rispetto a paradigmi consolidati), ma *non esaurisce in sé stessa ciò che può fare della giurisprudenza una scienza*[19]. Lo studio del diritto vanta una dimensione scientifica per tutta una serie di ragioni e ulteriori attività (di sistematica, dogmatica, organizzazione concettuale, costruzione legislativa, verifica di congruenza, di compatibilità con principi superiori, di analisi storico-comparata etc.) diverse rispetto alla semplice interpretazione in vista dell'applicazione della legge ai casi: ragioni e attività che, insieme, sono utilizzabili dall'interprete e pertanto servono a rendere l'attività interpretativa più collaudata e accettabile.

3. Il rapporto fra interpretazione, politica dell'interprete e scienza giuridica

Che *l'interpretazione sia sempre politica* è una valutazione sottesa, nella storia dell'ermeneutica giuridica, non solo a posizioni come quella penali-

13. Sugli "stili" di pensiero scientifico cfr. I. Hacking, *The scientific reason* (2008), tr. it. *La ragione scientifica*, Castelvecchi, Roma, 2017, pp. 37 ss.

14. Si consenta il rinvio a M. Donini, *Scienza penale e potere politico,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 95 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, capp. 6 e 9.

15. All'illuminante ricostruzione di R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (1979), tr. it. *La filosofia e lo specchio della natura,* Bompiani, Milano, 1986, pp. 239 ss., pp. 274 ss., pp. 291 ss., che radicalizza la differenza fra le discipline rispecchianti-conoscitive (epistemiche) e quelle ermeneutiche, che sarebbero educativo-edificanti e che non hanno lo scopo di "conoscere", ma semmai produrre, costruire, formare, va aggiunto che le discipline ermeneutiche mirano in realtà anche a un differente modo di "intendere", diverso appunto dal conoscere per leggi. Ciò che appartiene a un comune *background* culturale delle *Kulturwissenschaften*, da Dilthey a Gadamer. Ma una cosa è la scienza giuridica (essa stessa ermeneutica ma anche scienza sociale) e altra cosa l'interpretazione (suo momento). Che lo *scire per causas* appartenga al modello epistemico migliore per la costruzione delle leggi e anche di quelle penali (non mere leggi-decalogo, ma progetti di politica sociale), lo si è più volte evidenziato (v. per es. gli scritti cit. *supra*, nota 14), senza che ciò comporti un abbandono del momento ermeneutico della giurisprudenza.

16. U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, pp. 22 ss.

17. Essendoci una influenza reciproca fra il testo tradotto e il traduttore, così come fra l'interpretante e l'interpretato. Liberatorio e istruttivo W. Benjamin, *Il compito del traduttore*, in Id., *Schriften*, Suhrkamp, 1955, tr. it. *Angelus novus. Saggi e frammenti,* Einaudi, Torino, 1962, pp. 39 ss.

18. Sulla storia delle leggi interpretative e dei divieti di interpretazione v. più in generale G. Tarello, *L'interpretazione della legge,* Giuffrè, Milano, 1980, cit., pp. 241 ss., pp. 287 ss.

19. Ovviamente metto in conto l'opinione minoritaria che vorrebbe escludere del tutto la giurisprudenza dal campo delle scienze (eliminando dunque le "scienze giuridiche" dal campo epistemologico della cultura). Sulle *aporie* di questa disciplina che comunque rimane in senso stretto scientifica rinvio allo scritto cit. *supra* a nota 14. V. sul piano storico l'istruttiva ricostruzione di J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*[2], München, Beck, 2012.

sticamente famosa di Cesare Beccaria sul divieto di interpretare leggi penali[20], ma anche a tutti i celebri interdetti all'interpretazione delle leggi che, dalla legge delle citazioni e poi da Giustiniano in poi, si sono succeduti nella storia[21].

Tuttavia la cultura contemporanea ritiene che esistano regole di interpretazione capaci di obiettivizzare i parametri di un uso corretto del testo, nella triplice dimensione delle diverse "intenzioni" di autore, lettore e opera[22].

La politica ermeneutica è intesa come una politica "im kleinen", in piccolo, di carattere derivato, quasi nullo nei numerosissimi casi facili, più ampio nei casi difficili la cui decisione peraltro è affidata al giudice e non al legislatore.

Se l'interpretazione fosse sempre politica in senso stretto, e non tecnica in senso stretto, come si potrebbe fondare una scienza giuridica che alla base abbia proprio l'interpretazione?

Una scienza che promette garanzie, prevedibilità e certezza, ma basata su opzioni di politica contingente che scienza è, se costruita su tali palafitte?

D'altro canto, l'attività giudiziale è applicativa esattamente come quella del chirurgo rispetto al ricercatore medico di laboratorio. Che cosa se ne fa dunque un operatore pratico dei libri di scienza, se deve decidere e non meramente conoscere? Deve decidere conoscendo. Ma applicando compie scelte, non mere deduzioni.

L'opera ermeneutico-applicativa presenta peraltro diversi livelli di elaborazione.

Essa consiste in *tre attività di fondo* rispetto al diritto positivo vigente (altra cosa lo studio *de lege ferenda*):

- la conoscenza della legge come diritto, nei suoi contenuti normativi *generalizzanti;* in questo ambito rientra oggi anche *la stessa ricerca del diritto applicabile*, delle fonti e relative gerarchie etc. (*Rechtsfindung, Rechtsauslegung*): problema neo-medievale di sistema delle fonti, tra gerarchie e reti; nonché vi rientrano le diverse tipologie di *interpretazione conforme* a costituzione e fonti Ue (*Verfassungs- Ee- konforme Auslegung, consistent interpretation*);
- l'applicazione corretta del diritto ai casi. Quella che i tedeschi chiamano *Rechtsanwendung*[23], che comprende spazi necessari di concretizzazione della legge rispetto ai casi (*Konkretisierung*)[24] e di "sussunzione" di tipologie di condotte nella regola; come esempi di concretizzazione delle regole per es. si possono indicare i seguenti: anche il "bacio profondo" è atto sessuale; anche tirare i capelli è una percossa, anche ricevere su un conto corrente la provvista di denaro proveniente da un delitto non colposo è riciclaggio, se effettuato per impedirne l'identificazione; anche la somministrazione di stilbenici ad animali vivi è adulterazione di sostanze alimentari; anche la contaminazione industriale della falda acquifera è corruzione di acque ecc.;
- la ricostruzione del diritto *dopo l'applicazione ai casi*. Quella che nel lessico tedesco si definisce la *Rechtsfortbildung*[25]. È un compito specifico del genere letterario del "commentario" giuridico. Il "Commentario", infatti, se è orientato alla prassi, non è un'opera di mera ricerca scientifica, ma contiene il deposito di tanti studi scientifici, riutilizzati in chiave applicativa: ne esalta il valore operativo per il quale sono stati elaborati. A seconda dei casi, non è richiesto che abbia l'originalità della ricerca, ma che sistematizzi i risultati di questa in funzione della prassi applicativa, e nel far ciò attua una "progressione giuridica" del sistema.

Il diritto è oggetto della conoscenza, ma anche risultato della elaborazione scientifica (= il sapere scientifico serve per decidere, non decide esso stesso), non della mera produzione giurisprudenziale, che rappresenta solo un momento, un polo, della dialettica con la legge.

---

20. *Amplius* sul punto il nostro *Lettura di* C. Beccaria*, Dei delitti e delle pene (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi*", in *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014, pp. 245 ss.

21. Cfr. quanto osservato in M. Donini, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018*, in DPC 11 luglio 2018, pp. 1 ss., poi in DPC, *Riv. trim.* n. 2/2018, pp. 225 ss.

22. Sempre U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, cit., pp. 325 ss., pp. 333 ss., seguendo Peirce, ammette che la semiosi è (potenzialmente) illimitata, potendo i diversi interpreti attribuire nel tempo al testo significati che variano anche in funzione dei loro orizzonti di contesto attuali: tuttavia differenzia tale semiosi dalla "deriva ermetica" e dalla deriva decostruzionista alla Derrida, in quanto l'interpretazione infinita ha limiti costituiti dalla "comunità di esperti" ai quali l'interprete rivolge la sua lettura "e questa comunità deve essere strutturata e disciplinata tenendo conto di principi sovra-individuali" (*ivi,* 336).

23. Cfr. Il nostro *Disposizione e norma*, cit., e la letteratura ivi richiamata a nota 30.

24. K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter, Heidelberg, 1968.

25. Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*[5], Springer, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983, pp. 351 ss. (Kap. 5)

Perché diventi *sapere scientifico* è *necessario che quella dialettica* sia inserita in un discorso sistemico più generale, fra l'altro non meramente nazionale. Questo fa della scienza giuridica un prodotto non nazionalistico, ma internazionale. Una *conoscenza nazionale* sarebbe una scienza nazionale, cioè una non scienza, ma una politica del diritto[26]. La scienza può solo essere internazionale[27].

Se si entra in un'aula di Tribunale ci sono autorità pubblica e anche autoritarismo, c'è *strepitus fori*, c'è battaglia per i diritti, passione civile.

Se si entra in biblioteca, a parte i controlli istituzionali, c'è il silenzio degli studiosi, la contemplazione attiva della mente, unica *auctoritas*.

Entrambe queste dimensioni sono necessarie, ma solo una è scientifica.

Senza il retroterra della scienza le sentenze sono solo una serie di decisioni, perché non è vero che la ragione pubblica sia costituita dalla *Supreme Court*, come scrisse Rawls: la *Supreme Court* senza il raccordo di un sapere dottrinale farebbe solo decisioni tecnico-politiche. E infatti, quando si allontana da quei paradigmi epistemologici prende continuamente decisioni politiche e contingenti.

4. Casi facili. *Semper applicatio sine interpretatione.* La distinzione tra *prevedibilità* e *certezza*

Assumo come un dato di partenza – che non metto qui in discussione, anche se si potrebbe farlo, come per ogni assunto postulativo – che esistono "casi facili"[28]: vale a dire casi che nella prassi non richiedono tempo da dedicare alla interpretazione giuridica della norma generale e astratta, in quanto pacificamente vi rientrano.

L'interpretazione previa ovviamente c'è (stata), ma è intuitivamente presupposta e non rielaborata.

Nell'attività quotidiana il magistrato vive la maggior parte dei procedimenti – un po' meno quando diventano processi – come soluzione di casi facili. Se pensa di migliorare le sue statistiche, deve anzi puntare sui casi facili o trattare i casi in modo da semplificarli, adottando le soluzioni più agevoli da motivare o istruire.

La "semplificazione dei casi" è una specifica attività del magistrato attento a eliminare o non aumentare l'arretrato e a decidere rapidamente; la "complicazione dei casi", viceversa, è una specifica predisposizione dell'avvocato, quando ciò serve concretamente a sostenere le ragioni della difesa o a indebolire quelle dell'accusa.

Chi ha passione per il diritto, sa che la semplificazione dei casi è un impoverimento della sua attività, che da intellettuale diventa esecutiva e burocratica; tecnica può esserlo in entrambi i casi: la tecnica non è di per sé un ostacolo al pensiero e all'approfondimento giuridico.

Quando i casi sono facili o semplificabili, la prevedibilità della decisione è maggiore. Più esattamente: la prevedibilità della sussunzione del fatto sotto una determinata disposizione legale è direttamente proporzionale alla facilità del caso.

Caso facile sta anche per *caso consolidato*, pur non essendo sinonimi.

Il caso può essere facile anche in presenza di prime applicazioni di una nuova regola; il caso consolidato, invece, può risultare da una lunga e tormentata diatriba ermeneutica, poi risoltasi in una acquisizione autoritativa (per es. della Sezioni unite) o comunque "riconosciuta" nella prassi e anche in letteratura.

Ovviamente, una volta consolidato, il caso difficile diventa facile e la sua prevedibilità è ora massima. Ma può anche accadere che ritorni complesso, perché *yesterday's easy case may be todays' hard case*[29].

La presenza di controversie, invece, rende il diritto incerto, ma non solo per questo imprevedibile: è del tutto prevedibile che una fattispecie sia ricondotta o alla soluzione a) o a quelle b) e c).

Nel dibattito più recente originato dalla nota giurisprudenza della Corte Edu in materia di divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali impre-

26. Cfr. tra i vari interventi sul tema M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, § 7, pp. 236 ss.; Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., cap. 4; Id., *Scienza penale e potere politico*, cit., pp. 99 ss., pp. 121 ss.

27. "Manuali" che già nel titolo recano l'origine nazionale, propria del resto di tutti i principali manuali, come il "Diritto penale *italiano*" di Filippo Grispigni, o quello di Sergio Vinciguerra, o "Das *deutsche* Strafrecht" di Hans Welzel o il "*Deutsches* Strafrecht" di Rein Maurach, non sono prodotti meramente nazionali: il nucleo *scientifico* di quei manuali era e resta non nazionale. Quello nazionale è la applicazione della scienza a un ordinamento determinato. La scienza infatti aiuta a *produrre* e non solo a *descrivere* lo stesso diritto nazionale. Sulla necessaria funzione di *legittimazione giuridica* del prodotto scientifico (anche di rielaborazione costituzionale e sovranazionale delle leggi interne), compito non meramente descrittivo-avalutativo, v. quanto osservato in Donini, *Massimo Pavarini e la scienza penale*, cit., pp. 4 ss.

28. *Amplius* M. Donini, *Disposizione e norma*, cit., § 6.

29. La citazione di K.S. Abraham è in M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico*, cit., pp. 101.

vedibili e sfavorevoli, si è parlato spesso di "prevedibilità delle decisioni"[30].

Questa espressione, che ha un'indubbia valenza comunicativa, è peraltro impropria e potrebbe indurre a qualche confusione concettuale.

La prevedibilità della decisione su un caso è quanto di più problematico, il più incerto dell'esperienza processuale[31], perché il caso concreto, il caso processuale è frammisto di numerosi problemi sostanziali e processuali appunto, la cui decisione può offrire alle parti e al giudice aspetti risolutivi del tutto imponderabili *ex ante*: divieti probatori, inutilizzabilità di prove o atti, condotte sopravvenute, interpretazioni e leggi sopravvenute nazionali e non, condoni, trasformazione consistente della lettura degli atti attraverso le prove sopraggiunte nel frattempo e nuove qualificazioni dei fatti, la sostituzione di un giudice, il mutato "clima" politico etc. Insomma, la decisione del caso è assai meno prevedibile del diritto astrattamente applicabile al caso. Prevedibile deve essere il diritto (legge + interpretazione), mentre la sua applicazione al caso e l'intreccio di questa applicazione con altri aspetti storico-processuali presenta margini di incertezza assai maggiori[32].

5. Due tipi di giudicanti e di *regulae iuris*

Esistono fondamentalmente *due approcci* all'applicazione giudiziale, e idealmente *due tipi* di *giudicanti*, rispetto ai quali la regola non è più vista solo come norma di condotta (la norma-precetto per il consociato), ma anche e soprattutto di giudizio (la premessa di un possibile sillogismo giudiziale):

a) la regola è uno schema rigido, nel quale sussumere i fatti; è l'approccio di chi tende a "schematizzare" ogni vicenda in modelli normativi precostituiti: non c'è nulla di nuovo, tutto va ricondotto a tranquillizzanti paradigmi, senza mai forzarli. È il fatto, piuttosto, che deve "piegarsi" al diritto; il giudice non compie sforzi particolari, classifica, deduce e lavora così più velocemente; fa sillogismi secondo la perfetta tradizione postilluministica;

b) la regola è un parametro flessibile, che va conformato ai fatti, concependolo come un regolo lesbio, che «si adatta alla forma della pietra e non rimane saldo». Il suo paradigma fu scolpito da Aristotele nell'Etica Nicomachea[33]: «E questa è appunto la natura del conveniente, di correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale. E la causa che del non esser ogni cosa inclusa nella legge è il fatto che intorno ad alcuni particolari è impossibile porre una legge fissa, per cui v'e bisogno della decisione d'assemblea. Infatti di ciò che è indeterminato, anche la forma deve essere indeterminata, come è il regolo di piombo che si usa nell'edilizia di Lesbo: esso infatti si piega alla forma della pietra e non rimane rigido, e altrettanto è del decreto rispetto ai fatti».

Questo secondo giudicante perderà molto più tempo e produrrà risultati meno prevedibili.

Peraltro *entrambi questi punti di vista*, che ipotizzano due diversi modelli generali di applicare la legge, uno particolarmente certo e forse disumano, vicino al paradosso *summum ius, summa iniuria*, l'altro particolarmente incerto e concreto, per il quale il diritto è per l'uomo e non l'uomo per il diritto, *possono coesistere* nella stessa persona.

Essi sono validi nella misura in cui rispondono a due differenti tipi di *regulae iuris*: le *regole di condotta* e le *regole di giudizio*[34].

---

30. Per es. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materiale penale*, in *DPC*, 19 dicembre 2016, www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale; v. pure G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma, Bari, 2017, pp. 144 ss. Per un'utile ricostruzione attualizzata della giurisprudenza europea sul tema v. S. De Blasis, Oggettivo, soggettivo *ed* evolutivo *nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *DPC*, 17 dicembre 2017 www.penalecontemporaneo.it/d/5754-oggettivo-soggettivo-ed-evolutivo-nella-prevedibilita-dellesito-giudiziario-tra-giurisprudenza-sovr, poi in *DPC, Riv. Trim.*, n. 4/2017.

31. Cfr. F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1193 ss.; v. altresì C. Bernasconi, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, pp. 193 ss.

32. Cfr. pur se da differenti punti di vista H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas Libri, Milano, 1974, pp. 168 ss.; K. Popper, *Previsione e profezia nelle scienze sociali*, in Id., *Conjectures and Refutations*, tr. it., *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 571 ss.

33. Aristotele, *Etica Nicomachea*, Libro V, 1137b.

34. Mi riferisco alla distinzione penalistica tra *rules of conduct* e *rules of adjudication*: M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harward L. Rev.*, 1984, pp. 625 ss., pp. 630-632; P. H. Robinson, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, in *University of Chicago LR*, 1990, pp. 279 ss.; G. P. Fletcher, *Basic Concepts of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, tr. it., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 139 ss., pp. 142 ss.; P.H. Robinson, *Structure and*

Il giudice che rifiuta la concretizzazione del diritto e delle stesse regole di condotta sui casi (norme incriminatrici, in primo luogo), non è un buon magistrato, perché non adempie ai doveri di individualizzazione del diritto e di differenziazione della legge.

Tuttavia qualunque giudice deve applicare non solo regole di condotta (dirette ai cittadini, universali), ma anche regole di giudizio, dirette più al giudice: norme che riguardano scusanti, l'imputabilità, la pericolosità, oppure criteri di commisurazione della pena, la valutazione delle circostanze, i giudizi di prognosi etc.

Qui il profilo della prevedibilità del diritto è diverso. Tutti si aspettano che siano la giurisprudenza e la tradizione ermeneutica – e non le assemblee parlamentari per fortuna, né la «democrazia penale» da sondaggio giornalistico oggi in voga – a *definire compiutamente* gli istituti del dolo, della colpa, dell'offensività, della partecipazione al reato, etc. perché nessun legislatore del mondo è riuscito a farlo in modo davvero preciso o esaustivo, o tecnicamente affidabile, fino a oggi.

6. Casi difficili: *nulla interpretatio sine applicatione*

Secondo una opinione diffusa tra gli ermeneutici contemporanei, nessuna regola potrebbe essere interpretata prima, e al di fuori, della sua applicazione ai casi[35]. Per ogni regola varrebbe il principio *nulla interpretatio sine applicatione*. Anche per i cd. casi facili[36].

La lettura astratta della disposizione a tavolino non sarebbe perciò abbastanza istruttiva non appena ci si misura col caso, perché solo da questo incontro prenderebbe davvero corpo la regola, rivitalizzando la sua anima, il "Typus" che essa contiene[37], al raffronto con la prassi.

Questo approccio contiene a mio avviso un eccesso di ideologia ermeneutica della complessità che non trova riscontro nell'attività quotidiana del giudicante. Il giudicante di tipo a) descritto sopra (§ 5 *retro*) non reinterpreta proprio nulla, se non di fronte alle leggi nuove o a casi particolari innovativi di leggi consolidate. Trova un deposito ermeneutico a disposizione e lo impiega in modo semiautomatico. *Semper applicatio sine interpretatione*.

Nei casi difficili o in quelli nuovi, invece, è del tutto corretta l'idea che solo dall'incontro col caso emerge la sua soluzione ermeneutica: c'è un contributo conoscitivo che il caso offre alla comprensione dell'enunciato e il diritto che ne consegue, pur essendo spesso riconducibile al testo *come se* fosse una lettura "dichiarativa" e non costitutiva della norma, non nasce da un'operazione deduttiva o meramente applicativa.

È questo il terreno più insidioso, dove mentre la tradizione riporta ideologicamente tutto alla *voluntas legis*, il destinatario delle leggi sa bene che ha appreso solo dalla giurisprudenza quel contenuto. Ed è dunque *ideologica* la tesi che maschera il diritto con la legge, perché in realtà non sono uno la mera "spiegazione" dell'altra[38].

Function in Criminal Law, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 81 ss., pp. 95 ss. La distinzione tra regole di condotta e regole di giudizio, nella teoria delle norme più in generale, viene fatta risalire a Bentham (richiami in M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules*, cit., 626) e trova nelle norme primarie e secondarie (o "di giudizio") di H. Hart (*The Concept of Law*, 1961, tr. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, 97 ss., 111 ss., 115) un significativo approfondimento.

35. Per es. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 18 ss., cap. II e III e pp. 253 ss., pp. 2 ss.; G. Carlizzi, in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 92 ss.; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 53 ss.; Id., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, tomo I, pp. 131 ss., pp. 162 ss. V. pure G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Esi, Napoli, 2001, pp. 299 ss., pp. 303 ss. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss.).

36. Per es. W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, tr. it. cit., pp. 166 ss.; J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles* (1965), tr. it. *La costituzione del caso giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2009. A. Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, München, 1999, pp. 1 ss., pp. 81 ss. Infatti una parte degli studiosi contesta la stessa sussistenza di casi facili o la praticabilità di una precisa distinzione rispetto agli *hard cases*. Resta il fatto che se si colloca la comprensione della regola al momento in cui si studiano i casi, che succedono *dopo* l'emanazione della regola, si riduce fortemente la prevedibilità del diritto al momento del fatto commesso *prima*. Questa elaborazione (del resto sorta in epoca lontana dalla attuale sensibilità) pare troppo attenta alla libertà ermeneutica del giudice e poco rispettosa dei diritti del destinatario delle norme. Per una problematizzazione, cfr. G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit.

37. Sul Typus cfr. la lett. cit. *retro*, nota 4. Il Typus *non è il fatto tipico tassativo della fattispecie legale*, ma un'essenza normativa ad essa sottostante, che sta tra la realtà e il normativo: è un "universale in re", non un "concetto", solo spiegabile, ma non definibile, una sorta di via mediana (*"Mittelhöhe", "altezza media") tra il generale e il particolare (*A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1997, 127). Mentre il concetto è "chiuso", il tipo è "aperto" (*ibidem*). Il concetto ammette sussunzione e segue una logica binaria, si/no (*Trennungsdenken*); il tipo, invece, è sempre un più o meno, sotto il segno di una logica *fuzzy* (*Op. loc. ult. cit.*). Ce n'è quanto basta per suggerire aperture a soluzioni – per definizione – non predeterminabili concettualmente.

38. Ciò vale a maggior ragione per tutte le "precomprensioni" di sistema (e non solo del singolo giudicante!) che ogni norma, calata nell'ordinamento, deve tenere presenti per essere applicata. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat*.

7. La versione penale del bisogno di "colmare le lacune" della punibilità e il suo conflitto con i principi di frammentarietà e sussidiarietà, oltre che di legalità

Un mito di *civil law* è l'ideale della riconducibilità di tutti i casi al diritto astratto precostituito, espressione del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico.

Censurato da quasi tutti i teorici dell'interpretazione e dell'ordinamento giuridico del Novecento, questo mito della completezza è oggi svanito, ma lascia dietro di sé abitudini e resistenze. Dal giudice ci si attende una risposta positiva, escluso il *non liquet*. In diritto penale questo modo di procedere invita a letture che non lascino vuoti di tutela. Eppure si tratta esattamente di un modo di procedere contrario all'essenza del diritto penale come complesso di norme di garanzia e che lo vorrebbe convertire solo in norme di tutela (o mezzi di lotta!). Il giudice penale che colma lacune sta dalla parte non del diritto, ma o di un soggetto privato: la presunta vittima, di cui allarga le pretese riconosciute; o dalla parte delle esigenze di riforma che il Parlamento ha omesso di attuare.

Il diritto, invece, gli vieta di colmare lacune ed esattamente per questo esistono migliaia di singole fattispecie, anziché una clausola generale del tipo: «chiunque cagiona ad altri un danno ingiusto... è punito»[39]. Banalità triviale, ma occorre ricordarla, *oggi*.

Questo carattere frammentario[40] del diritto penale, che impone il divieto di analogia *in malam partem* quale *postulato costituzionale identitario* di tutta la disciplina, è conforme anche al criterio dell'*ultima ratio* del diritto penale – mentre fa del diritto penale una *prima ratio* chi pensa di colmare le lacune penalizzando a tappeto in qualche settore – e non è superabile attraverso l'*escamotage* ermeneutico del divieto di retroattività: una interpretazione estensivo-analogica non diventa lecita se applicabile solo alle fattispecie future. È illecita in sé senza sanatorie, per violazione dell'articolo 25 cpv. Cost. e delle corrispondenti regole europee convenzionali.

8. La differenza tra "norma", "sottofattispecie" e "caso-norma". Caso-norma, esempio applicativo e *precedent*

Se un enunciato normativo, una disposizione, può avere diverse interpretazioni di varie sue componenti, le interpretazioni danno luogo a diverse "norme", nel senso che la combinazione delle varie letture di quelle componenti può condurre a intendere quella figura – per es. la bancarotta fraudolenta prefallimentare, la concussione o il concorso esterno nei reati associativi – in modo diverso già in chiave *generale e astratta*.

Queste diverse possibili figure generali interpretate sono diverse norme – non solo diverse interpretazioni! – e quella prevalente o adottata diventa la *norma vigente*[41].

Non è questione nominalistica. È per garantismo che le qualifichiamo norme, perché sia chiaro che possono innovare e vanno trattate come le nuove leggi anche se legittime. Chi le sottodimensiona a interpretazioni non garantisce la subordinazione del giudice alla legge – come magari pensa di ottenere – ma al contrario la subordinazione del cittadino a innovazioni giurisprudenziali retroattive.

All'interno di una norma, peraltro, coesistono diverse "*sottofattispecie*", vale a dire nozioni generali e astratte di singole parti normative, o tipologie di condotte, che in ipotesi potrebbero esser diversamente interpretate, oppure eliminate – si pensi al concetto di *induzione*, che faceva parte della *concussione* nella sua originaria previsione, fino alla modifica del 2012 (l. 6 novembre 2012, n. 190) – e che o vivono di vita propria, perché configurano ipotesi speciali (per es. la truffa aggravata o l'estorsione aggravata, nelle loro varie figure, sono tutte "sottofattispecie" del reato di truffa e di estorsione), o che non hanno vita propria, ma costituiscono pur sempre modalità alternative di condotta (v. ancora ad es. la vecchia concussione per induzione, distinta da quella per costrizione, mentre oggi l'induzione indebita integra una autonoma figura di reato *ex* articolo. 319-*quater* cp: una "fattispecie" e non più una "sottofattispecie").

---

39. Come chiarito in altre occasioni, qui non si censura il diverso stile ermeneutico del civilista. O dello storico del diritto privato. Non possiamo pensare di imporre ai privatisti le regole dell'ermeneutica penale, ma neppure accettiamo che civilisti e costituzionalisti, qualora prendano a modello soltanto i propri settori di disciplina, abbiano la pretesa di teorizzare sull'ermeneutica "in sé" o su quella penale in particolare. Per tali ragioni, si può contestare che abbiano valore "teorico-filosofico" *generale*, gli studi di ermeneutica che non tengono presenti gli aspetti specifici di discipline come il diritto penale, il quale pone anzi argomenti e problemi estremamente istruttivi per la teoria dell'interpretazione giuridica, tali da costituire un vero "banco di prova" per la generalità di elaborazioni gemmate altrove.

40. Una delle sue più belle rappresentazioni si trova in T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, pp. 51 ss., ora anche in Id., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Esi, Napoli, 2018, pp. 145 ss.

41. La norma (penale), infatti, non contiene solo le poche parole del precetto legale, ma è composta dalla regola di condotta, da regole di parte generale e da criteri di imputazione, più la sua concretizzazione nei casi.

Fattispecie e sottofattispecie rispondono a norme proprie, anche se sono riassumibili in una unica norma generale.

Diversa è la figura del "caso-norma", che costituisce un'ipotesi del tutto subordinata, applicativa, di una fattispecie o sottofattispecie[42].

In un commentario sono per es. raccolti tantissimi "casi", o tipologie di casi, riconducibili alla norma generale. Per es. statuendosi che un certo tipo di contributo è riconducibile alla figura del concorso esterno, mentre un altro contributo rientra nella partecipazione interna al reato associativo.

Il *caso-norma* però non è *mai* un caso individuale e *irripetibile, ma al suo sorgere* è innovativo: è norma in quanto esprime la riconducibilità o la sussumibilità di quella condotta nel perimetro della disposizione interpretata, secondo *criteri di ripetibilità*. E tuttavia innova rispetto al diritto consolidato prima rispetto a un caso "di questo tipo". Nel suo statuto conoscitivo c'è già un *medium* giuridico costituito dal diritto scritto, più che da un caso precedente.

Mutatis mutandis, qualcosa ricorda lo statuto gnoseologico del "precedent" in *common law*: il precedente quando "nasce" e diventa regola per il futuro è un fatto-norma ripetibile[43], ma solo se è innovativo (non meramente confermativo di precedenti decisioni analoghe) acquista davvero lo statuto "normativo" di precedente[44], una volta che sia riconosciuto come tale non solo da chi lo ha giudicato ma, evidentemente, dalla... successiva giurisprudenza che, *case by case*, opera giudizi *analogici* particolareggiati *tra i casi*[45].

Il caso-norma, in *civil law*, non è peraltro un "sorta" di *precedent*[46]: è come qualsiasi decisione giudiziale che applica una *legge statutaria* in diritto inglese o americano[47]. Deve rispettare il paradigma legislativo, lo deve attuare e risultare ad esso riconducibile. Non è per questo aspetto un vero *precedent*[48].

Il problema del caso-norma, dunque, se si trattasse semplicemente di dire che una certa tipologia di fatti rientra perfettamente nella categoria di una definizione o parola della legge, non sussisterebbe: sarebbero solo esempi della regola.

Come dire: anche i neonati rientrano nel concetto di "uomo" ai fini del reato di omicidio; anche gli insegnanti di una scuola privata rientrano nel concetto di Pubblico ufficiale quando esercitano determinati poteri; anche le ecchimosi rientrano nel concetto di "malattia" del reato di lesioni personali; anche le persone giuridiche sono soggetto passivo di diffamazione; anche le auto parcheggiate in un cortile privato

---

42. Intendo il concetto di caso-norma in modo differente da quello ampiamente elaborato mediante il lessico della "Fallnorm" (norma-caso) nel suo monumentale studio di giurisprudenza comparata da W. Fikentscher, in particolare nel quarto volume del suo *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, Mohr, Tübingen, 1977, pp. 202 ss., pp. 289 ss., pp. 336 ss. *e passim*. Secondo Fikentscher, che segue peraltro un modello sillogistico di ricostruzione dell'operato del giudice, la "proposizione giuridica" (Rechtssatz) in senso tecnico, da utilizzare come premessa maggiore del sillogismo, non è la disposizione legale, ma la norma che il giudice, partendo dalla disposizione, ricostruisce per adattarla al singolo caso. Ci sarebbe sempre, dunque, una "norma-caso", una *Fallnorm*. Tuttavia, secondo Fikentscher, occorre distinguere tra le "norme-caso" che restano nel recinto della lettera della legge e quelle che lo oltrepassano. Mentre le prime soggiacciono al vincolo della legge, le altre sarebbero/dovrebbero essere sottoposte al vincolo del precedente (*ivi*, pp. 343 ss.). Va anche detto che, come spesso accade, il discorso dell'A., pur se presentato come di valore ermeneutico generale, non è modellato su materiali penalistici, ma extrapenali.

43. Cfr. L. Alexander, *Constrained by Precedent*, in *Univ. of Southern California Law Review*, 63, 1989, pp. 1 ss., poi in Id., *Legal Rules and Legal Reasoning*, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 2005, pp. 103 ss., pp. 119 ss., pp. 129 ss., nonché M.A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1988, pp. 51 ss., pp. 62 ss.; F. Schauer, *Playing by the Rules*, tr. it. cit., pp. 47 ss., pp. 59 ss.; Id., *Do Cases Make Bad Law?*, in *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, pp. 85 ss. Di recente v. pure sempre F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (tr. it. di *Thinking like a Lawyer*, 2009), Carocci, Roma, 2016, pp. 77 ss. Riprendendo un'osservazione svolta anche in altro scritto, va detto che i "casi" hanno un valore giuridico in quanto non sono mere *quaestiones facti (*o casi individuali). Gli aspetti assolutamente irripetibili di un caso non possono rappresentare questioni di diritto. Diventeranno simili a un *precedent* solo potendo generalizzare alcuni aspetti in modo che, benché molto individualizzati, essi appaiano *ripetibili,* e dunque rilevino in qualche modo come 'legge', 'norma'.

44. Nel senso che le "rules" create dalle leggi (*statutes*) non sono identiche alle disposizioni legali, dovendo essere costruite dall'interprete, e che la vera differenza tra di esse e le regole dei "precedents" dipende dal fatto che i precedenti sono "context-dependent", mentre le leggi sono "context-independent", G. Lamond, *Do precedents create rules?,* in *Legal Theory*, 2005, p. 18.

45. G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning* (2006), in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/; E. Sherwin. *Judges as Rulemakers,* in *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, 919 ss., e la lett. ivi cit. a nota 36.

46. Per un interessante raffronto con il ruolo del caso concreto nella prassi del diritto romano, diverso dal *precedent* di *common law*, cfr. L. Vacca, *pp.* 227 ss.

47. Il potere di creare precedenti non autorizza le corti a "fare le leggi", ma solo a decidere casi: "it is only when courts *overrule* decisions that they exercise normative power" (G. Lamond, *Do precedents create rules?*, cit., p. 26).

48. Sul rapporto tra precedente e interpretazione delle leggi scritte (statutes) nel senso che non fa davvero differenza se una innovazione giurisprudenziale retroattiva riguardi il diritto consuetudinario o le leggi scritte, già B.N. Cardozo, *La natura dell'attività giudiziale*, orig. *The Nature of Judicial Process*, Yale Univ. Press, 1921, 1928, lecture IV, in Id., *Il giudice e il diritto*, La Nuova Italia, Firenze, 1961, pp.70 ss.

sono cose «esposte alla pubblica fede» etc.

Questi *non sono casi-norma, sono* solo *esempi applicativi* di regole generali contenute negli articoli 575, 357, 582, 594, 635 cp. Problemi di sussunzione di tipologie di condotte o di eventi nella figura legale reinterpretata.

Invece sono *casi-norma*, al loro sorgere, la riconducibilità dei rapporti sessuali nel concetto di utilità del delitto di concussione[49]; o la giurisprudenza sulla rilevanza come corruzione della messa a disposizione del pubblico ufficiale per compiere atti amministrativi futuri non ancora determinati o non determinabili (anticipazione della corruzione per la funzione); o la reintroduzione del peculato per distrazione, abolito dal legislatore nel 1990, mediante la riconducibilità di casi di distrazione al peculato per appropriazione (anziché eventualmente al peculato d'uso o ad altri illeciti)[50]; la riconducibilità del falso qualitativo al nuovo reato di falso in comunicazioni sociali dopo la riforma del 2015 (l. 7 maggio 2015, n. 69)[51]; oppure l'estensione dell'articolo. 353 cp (turbata libertà degli incanti) ai casi di trattativa privata preceduta da gara informale (probabile analogia: nuova tipologia di atti, più che casistica); o la costruzione ermeneutica della fattispecie "aperta" del disastro ambientale innominato, prima della riforma di cui alla l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha introdotto l'articolo. 452-*quater* cp[52].

E via discorrendo.

La loro *differenza rispetto agli esempi applicativi* non è scontata: essa dipende dalla percezione o meno

---

49. Il *caso Lonardo* ha rappresentato un momento significativo nel percorso di consacrazione della concussione come costrizione a un "facere" e non solo a un "dare", dopo che già si era chiarito dalle SS.UU. che anche i rapporti sessuali con persone che non esercitano la prostituzione sono da intendersi una "utilità" promessa o data agli effetti della concussione. Cfr. Sez. VI, 19.6.2008, n. 33843, Lonardo, Pres. Lattanzi, est. Fidelbo: la decisione in fase cautelare riguardava l'accusa (poi non confermata nel processo) ad Alessandrina Lonardo, di avere, nella sua qualità di presidente del Consiglio regionale della Campania, in concorso con il marito Clemente Mastella (segretario nazionale dell'Udeur), e con altri, tutti appartenenti allo stesso partito politico, *tentato di costringere* Luigi Annunziata, direttore generale dell'Azienda Ospedaliera San Sebastiano di Caserta, nominato in tale incarico su indicazione dell' Udeur, *a sottostare alle indicazioni fornite dai politici del proprio partito nelle scelte da compiere durante la sua attività direttiva*. Precisa la sentenza in motivazione al § 10.3: «[omissis] La giurisprudenza di questa Corte ritiene che in tema di concussione l'espressione "altra utilità" di cui all'articolo. 317 cp ricomprende qualsiasi bene che costituisca per il pubblico ufficiale (o per un terzo) un vantaggio, non necessariamente economico, ma comunque giuridicamente apprezzabile; tale utilità quindi può consistere in un "dare", in un "facere", in un vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale, purché sia ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal comune convincimento (Sez. VI, 9 gennaio 1997 n. 1894, Raimondo; Sez. VI, 11 novembre 1998, n. 3513, Plotino). Nell'ampiezza dell'accezione viene ricompreso anche il vantaggio di natura politica ed infatti si è ritenuta la concussione in un caso in cui l'agente aveva ottenuto di liberarsi di un proprio avversario politico, provocandone le dimissioni con la minaccia di farlo licenziare utilizzando la capacità d'induzione, connessa con la funzione pubblica esercitata (Sez. VI, 1 febbraio 2006, n. 21991, P.G. in proc. Plotino)».

50. Con la sentenza n. 13038/2016, depositata il 31 marzo 2016, la Sesta sezione Corte suprema (udienza 10 marzo 2016 - Pres. Carcano) ha affermato che anche l'uso della macchina di servizio, quando non sia momentaneo e la stessa non sia immediatamente restituita, configura il reato di peculato *ex* articolo. 314 comma 1 cp e non quello più lieve di peculato d'uso di cui al secondo comma del medesimo articolo. La Corte, nella citata sentenza, infatti, afferma il principio di diritto secondo cui: «*ai fini del delitto di peculato ai sensi dell'articolo 314, comma 1 cp – in relazione ai beni di specie appartenenti alla Pubblica amministrazione – non è necessaria la perdita definitiva del bene da parte dell'ente pubblico, essendo sufficiente l'esercizio da parte dell'agente sul medesimo bene dei poteri "uti dominus", tale da sottrarre il bene stesso alla disponibilità dell'ente [...]. Diversa è l'ipotesi prevista dall'articolo 314, comma 2 cp la quale è caratterizzata – sotto il profilo oggettivo – dall'endiadi dell'uso momentaneo e dalla immediata restituzione del bene e – sotto quello soggettivo – dal correlativo contenuto intenzionale.*». La pronuncia della Cassazione riguardava il caso di un dirigente scolastico il quale si appropriava della autovettura di servizio per il suo utilizzo quotidiano, continuativo e sistematico in un arco temporale di circa quattro mesi per ragioni estranee al suo ufficio. Orbene, come la stessa Corte ha avuto modo di argomentare, ciò che differenzia il reato di peculato da quello di peculato d'uso è che nel primo, verificandosi la definitiva impropriazione del bene, il pubblico funzionario finisce per abusare del possesso, impedendo alla Pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini (questo è il caso dell'uso continuato e sistematico dell'auto di servizio per finalità pressoché esclusivamente private). E ciò può verificarsi non solo mediante le tipiche forme di appropriazione (quali l'alienazione, la consumazione e la ritenzione), ma *anche mediante la distrazione del bene* non accompagnata dalla intenzione di restituire la cosa immediatamente dopo l'uso momentaneo della stessa. Il peculato d'uso, diversamente, è connotato da una condotta intrinsecamente diversa da quella di cui al primo comma, in quanto l'uso momentaneo, seguito dall'immediata restituzione della cosa, non integra un'autentica appropriazione, realizzandosi quest'ultima solo con la definitiva soppressione della destinazione originaria della cosa. Da ciò ne segue l'integrazione del peculato ordinario quando la cosa venga usata non momentaneamente – e quindi, definitivamente – o anche momentaneamente ma senza restituirla dopo l'uso.

51. L'articolo 2621 cp, come noto, è stato prima sostituito dall'articolo 1, d.lgs 11.04.2002, n. 61, poi dall'articolo 30, comma 1, l. 28.12.2005, n. 262, con decorrenza 12.01.2006, e, da ultimo, dall'articolo 9, l. 27.05.2015, n. 69, con decorrenza dal 14.06.2015. Mentre la riforma del 2002 prevedeva tra le condotte alternative degli amministratori e altri soggetti il fatto di coloro che «espongono fatti materiali non rispondenti al vero *ancorché oggetto di valutazioni*», la novella del 2015 ha estromesso dal testo il richiamo alle valutazioni, prevedendo testualmente: «espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge». Come noto le SS.UU. 31 marzo 2016, n. 22474, Pres. Canzio, rel. Fumu, hanno reintrodotto d'imperio il richiamo alle valutazioni, secondo una interpretazione creativa che ridà ragionevolezza alla disposizione. Eppure in questo modo *l'hanno riscritta*. V. sulla decisione F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali, tra legalità e* ars interpretandi, in *DPC, Riv. trim*., n. 4/2016, pp. 174 ss., www.penalecontemporaneo.it/d/4892-le-sezioni-unite-e-le-false-comunicazioni-sociali-tra-legalita-e-ars-interpretandi.

52. Ampiamente, sulla problematicità di questa vicenda ermeneutica, M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 24 ss. (§ 10).

di uno *strappo innovativo* rispetto al passato. E il loro successivo "riconoscimento", dipende dall'onestà intellettuale di ammettere quello strappo e il coinvolgimento della sfera delle aspettative e dei diritti di terzi rispetto all'imprevedibilità del mutamento.

I casi-norma sono spesso esempi applicativi *in fieri*. Ma gli esempi applicativi sono assai più numerosi dei casi-norma nella maggior parte delle ipotesi: che anche la motocicletta e poi il cellulare, il personal computer, o un drone siano *cosa mobile* non ha costituito mai oggetto di difficile inquadramento come lo è stata l'energia elettrica dall'Ottocento in avanti; erano nuovi, storicamente, alcuni prodotti della tecnica, ma non ponevano in tensione l'ermeneutica del lessico legale.

Alcuni dei casi-norma sono (o sono stati) *in odore di analogia vietata*. In altre ipotesi siamo sicuramente ancora dentro alla medesima disposizione di prima.

Certo, se mai ammissibili sul piano ermeneutico, si tratta di evoluzioni peggiorative, *in malam partem*, che pongono oggi problemi evidenti di irretroattività, o che li porrebbero se si verificassero oggi.

9. "Caso processuale" e "caso-norma"

I "casi processuali" – per es. il «caso Marta Russo», il «caso Englaro», il «caso Eternit», etc. – sono ben diversi dal concetto di "caso-norma".

Il caso storico sottoposto a giudizio può essere molto individualizzato e presentare tanti profili intrecciati, oggettivi, soggettivi, processuali e sostanziali, da essere deciso in modo differente da altro caso apparentemente simile o che pone analoghe questioni in diritto. Nessuno, neppure il giudicante prima della camera di consiglio, sa veramente (o sa sempre) *ex ante* come verrà deciso, alla luce di *tutte le possibili variabili* in gioco.

Il "caso-norma", invece, è una astrazione: quella che conduce a una sorta di "*massima individualizzata*", che sarebbe la miglior sintesi fra la categoria del "precedente" di *common law* e quello tradizionale della "massima" di *civil law*[53].

Quando la Corte suprema di cassazione cerca di costruire le "massime" modellandole su un caso molto individualizzato (spesso non lo fa), effettua una operazione ermeneutica di differenziazione del diritto e, se innova rispetto al passato nella soluzione (non nella semplice argomentazione), prospetta anche nuovi casi-norma.

10. L'applicazione del diritto al fatto come *quaestio iuris*, che può produrre norme, anche irretroattive

Il problema della applicazione del diritto al fatto è una *quaestio iuris*, deducibile in Cassazione come vizio di applicazione della legge[54]. Esso non riguarda dunque una definizione generalizzante di una parola o di una nozione legislativa applicata, ma un procedimento di concretizzazione e di sussunzione nello stesso tempo il quale, *se* – si noti bene: *se ed in quanto* – conduce a una *innovazione giuridica*, produce una sottofattispecie, una norma più individualizzata.

Esempio. La decisione che per la prima volta (o fino a un qualche consolidamento) estende il concetto di "cosa proveniente da delitto" alla ricezione di dati immateriali, qualora tali dati siano contenuti in un documento o in un supporto per es. informatico (si pensi a segreti che risultano acquisiti mediante accesso abusivo a un sistema informatico: articolo 615-*ter* cp), così mescolando il vettore fisico dei dati con l'immaterialità delle cose di valore sottratte e trasmesse, produce una innovazione giuridica rispetto alla casistica della ricettazione (articolo 648 cp), ma anche rispetto al concetto di "cosa" proveniente da delitto. È un caso-norma, ovviamente riproponibile e generalizzabile come tipologia di condotta e di decisione in diritto, ma che sia anche "norma" legittima (o interpretazione corretta) resta qui impregiudicato.

Il problema del caso-norma, se estensivo e appunto innovativo, è se le prime applicazioni – magari non ancora consolidate – possano *valere retroattivamente* perché ritenute in realtà "dichiarative" del contenuto della legge, e quindi non veramente retroattive.

Anche se *vigilantibus iura succurrunt*, qualunque legale o consulente avrebbe potuto dire, *ex ante*: non c'è giurisprudenza in tal senso, allo stato è qualificazione non prevedibile e non sostenuta dalla "tradizione ermeneutica". Soprattutto se si tratta di *nuova qualificazione che contraddice precedenti contrarie consolidate*, trattandosi di un vero "mutamento", ad essa deve applicarsi il divieto di retroattività, perché per il cittadino, per la sua conoscibilità del diritto e dei confini delle condotte punibili, equivale a una legge nuova. Il discorso può sembrare diverso in caso di *nuova* qualificazione (imprevedibile) che non sia percepita come un "mutamento" *in contrasto* col pas-

53. Sul rapporto tra precedente e massima, per tutti, M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, pp. 11 ss., e *passim*; Id., *Precedents in Italy*, in *Precedent and the Law*, ed. by E. Hondius, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 177 ss., pp. 181 ss.; R. S. Summers - M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. MacCormick - R.S. Summers (Ed.), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, Domouth, Aldershot, 1997, p. 489.

54. Cfr. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 117 ss.

sato, ma come una mera novità. Sul piano delle garanzie, peraltro, la differenza non appare decisiva[55].

11. La riscrittura (legislativa, dottrinale o implicita) della "disposizione" alla luce della "norma" che emerge dalla casistica giurisprudenziale

Dai singoli casi iniziali, che si depositano nei commentari e nelle raccolte di massime, la loro generalizzazione può produrre una categoria normativa in realtà ricompresa nella regola, anche se in modo implicito. Nessuna vera innovazione, solo un aggiornamento della legge.

Emerge però a questo punto un fenomeno sconvolgente, ma solo per la "dogmatica" delle fonti tradizionali[56].

Può infatti accadere che la presenza di veri casi-norma o la rielaborazione del materiale depositato nella casistica, inducano a rileggere e riscrivere, prima mentalmente e poi anche in modo più esplicito, dottrinale o legislativo, la stessa disposizione di legge.

Qui occorre fare molta attenzione.

Questa *riscrittura* può in realtà essere solo il normalissimo prodotto dell'attività costruttiva, ma non creativa, dell'ermeneutica. Succede continuamene che muti l'interpretazione in astratto di una regola, a prescindere dalla specificità di un caso, ma solo "in occasione" di un caso giudicato.

Nell'applicare una norma il giudice «conosce» veramente il diritto mentre in qualche misura lo «produce»: ma non si tratta di una violazione della divisione dei poteri, in quanto è nel segno della sua attuazione che il legislatore non possa prevedere tutte le interpretazioni, e neppure tutti i casi ai quali la regola dovrà applicarsi, come già ebbero a scrivere in modo davvero lungimirante e insuperato prima Platone e poi Aristotele. Chi scrive una legge ha in mente solo alcuni casi paradigmatici, ma gliene sfuggono tantissimi altri.

Solo il giudice può concretizzare la regola in sotto-regole la cui individuazione gli è stata delegata dal Parlamento, ma non tanto per un atto di abdicazione – come oggi purtroppo accade – quanto per una fisiologica ripartizione dei compiti.

C'è dunque un *diritto giurisprudenziale* del tutto *fisiologico*[57], che costituisce anzi la vera passione ermeneutica del giudice, il bello di fare Camera di consiglio, e poi ripensare il deciso nel corso della motivazione, e applicare la *regula iuris* a una tipologia di casi, senza tradire la propria *mission* e le aspettative delle parti

55. Non ho mai sostenuto che le nuove interpretazioni peggiorative *legittime* non possano essere retroattive (come invece mi fa dire G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, pp. 1406 ss., spec. p. 1435 in nota: il testo ivi citato e a me attribuito è di Vittorio Manes, che rielabora con proprie parole una mia posizione un po' diversa): se sono prevedibili e non innovano sono mera scelta fra letture già discusse e magari di minoranza. Restano innovazioni prevedibili. Se sono mere esemplificazioni della disposizione, anche se presentano una novità storica, restano una sua applicazione dichiarativa, e così tutte le concretizzazioni puramente conoscitive, anche se costruite su qualche "invenzione" giuridica (cfr. il nostro *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., § 5-6). Spesso poi le "nuove interpretazioni" altro non sono che vecchie letture peggiorative ripescate dal passato e diversamente argomentate. Però la magistratura, se ripesca letture di minoranza desuete, deve prendere sul serio il fatto che sta mutando indirizzo in settori che spesso non sono comunque *crimina iuris gentium* cui pensare di estendere la deroga retroattiva del comma 2 dell'articolo 7 Cedu. Quando l'innovazione è imprevedibile certo deve valere l'irretroattività anche se la pronuncia non è l'enucleazione di un nuovo caso-norma. Il problema si pone invece in caso di innovazioni prevedibili in questioni di mera interpretazione del testo legale. Per es. c'è un *overruling*, ma si sceglie una tesi da sempre di minoranza, come le vecchie Sezioni Unite Kremi del 1998 sulla punibilità anche in caso di inefficacia drogante della dose ceduta. Soluzione possibile nel *menu* delle giurisprudenze già edite. Qui la prevedibilità relativa, insieme all'innovazione, hanno fatto da sempre valere la retroattività, ma per il destinatario "informato" è una decisione giuridica a sorpresa *in malam partem*. Il concetto di "mutamento giurisprudenziale", in effetti, attende ancora un approfondimento.

56. Come si è evidenziato anche in altra occasione, vari teorici del diritto *quando trattano di interpretazione,* distinguono fra *disposizione* e *norma* (ciò che suppone concettualmente che il diritto non discenda analiticamente dall'enunciato, ma conosca scelte ulteriori nell'applicazione), mentre *quando trattano di fonti*, escludono che l'autore della "norma" (desunta dalla disposizione) sia 'fonte' del diritto: a prescindere che il suo prodotto sia contenuto in pronunce vincolanti o meno. Esemplare in tal senso R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 15 ss., pp. 136 ss., pp. 497 ss.; Id., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 35 ss., pp. 398 ss.; Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, pp. 51 ss., pp. 77 ss.

57. Cfr. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 13 ss. *Ex plurimis,* sul tema, oltre alla letteratura classica e più recente *ivi* cit. a nota 11, evidenziando anche gli aspetti del tutto fisiologici del fenomeno, G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 239 ss.; Id., *Prima lezione*, cit., pp. 135 ss.; O. Di Giovine, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo),* in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali,* a cura di C.E. Paliero e a., Esi, Napoli, 2016, pp. 145 ss., pp. 177 ss., pp. 185 ss.; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, pp. 29 ss.; F. Palazzo, *La legalità fra* law in the books *e* law in action, in *DPC, Riv. trim.,* n. 3/2016, pp. 4 ss., www.penalecontemporaneo.it/d/4400-legalita-fra-law-in-the-books-e-law-in-action; A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale,* in *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 33 ss.; Id., *Presentazione,* in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, Roma, 2017, pp. 19 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale,* in *Diritto pubblico*, 2017, pp. 21 ss.; G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., pp. 1428 ss.

processuali, anche se qualcuno, come sempre, formalmente vincerà e l'altro formalmente perderà[58].

E poi c'è un *diritto giurisprudenziale* che *vìola la divisione dei poteri*, che introduce nuove fattispecie[59]. Il problema della sua illiceità deve dunque essere valutato in termini di censura ermeneutica e riforma processuale delle sentenze; oppure, in ogni caso problematico, controvertibile o dubbio, nel divieto di applicazione retroattiva.

Entrambi possono produrre la implicita, o suggerire una esplicita riscrittura della disposizione: un legislatore attento, redigendo un testo "aggiornato", dovrebbe tenere presente, in nome della precisione del suo *drafting*, che il termine "delitto", nella parte generale (per es. negli articoli 47 e 56 cp) ha accezioni diverse e andrebbe in qualche caso riscritto, ma anche che il costringere a "dare", nella concussione (articolo 317 cp), può essere anche un costringere a "fare" alcunché (la "norma" attuale già riscrive la "disposizione"!)[60]; che almeno il "danno", se non anche la "utilità" o il "profitto", andrebbe inteso in senso economico-patrimoniale in certe fattispecie: se la truffa in assunzione fosse davvero anche un reato che pregiudica soltanto la libertà di scelta del contraente, ma non la buona esecuzione del lavoro, è chiaro che l'articolo. 640 cp già oggi sarebbe da intendersi come riscritto o ricollocato dall'interprete come reato che non offende il patrimonio in certe sue "sottofattispecie". E via discorrendo con moltissimi esempi possibili che meriterebbero la redazione di un intero inventario.

12. L'analogia come interpretazione. Un *test* per individuare l'interpretazione analogica vietata

Chi legge i manuali penalistici ma anche l'auto-narrazione ermeneutica che emerge dalle sentenze penali può ricavarne l'impressione che il divieto di analogia sia un'anticaglia del passato, perché l'analogia vietata semplicemente non esiste!

Questa impressione è connessa alla rappresentazione tradizionale dell'analogia come un procedimento di integrazione normativa del tutto speciale, "procedimentalizzato" in sequenze che nessun giudice si sogna di esplicitare, soprattutto in un sistema che la vieti e dove renderla esplicita lo esporrebbe a un procedimento disciplinare, se non addirittura penale come nei Paesi dove esistono incriminazioni quali la *Rechtsbeugung* tedesca (§ 339 StGB) o la *prevaricación* (o prevaricato) dei codici penali di area spagnola e latino-americana.

Dato che un vero ed esplicito ragionamento analogico *in malam partem* è vietato, nessuno lo pubblicizza, ed esistono semmai solo analogie indirette, dissimulate da altre interpretazioni sistematiche, estensive, evolutive, *a fortiori*, *a maiori ad minus*, *ad absurdum* etc.

Insomma: ci sono solo *criptoanalogie* mediante interpretazione[61].

Questo significa che il problema dell'analogia, oggi, è di individuare le interpretazioni estensive vietate: ma non vietate perché sbagliate – se una interpretazione è sbagliata, dovrebbe essere rifiutata a prescindere – quanto vietate perché analogiche. Analogie spesso ben fondate politicamente, connesse a vere "lacune di tutela" avvertite come profondamente ingiuste.

Tuttavia, esistono anche varie interpretazioni creative ed estensive che non sono analogiche, ma producono egualmente norme in modo inaccettabile. Ed esistono moltissime analogie nella parte generale, da sempre ammesse[62].

L'analogia, tecnicamente, suppone sempre una lacuna non vista dal legislatore e che sarebbe stata

---

58. Formalmente: perché non è vero che chi perde formalmente perda sul piano sostanziale. Dipende dalle aspettative. Se ci si attendeva quanto si è realizzato tutto rimane nelle previsioni e nelle aspettative. E spesso ci si attende troppo per ragioni tattiche, di bandiera, di ruolo, o per dare speranze a un assistito, o per aver creduto eccessivamente in una causa.

59. Soprattutto incentrato su questa dimensione lo scritto di D. Micheletti, Jus contra lex. *Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, pp. 161 ss. V. pure F. Giunta, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, 2015, pp. 383 ss.; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012, pp. 285 ss.

60. L'ipotesi della concussione mediante costrizione a compiere o subire atti sessuali ci è parso un esempio paradigmatico. V. per l'illustrazione il nostro *Disposizione e norma*, cit., 82-85, esemplificato sul *caso Lonardo* (cit. anche qui *retro* a nota 49).

61. Quanto sia peraltro radicata nella giurisprudenza contemporanea la convinzione "di principio" (al di là delle sue elusioni concrete in altri casi) del divieto di analogia penale, emerge anche da una sommaria rassegna della Suprema Corte. Ne ho menzionato vari esempi in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 22, nota 29.

62. L'ammissibilità dell'analogia come mero ragionamento giuridico *fa parte della tradizione culturale dello stesso tecnicismo giuridico*, che a molti è parso rappresentare, nella seconda metà del Novecento, l'espressione pura del conservatorismo culturale, la tradizione classica della separazione tra diritto e politica, scienza e filosofia, diritto e altri saperi: se anche si volesse rileggere la *famosa prolusione di Arturo Rocco* del 1910, troveremmo in essa in modo molto chiaro una visione e legittimazione ampia e moderna della attività produttiva del diritto interpretato, attraverso il riconoscimento dell'opera costruttiva dell'interpretazione, di quella estensiva anche sfavorevole e della stessa analogia (*iuris* e *legis in bonam partem*), nella dogmatica e nella sistematica del diritto, e altresì il riconoscimento della forza formante, se non anche del primato, del diritto extrapenale rispetto al diritto penale. Cfr. il manifesto del tecnicismo giuridico di Arturo

dal medesimo colmata se avesse avuto la possibilità di farlo scrivendo la disposizione.

L'analogia in funzione del riempimento di lacune, in ultima analisi, è un tipo di argomentazione "integratrice" fondata sulla similitudine dell'*eadem ratio* applicata a un caso-norma non regolato, tanto da celarsi sotto argomenti diversi, e presenta quei tratti specifici di aggiornamento imposto da una *ratio* di sistema, ma non rivoluzionari quanto alla *struttura analogica del pensiero giuridico in genere*[63] che si esplica in tantissimi ragionamenti, sia di parte generale e sia dottrinali.

Interpretazione vietata, però, non semplicemente sbagliata, se in funzione incriminatrice.

Un'interpretazione erronea – per es. l'idea che due docenti che si accordino per far vincere un concorso scolastico a un candidato, al di là del merito, nel procedimento della cui Commissione faranno parte, integrino per ciò solo il delitto di turbativa d'asta (articolo. 353 cp) – non è analogica solo perché estende la punibilità a casi sicuramente non previsti dalle incriminazioni del codice: perché non sono stati previsti ma erano prevedibilissimi al tempo della redazione del codice. Essi sono stati invece del tutto esclusi da quella disposizione, relativa alle procedure riguardanti cose, appalti etc. È innanzitutto sbagliata, se utilizza una fattispecie per situazioni che non prevede perché esse sono invece disciplinate da altre fattispecie: nel caso ipotizzato, si vorrebbe estendere l'articolo. 353 cp a ricomprendere violazioni proprie di un concorso che valuta persone (cui si può adattare l'articolo 323 cp) nelle figure delle aste pubbliche che riguardano le cose e i delitti dei privati contro la Pubblica amministrazione[64].

Invece è specificamente analogica in funzione del riempimento di lacune non viste dal legislatore la giurisprudenza che nel concetto di asta pubblica (sempre ai sensi dell'articolo. 353 cp) ricomprende le gare informali che accompagnano certe *trattative private*: perché colma davvero una lacuna normativa "storica", in quanto al tempo del codice del '30 non esistevano queste figure contrattuali, che meritano/meriterebbero oggi una estensione legislativa.

La *prova dell'analogia*, in linea di massima, può essere raggiunta mediante un percorso ricostruttivo solo in parte manipolabile e aggirabile da un interprete onesto: un *test* che potremmo definire *di riscrittura della disposizione*.

Esso suppone *la distinzione tra disposizione e norma*, che è *centrale per capire l'analogia*, e ne trae le opportune conseguenze.

Poiché le interpretazioni producono norme che danno il vero contenuto all'enunciato legislativo, di per sé leggibile in diversi modi, la loro capacità creativa, piuttosto che soltanto innovativa, sconfina nell'analogia vietata *quando la disposizione dovrebbe essere riscritta* per effetto dell'operazione ermeneutica eseguita. Vale a dire quando un legislatore preciso e responsabilmente attento, se dovesse emanare oggi la legge che contiene quella regola, la dovrebbe necessariamente riscrivere per effetto del suo contenuto reale oggi acquisito.

Abbiamo visto (*supra*, § 11) che una disposizione può richiedere davvero di essere riscritta in conseguenza del deposito di annose evoluzioni interpretative: il cui effetto alla distanza può essere quello di modificare la disposizione stessa, anche se in realtà il legislatore non è mai intervenuto a riscriverla.

Questo esito è il prodotto di "*microanalogie*" presenti e tollerate in ogni ordinamento, e anche in diritto penale.

È il risultato *qualitativamente* nuovo di tanti piccoli apporti *quantitativi* cumulati. Dalla lenta modifica della norma si ricaverà una nuova disposizione *prevedibile*.

L'analogia vietata, invece, è quella dove *per effetto di un'unica e specifica interpretazione* si realizza quella conseguenza modificativa implicita dell'enunciato. L'analogia cambia la «disposizione», non produce semplicemente una «norma», cioè un contenuto

---

Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, pp. 497 ss., poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. III, Foro it. ed., Roma, 1933, pp. 300-305. Più di recente, *ex plurimis*, M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 693 ss.; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., pp. 124 ss.

63. Oltre ai richiami di cui alla nota precedente, cfr. A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, pp. 53 ss., pp. 70 ss.; v. pure sul punto O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., pp. 49 ss.; G. Carlizzi, in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 121 ss.; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus* (1968), tr. it. *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 237 ss.; G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1535 ss.; C.R. Sunstein, *On Analogical Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 106, 1993, pp. 741 ss.; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpreta zione penalistica*, in *Scritti Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 533 ss.; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, cit., pp. 131-150.

64. Anche con un nuovo articolo 353 cp «esteso a tutti i concorsi pubblici», avremmo una norma del tutto nuova, che suonerebbe così: «Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, *o impedisce o turba lo svolgimento o l'esito di pubblici concorsi*». Difficile sostenere una lacuna non intenzionale quando il fenomeno era del tutto ipotizzabile anche nel 1930, e lo si è lasciato alla protezione dell'articolo 323 cp allora vigente, che non poteva catturare condotte precedenti l'atto dell'ufficio, a differenza dell'articolo 353 cp, mai applicato, in effetti, a procedure diverse dalle aste pubbliche.

interpretativo possibile tra quelli attribuibili e interni a una identica disposizione[65].

Esempi direi di scuola sono la "malattia-infortunio" nell'articolo. 437 cp (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e le onde elettromagnetiche nell'articolo 674 cp (getto pericoloso di cose): a seguito dei noti tentativi di introdurre nelle fattispecie tipologie di condotte costituite da malattie professionali ed emissioni pericolose di onde elettromagnetiche, quelle disposizioni dovrebbero essere riscritte, e prevedere un testo così enunciato, salvo migliori *restyling* comunque auspicabili:

Articolo 437 cp: «Chiunque omette di *adottare misure, o* di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri, infortuni sul lavoro *o malattie professionali* etc.».

Articolo 674 cp: «Chiunque [*omissis*], nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori, di fumo *o di onde elettromagnetiche* atti a cagionare [*omissis*]».

Nostro compito è quindi affinare gli strumenti di lettura per scoprire i contenuti o gli scopi analogici nascosti di un'operazione che viene sempre celata. Ovviamente il *test* proposto è quasi tautologico: esso suppone l'onestà del riconoscimento che si sta uscendo dal recinto della disposizione e per tale motivo si ammette che andrebbe riscritta[66].

13. L'analogia esplicitamente richiesta dalla legge e l'impossibilità di una vera analogia occulta per indeterminatezza della fattispecie

Se dunque l'analogia penale vietata è sempre occulta, c'è almeno un caso in cui non può esserlo, in quanto è la stessa fattispecie ad autorizzare l'analogia. Quando l'articolo. 434 cp autorizza la costruzione di ipotesi di disastro ("un altro disastro") di carattere innominato, perché «fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti», che sono quelli che contemplano ipotesi tipiche di disastri (articolo 422 e ss cp), dà mandato al giudice di tipizzare nuovi disastri in via ermeneutica.

Qui l'analogia è palese, non occulta, e la Corte costituzionale l'ha eseguita alla lettera, ricostruendo un tipo basico di disastro, individuando una *eadem ratio* etc.[67]. Peccato che ciò violasse due volte l'articolo 25 cpv. Cost.: perché era indeterminata la fattispecie d'origine e perché per l'appunto imponeva procedimenti analogici espressi.

Ora che il disastro ambientale è stato definito dalla legge (l. 22 maggio 2015, n. 68), tutti hanno finalmente capito che quello ritenuto dalla giurisprudenza *prima* dell'introduzione dell'articolo 452-*quinquies* cp era solo *uno dei possibili concetti* di disastro ambientale adottabili: una scelta politica in senso stretto.

Questo caso è peraltro diverso dal ragionamento "analogico implicito" insito nelle fattispecie che presentano un difetto di tassatività-determinatezza. Le regole indeterminate autorizzano letture creative, ma non perché producono lacune: al contrario le vogliono escludere.

Il giudice in questi casi "crea" dentro a un recinto amplissimo e indefinito. Fa analogie come in tanti ragionamenti, ma *non in funzione di riempimento di lacune*. E infatti interpreta "dentro" a una disposizione... aperta. C'è sempre un problema di legalità, ma la responsabilità (giuridico-costituzionale) della sua violazione è legislativa, non giudiziale. Sono norme che violano la riserva di legge e come tali devono es-

65. Ometto ulteriori o doverose citazioni classiche "di fondo" (Bobbio, Betti, Caiani, Sax, Vassalli, Boscarelli, Gianformaggio etc.). Per recenti rivisitazioni o dibattiti, V. Velluzzi, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. Manzin - P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 133 ss., D. Canale, G. Tuzet, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia del pensiero giur.*, 2014, pp. 149 ss.; il *Forum* delle "Opinioni a confronto" in *Criminalia*, 2010, pp.347-382, con contributi di Giunta, Carcaterra, Di Giovine, N. Mazzacuva e Velluzzi; G. Tuzet, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, pp. 507 ss.; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., pp. 253 ss., pp. 272 ss.; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.; M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 198 ss. J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, Beck, München, 1992, pp. 132 ss.

66. Chi scrive sa perfettamente di esporsi a un'obiezione di ingenuità: se la Corte cost. o le SS.UU., avessero seguìto questo stile di *self-restraint* mai avrebbero potuto pronunciare le rispettive decisioni sull'articolo. 434 cp e il disastro ambientale (C. cost. n. 327/2008), sul falso qualitativo nel nuovo articolo 2621 cp (SS.UU., 31 marzo 2016-27 maggio 2016, n. 22474) o sulle linee-guida del nuovo articolo. 590-*sexies* cp (SS.UU., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 8770). Ma tant'è: non intendiamo giustificare e razionalizzare ogni esistente. Che poi le SS.UU. sulle valutazioni e il falso qualitativo o sulle linee-guida siano culturalmente conciliabili in punto di stretta legalità con altre storiche pronunce, come le SS.UU. Franzese, o C. cost. n. 230/2012 o 115/2018 per fare solo un paio di esempi, mi pare davvero dubbio. Non possiamo essere così ingenui da pensare che la *coerenza* giuridica "del sistema" (quella possibile) vada cercata nelle decisioni giudiziarie, anziché in un discorso *teorico* complessivo.

67. C. cost. 30 luglio 2008, n. 327. Per la valutazione critica della sentenza di cui al testo rinvio a M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., § 10, nonché a D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *LP*, 2017, pp. 46 ss.

sere gestite (interpretazione conforme o declaratoria di illegittimità)[68].

14. Il divieto di realizzare l'uguaglianza punitiva in via ermeneutica

C'è un contrasto tra principio di eguaglianza e diritto penale. Poiché il diritto penale è frammentario, è anche disuguale. Non punisce ogni danno e ogni offesa, ogni lesione di diritti. A ogni incriminazione, che ritaglia alcune condotte tipiche, ne corrispondono tante altre, parimenti "lesive", che il legislatore ha estromesso dal circuito criminale. Le pretese vittime di queste condotte "analoghe" non possono e non devono esigere una tutela penale giudiziale sostitutiva di quella prevista dalla legge.

Ciò significa che esiste un programma legislativo di disuguaglianza penalistica[69], e che l'uguaglianza non è un valore ordinario della tutela penalistica, se non nella misura in cui vincola il Parlamento. Se è sempre possibile una specifica censura di violazione dell'articolo 3 Cost., la stessa Corte costituzionale non è autorizzata a introdurre nuove ipotesi incriminatrici per sanare con sentenze manipolative una ritenuta diseguaglianza per omessa incriminazione[70].

A maggior ragione, dunque, non può il singolo giudice, *de plano*, realizzare un analogo effetto in via meramente ermeneutica, se per l'appunto si tratta di produrre una nuova norma che alla fine imporrebbe di riscrivere la stessa disposizione[71].

15. Da Beccaria ad... Aristotele, dall'ermeneutica dei civilisti a quella *penale* della Corte Edu e della Consulta

Se dovessimo fare interpretazione in una società silvo-pastorale potremmo anche affidarci all'ideale di Beccaria che vedeva l'applicazione della legge come un'operazione di logica formale priva di interpretazione, o all'ideale del *common law* inglese del Settecento, e proprio di una società immobile, che pensa che si possano decidere solo i casi già decisi (o, per il *civil law*, già "pensati" dal legislatore) e ricercare in quei casi la soluzione ai problemi del presente. Purtroppo, oggi, dobbiamo chiedere alla legge di sapersi adattare alle evoluzioni sociali e anche in area anglo-americana le leggi penali scritte hanno soppiantato il *common law*. Qualunque esperienza di redazione di testi legislativi insegna a tutti noi che è impossibile che il legislatore abbia visto o pensato tutti i casi che la sua normativa dovrà necessariamente regolare.

Beccaria come noto avrebbe voluto vietare l'interpretazione giudiziale, riducendola a pura operazione logico-sillogistica. Nel § 4 di «Dei delitti e delle pene»[72] sono contenute le famose statuizioni programmatiche[73]. Questa tesi sembra imporre una sorta di *interpretatio sine applicatione*: la possibilità di una vera interpretazione a prescindere dai casi che accadono nella vita sociale, *come se il diritto non fosse* un essere vivente, *ma una premessa di* logica formale. Nello stesso tempo, è la posizione di chi paventa, come ha fatto ogni divieto di interpretazione della storia del diritto[74], un ruolo pericolosamente politico insito in ogni interpretazione giuridica.

---

68. Istruttiva e molto impegnativa al riguardo la più recente C. cost. n. 115/2018 sulla vicenda Taricco, che ho commentato in DPC, *Riv. trim.* n. 2/2018, pp. 225 ss. Sulle tecniche legislative di "analogia anticipata" cfr. sempre D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio*, pp. 21 ss., pp. 44 ss.

69. H.M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, Müller, Heidelberg, 1999, pp. 277 ss. (Rdn. Pp. 629 ss.).

70. Cfr. G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 329 ss. (sull'inammissibilità di sentenze manipolative *in malam partem*).

71. Questa differenza basica tra *giudice penale* e *giudice civile* è alla base delle riflessioni svolte in Donini, *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2005, pp. 403 ss.

72. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi"*. «*Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori*». Ad esse si aggiungevano le direttive sul sillogismo giudiziale: «*Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?*
In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.
Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni».

73. Per un commento v. ancora M. Donini, *Lettura di* C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi"*, cit., nonché A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pp. 33 ss.

74. *Supra* nota 18.

Noi invece sappiamo, almeno dai tempi di Aristotele, che «*ci sono anche adesso uffici, come quello di giudice, sovrani nel decidere casi che la legge è incapace di definire con esattezza... perché è tra le cose impossibili stabilire una legge su tutto ciò su cui si delibera*»[75]. E sappiamo *anche* che questa, ma *solo questa attività di concretizzazione* è conforme alla divisione dei poteri rispetto a un diritto, come quello *penale*, che declina rigorosamente la ripartizione dei ruoli tra legislatore e giudice.

Il confronto del penalista con la mentalità ermeneutica del civilista contemporaneo – e viceversa! – è estremamente istruttivo.

L'idea stessa di indicare al giurista percorsi ermeneutici deontologici, regole vincolanti per l'interpretazione, può apparire intollerabile al civilista, che rappresenta oggi il cultore del diritto più vicino ai modelli epistemologici di un'ermeneutica libera da vincoli ordinari in cui è l'interprete ad apparire portatore del "senso" delle parole, contrariamente alla massima di Emilio Betti: «*sensus non est inferendus, sed efferendus*»[76].

Il penalista più colto e consapevolmente educato alla lettura post-heideggeriana di Gadamer, a quella comparatistico-privatistica di Esser[77], e alla successiva "vulgata" internazionale e nazionale[78], ma anche al neo-costituzionalismo, non può seguire le derive di un *modus procedendi* dove domina il ruolo dell'interprete e del lettore rispetto al testo e all'autore dell'opera, e che vede dunque nell'interprete il creatore perpetuo di una *semiosi illimitata* alla Derrida, che per intenderci indichi la semantica contemporanea dei fatti illeciti e dei contratti innominati come paradigmi epistemologici *ad usum criminale*[79]. Potranno il civilista o lo storico, vuoi dolendosi[80], vuoi gioendo[81], sancire la crisi o celebrare il funerale della fattispecie: se lo facesse il penalista, sarebbe l'atto di nascita "costituzionale" della dittatura penale giudiziaria, l'introduzione nel diritto penale non di una nuova "libertà", ma del principio che nel 1935 abolì in Germania il divieto di analogia[82].

Proprio il penalista, infatti, che cura gelosamente la funzione del *diritto-garanzia*, e non solo del *diritto-tutela*, vede nella propria prassi intollerabili violazioni di quelle garanzie che il diritto penale come diritto, e non come arma, deve presidiare[83].

Il penalista sa bene oggi che solo i commentari dicono la verità[84], ma essi non contengono un *narrative chain* indipendente dal testo[85]; sa che la pre-comprensione in fatto e in diritto decide molti

---

75. Aristotele, *Politica*, III, 16, 1287 b.

76. Basti rinviare, sulla nota polemica tra Betti e Gadamer compendiata in quel brocardo latino, al numero monografico dei *Quaderni Fiorentini*, 1978 (dedicato a "Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento"), nonché a M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988, pp. 363 ss., e T. Griffero, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988, pp. 202 ss.

77. Cfr. i due distinti volumi di G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Giuffrè, 1984, dedicati a Gadamer e a Esser.

78. Ricordo tra gli altri i citati scritti di Fiandaca, Di Giovine, Carlizzi e Vogliotti, cit. *supra* alle note 4 e 35, e da ultimo ancora G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 126-135, nonché più in generale in forma anche didattica, e da diverse premesse di "scuola", F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Bari, 1999; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, pp. 15 ss., pp. 51 ss.; M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 74 ss., pp. 231 ss.

79. Per questa sua antica obbedienza, per questa sua "diversità", il penalista è spesso un convitato di pietra ai tavoli dove discutono "tra di loro" di ermeneutica civilisti, pubblicisti e filosofi che forse intuiscono di non possedere il monopolio epistemologico dell'interpretazione giuridica.

80. N. Irti,*La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, (2014), pp. 41 ss.

81. In nome della fattualità del diritto, cioè del primato della storia e della società sullo statalismo delle regole, P. Grossi, *Storicità* versus *prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in questo volume. Peraltro, Paolo Grossi ben distingue fra giudice civile e giudice penale, da ultimo in Id., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, p. 124, sottoponendo dunque l'interprete penale in generale alla riserva di legge, ma anche a quel sillogismo che "non si addice più", a suo avviso, al giudice civile.

82. Sul tema basti qui il rinvio a G. Vassalli, *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, pp. 3 ss. (estratto); W. Naucke, *Die Aufhebung des Analogieverbots*, in *NS-Recht in historischer Perspektive*, Institut für Zeitgeschichte, München, Wien, 1981, pp. 71 ss.; G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.; L. Jiménez De Asúa, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, pp. 477-533; K. Fitting, *Analogieverbot und Kontinuität. Entwicklungslinien des strafrechtlichen Analogieverbots sei 1871*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, pp. 58 ss.

83. Sul paradigma penalisticamente aberrante del "giudice di scopo" ricordo L. Violante, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, p. 51.

84. J. Esser, *Grundsatz und Norm*, Mohr, Tübingen, [1956], 1990[4], p. 151, e sul punto quanto osservato in M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?,* in *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1165 ss., nonché da A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pp. 42 ss.

85. *Ex plurimis*, per l'uso di questa metafora letteraria nel descrivere l'evoluzione interpretativa delle norme, R. Dworkin, *How Law*

casi ed è spesso la ragione vera dell'imprevedibilità di tante decisioni concrete su fatti e "tipi d'autore" reali o presunti; sa che il deposito dei casi può produrre col tempo una implicita modifica della disposizione[86]; sa che almeno dalla prima metà del Novecento tutti i principali filosofi del diritto, anche di formazione analitica e non solo ermeneutica, hanno messo in discussione la distinguibilità dell'analogia dall'interpretazione estensiva[87]. E proprio sapendo tutto questo è in grado di ricordare che è corretta la distinzione tra l'intenzione del legislatore, quella del testo e quella dell'interprete[88]; che l'intenzione dell'interprete conferisce all'opera una verità ermeneutica storicizzata, ma deve essere limitata dal recinto della disposizione. Infatti, il "metodo" interpretativo delle diverse discipline che *precede* l'appropriazione della "verità" dell'opera da parte di chi la "applica", può contenere regole di settore, come ha ben riconosciuto lo stesso Gadamer[89]: quelle regole sono *regole di garanzia* nel nostro caso.

Il *diritto stesso, perciò, pone limiti all'ermeneutica*, non soltanto l'ermeneutica al diritto.

È nel segno di questa convergente funzione di tutela e garanzia del diritto penale che la Corte Edu (per es. Scoppola c. Italia; Previti c. Italia; Sud Fondi c. Italia)[90], ma poi anche le Sezioni unite penali (Beschi)[91], e infine la Corte costituzionale (n. 230/2012 e 115/2018)[92], tracciano, pur se con differenti culture che circolano al loro interno, percorsi dialogici *comunque differenziati* per il penalista. Non sempre si ammette che la declinazione odierna del ruolo costruttivo (più che creativo) dell'interprete è incompatibile col paradigma illuministico – Beccaria sarebbe inorridito a leggere la motivazione di Corte Edu Scoppola c. Italia o le Sezioni unite Beschi[93] – e tuttavia *la conservazione della fattispecie e del divieto di modificare direttamente la disposizione in via ermeneutica restano due punti fermi*.

Non abbiamo messo in discussione *l'interpretazione estensiva*, secondo modelli di testualismo, originalismo e letteralismo teoricamente compatibili con un legislatore che non appartiene alla nostra esperienza storica, ma praticamente incompatibili con il diritto di una società in evoluzione continua e con l'esigenza di applicare un eventuale divieto solo a un diritto scritto tutto *ex novo*, perché quello vigente – le attuali "norme" – è *totalmente* occupato di contenuti non "deducibili" dalle disposizioni come loro *stricta interpretatio*. *De lege ferenda*, potremmo immaginare un simile divieto idealtipico come operativo solo *in malam partem*. La sua difficile gestibilità pratica, peraltro, dipende dalle scarse possibilità di

---

is like Literature (in *Critical Inquiry*, 1982, poi in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), tr. it., *Diritto come letteratura*, in *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990, pp. 179 ss. e S. Fish, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, già in *Critical Inquiry*, 1982, poi in F. Atria, D.N. MacCormick (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, Dartmouth, 2003, pp. 387 ss.

86. Veramente questo fenomeno, che ho tracciato qui (*supra*, § 11) e in precedenti occasioni, non mi pare sia mai stato elaborato dalla nostra penalistica, ma neppure da quella straniera a me nota.

87. L'analogia suppone a rigore che per regolare un caso non sia più possibile una *diversa* interpretazione della legislazione esistente. Occorre una *nuova norma* che supera i confini delle regole scritte. Essa implica pertanto un'integrazione del diritto non dall'interno della disposizione, ma pur sempre dall'interno dell'ordinamento, mediante autointegrazione. Cfr. M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, pp. 516 ss. Tuttavia, poiché essa è vietata in diritto penale, si operano continuamente "autointegrazioni ermeneutiche" non dalla lettera di una qualche disposizione e dalla sua *ratio*, ma attraverso "considerazioni interpretative" più articolate e argomenti ermeneutici vari *diversi da* quello analogico espresso. Per questo occorre trattare l'analogia penale all'interno della questione ermeneutica. Per un moderno recupero della classica differenza tra interpretazione estensiva e analogia cfr. G. Carcaterra, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 ss.; G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit.; V. Velluzzi, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, cit.

88. *Supra*, § 3.

89. H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*[3], Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983, pp. 9-11, premessa alla seconda ed. Ovviamente non è questo il "metodo" di cui tratta polemicamente tutta l'opera di Gadamer contro l'epistemologia scientifica naturalistica che ha preteso imporsi alle scienze dello spirito e alle discipline ermeneutiche mediante l'esportazione di un metodo scientifico basato su leggi sperimentali, ricerche induttive di regolarità e linguaggio matematico.

90. C. Edu 17.9.2009, Scoppola c. Italia, §§ 99 ss.; C. Edu, 8.12.2009, Previti c. Italia, § 275 ss.; C. Edu 20.1.2009, Sud Fondi Srl e altri c. Italia, § 105 ss.

91. Sez. Unite penali Beschi, 21.1.2010 (dep. 13.5.2010), n. 18288. §§ 6, 7, 8.

92. C. Cost. n. 230 del 2012 e n. 115/2018: sentenze pur diverse, ma molto spinte verso il primato di una legalità ipertassativa e "separata" dall'interprete-esecutore, ridimensionato nelle spinte espansionistiche interne ed europee.

93. Lo devo dire, per onestà intellettuale, ma Beccaria non aveva di fronte il Parlamento italiano dell'anno 2018, pensava a un legislatore perfetto e unitario, magari persino "illuminato", supponendo di fatto destinatari e giudici educati alla "logica di Port-Royal", e operanti in una società che viaggiava al massimo ancora a cavallo.

distinguere l'interpretazione estensiva dall'interpretazione *tout court*[94].

Le analisi qui condotte hanno inteso approfondire alcune delle nuove acquisizioni della giurisprudenza europea e nazionale per renderle deontologicamente evidenti, e svecchiare definitivamente la narrazione vetero-illuministica, ma in funzione di garanzia.

Là dove una ermeneutica innovativa *legittima* non è più coercibile o contenibile, entrano in gioco *regole diverse, esterne all'ermeneutica del testo*, e relative alla *retroattività* della "norma" o all'*imputazione soggettiva* della sua ritenuta violazione.

16. La lezione del caso Contrada e le deduzioni sbagliate dalla Cedu

Il caso Contrada, deciso dalla Corte Edu il 14 aprile 2015[95], è ben lontano dall'esser stato davvero interiorizzato e compreso dalla giurisprudenza italiana[96]. Una diffusa narrazione (tra i magistrati) dice che si tratterebbe di una sentenza le cui statuizioni in diritto valgono solo per quel singolo caso; che avallerebbe estensioni ermeneutiche di largo respiro, purché prevedibili; che il concorso esterno nei reati associativi sarebbe stato "legittimato" dalla Corte Edu.

Tutto dunque come prima, e più di prima. E invece nulla è vero di tutto ciò.

La decisione sul caso Contrada non si è basata sulla soggettiva imprevedibilità della figura del concorso esterno da parte di Bruno Contrada «di pirsona pirsonalmente». Egli, infatti, era tra tutti i possibili autori di quelle condotte il più titolato a conoscere e prevedere le evoluzioni della giurisprudenza palermitana al riguardo. Che il contenuto dei limiti del concorso esterno si sia invece evoluto in modo profondo dalle Sezioni unite Demitry, a quelle Carnevale e Mannino, è incontestabile, perché non sono in realtà bastate neppure quelle tre Sezioni unite – tutte successive ai fatti contestati a Contrada – a definire davvero l'istituto. Sì che *la straordinaria manipolazione ermeneutica della fattispecie ha reso patente un vizio di tipicità originario*.

Afferma la Corte ai §§ 74 e 75 della decisione: «74. ... la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. 75. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo.».

Si è dunque trattato di un problema oggettivo di evoluzione normativa e della costruzione progressiva di un "tipo", a mio avviso di parte speciale[97], anche se secondo la Cassazione di parte generale, ma pur sempre *nuovo* rispetto alle consolidate statuizioni e regole del concorso di diritto comune.

Infatti.

La Corte Edu, con la sentenza in oggetto ha per la prima volta messo in mora la giurisprudenza italiana – ma direi lo Stato italiano – imponendo di non introdurre surrettiziamente (o non consentire di introdurre o indurre a farlo) regole penali peggiorative con effetto retroattivo in via ermeneutica[98]: poco importa che ciò avvenga usando la parte generale (l'articolo 110 cp) o direttamente attraverso locuzioni o fattispecie di parte speciale (gli articoli 416 e 416-*bis* cp). Un discorso sostanzialistico come tutti quelli sul divieto di retroattività fondato sul parametro convenzionale dell'articolo. 7 Cedu, che sia "materia penale" implicita o normazione penale innovativa.

Se comportamenti mai perseguiti diventano improvvisamente criminosi per effetto di nuove letture che modificano una fattispecie o introducono una tipologia nuova di comportamenti vietati, ciò – ammesso che sia lecita l'interpretazione – può avvenire solo per il futuro.

L'attuale giurisprudenza italiana legge il concorso esterno come se fosse scritto al pari della corrispondente norma del codice penale tedesco, il Par. 129 StGB (costituzione di associazioni criminali), che prevede: «Chiunque costituisce una associazione che abbia come fine la realizzazione di reati o la cui attività si diretta a tale scopo, o chiunque *prende parte* a tale associazione come componente, *oppure svolge attività di propaganda* per accrescerne i componenti o i soste-

94. È il principale argomento che avevo proposto, a suo tempo, nel criticare sotto questo profilo il divieto di interpretazione estensiva contenuto nell'articolo. 129 del Progetto della Bicamerale del 1997.

95. Sez. IV - 14 aprile 2015 Pres. *Päivi Hirvelä - Contrada c. Italia* (ric. n. 66655/13).

96. Su come ritengo lo si debba leggere rinvio a Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 347 ss.; Id., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione"*, cit., pp. 325 ss.

97. *Op. ult. cit.*

98. In tal senso mi ero espresso nel commento alla decisione: Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., pp. 437 ss.; in senso conforme V. Manes, Id., *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., pp. 26 ss., § 3.

nitori, *oppure chi la sostiene*, è punito con la sanzione detentiva fino a cinque anni o con pena pecuniaria[99]».

Nel prevedere come condotta tipica il fatto di chi senza "prendere parte" all'associazione "la sostiene", il codice penale tedesco tipizza come condotta "di fattispecie" il contributo all'associazione criminale che noi qualifichiamo come concorso esterno. Si tratta poi di vedere che cosa significhi "sostenere" l'associazione, ma certo non si è ritenuto che potesse bastare l'impiego di regole di parte generale sulla complicità al reato, che erano ben disponibili.

Da noi, invece, *senza quella previsione legale*, si è realizzato *lo stesso risultato*. Con la differenza che si è previsto un contributo non all'attività di partecipe (titolo autonomo di reato con pena distinta), di organizzatore (altro titolo autonomo con pena distinta) o di capo (altro titolo autonomo con pena distinta), ma alla «vita dell'associazione»: cioè una condotta a forma libera verso un *evento ad ampio spettro* che non è tipizzato neppure nell'articolo 416 o 416-*bis*, giacché la vita dell'associazione non è un loro *elemento costitutivo*, ma viene punita con *la cornice di pena del partecipe interno*, senza la prova di un "concorso di persone" con un associato interno, ma piuttosto di un contributo causale (concorso di cause) all'organizzazione o alle sue attività, finanze, finalità etc.: naturalmente se poi il contributo è *agli scopi*, non c'è neppure più *un evento* come secondo termine e il contributo diventa *di pericolo*.

D'altro canto non esiste la figura del concorrente esterno rispetto a tutti i più vari reati di parte speciale, ma solo agli articoli 416 o 416-*bis* cp (e qualche altra banda ...), trattandosi dunque di una figura non di concorrente comune di parte generale, ma di concorrente "di parte speciale", appunto: "il concorrente esterno" quale nuova tipologia di condotte (a modalità alternative) di due, tre o quattro reati associativi, l'allargamento di un paio di norme incriminatrici, non l'uso normale dell'articolo. 110 cp che può applicarsi a tutti i reati.

Che in Italia abbia dominato nella prassi ma anche in Parlamento *un diverso concetto di legalità penale* è palese. Ma era un rispetto o una elusione della legalità[100]?

Nulla dice la Corte Edu sulla legittimità di queste estensioni, che colmano lacune e dovrebbero esser riscritte con l'inserimento nei reati associativi della condotta di sostegno alla loro attività, così come per es. sono state previste le condotte "tipiche" di finanziamento nelle associazioni terroristiche.

L'unico *decisum* riguarda l'irretroattività del «reato di origine giurisprudenziale» (così lo chiama la Corte Edu al § 66 della sentenza).

Domanda: è problema di irretroattività di una nuova norma o di colpevolezza e di *ignorantia legis* scusabile dell'accusato?

Chi sostiene la limitazione della sentenza al caso giudicato la riduce a ipotesi di inconoscibilità incolpevole del diritto da parte dell'imputato. Un problema di colpevolezza individuale magari generosamente esclusa in sede europea, ma non estensibile ad altri casi.

Eppure non si tratta di questo.

Tutto il processo europeo è stato costruito sul presupposto di un diritto nuovo, di un nuovo "reato", non di una soggettiva carenza di colpevolezza dell'imputato, che era il più esperto di questa materia dopo i giudici di Palermo. Paradossale vicenda davvero.

Saremmo molto contrariati dall'ipocrisia di una sentenza di non responsabilità per ignoranza della legge. Ridicolo davvero.

Ma in effetti la Corte Edu non lo dice.

Il tentativo di ricondurre il caso a una forma di scusante soggettiva è un modo della giurisprudenza nazionale per autoassolversi a posteriori, "individualizzando" le responsabilità e riportandole sul consociato che, caso Contrada a parte, è la vera vittima dei procedimenti ermeneutici peggiorativi retroattivi, siano mere individuazioni di norme nuove, siano vere costruzioni di tipi nuovi: per quanto egli sia in ipotesi del tutto "colpevole" dei fatti estensivamente ricondotti a una incriminazione, questo ragionamento non può evidentemente entrare in gioco in questo tentativo di giustificazione del comportamento dei pubblici poteri, della cui illegittimità è chiaramente corresponsabile un legislatore che ha sempre omesso di integrare o riscrivere queste norme sui reati associativi.

Concludendo sul punto, va infine osservato che la sentenza della Corte Edu non ratifica affatto vizi originari. L'irretroattività "di sistema" fotografata alla data del 1994 (anno di pubblicazione della prima sentenza delle Sezioni unite Demitry), non può sana-

99. § 129 Bildung krimineller Vereinigungen (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder *wer sich* an einer solchen Vereinigung *als Mitglied beteiligt*, für sie *um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt*, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. [corsivi aggiunti].

100. V. ora R. Rampioni, *Del c.d. concorso esterno. Storia esemplare di un "tradimento" della legalità*, Torino, Giappichelli, 2018. Per chi scrive, come detto, tutta la giurisprudenza sul concorso esterno appare conforme all'articolo 110 cp e alla legalità, se ed in quanto ricostruisca concorsi *di persone* e *non di cause*: cioè contributi all'attività di partecipi interni o di capi e organizzatori (con relative pene edittali), e non apporti diretti all'organizzazione o alla vita dell'associazione, con cornice editale unica del partecipe interno. V. sul punto Donini, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit., pp. 325 ss., spec. pp. 341, 344, 349, anche in DPC 13.1.2017, cit., pp. 17, 21, 25.

re vizi di "nascita" della legalità, e peraltro – anche questo va detto a fronte delle perenni doglianze da parte delle difese degli imputati – anche l'inserimento nell'articolo 416-*bis* cp di ipotesi esplicite tipizzanti l'aiuto o il sostegno all'associazione non lo renderebbe più tassativo o meno bisognoso di una ricostruzione contenutistica *tutta ermeneutica* che ben sappiamo essere annosamente tormentata.

17. Il rapporto fra articolo 7 Cedu, articolo 27, co. 1, Cost. e 5 cp

L'applicazione dell'articolo 5 cp ai casi di norme nuove giudiziali, di mutamenti interpretativi *in peius*, è doverosa, ma anche giustificata, solo se si tratta di evoluzioni legittime.

Viceversa, essa costituisce un'autoassoluzione dello Stato di fronte alle proprie inadempienze, l'ipocrisia di "scusare" le colpe delle istituzioni, quando quella irretroattività *ad personam* dipende da analogie vietate, da difetti di tipicità delle fattispecie o manipolazioni indebite del loro contenuto.

L'articolo 5 cp è una *scusante*, che non tocca la perfetta legalità della norma e la sua vigenza anteriore al fatto; il divieto di retroattività imposto dall'articolo 7 Cedu è invece *un limite alla legalità* e dunque un correttivo alla sua applicazione oggettiva.

La norma costituzionale che trova qui applicazione perché all'origine della sentenza della Corte costituzionale sull'*ignorantia legis* è l'articolo 27, co. 1, Cost. oggi da rileggere attraverso l'articolo 7 Cedu: la responsabilità penale personale, infatti, non ha conosciuto evoluzioni ermeneutiche significative dopo il 1988 sul piano dell'*ignorantia legis*[101]. Le innovazioni più importanti sono venute dalla Corte Edu[102]. Attualmente, la *riconoscibilità del precetto* è un principio che riguarda sia la legalità e sia la colpevolezza in una reciproca interazione di effetti[103].

Tuttavia si tratta di piani distinti: la *riconoscibilità del precetto*[104] è un dovere dello Stato e può viziare l'applicazione della legge sul piano oggettivo. La *non conoscibilità del precetto sul piano soggettivo* può dar luogo a una scusante – per quanto oggettivata e normativizzata come tutte le cause di esclusione della colpevolezza – solo se il profilo della oggettiva conoscibilità non è stato compromesso da inadempimenti originari dello Stato o di suoi organi.

Questa distinzione di piani è alla base del riconoscimento del valore vincolante, per le Sezioni semplici, delle statuizioni delle Sezioni unite della Cassazione *ex* articolo 618 cpp: non vincolano le interpretazioni (attività intellettuale, pensiero), ma le norme riconosciute al loro interno (prodotto normativo)[105]. E solo le norme devono essere riconoscibili, non la più complessa *ratio decidendi* che ne ha sostenuto l'ingresso.

Lo spazio per l'applicazione dell'ignoranza inevitabile della "legge penale" riferita a innovazioni giuridiche suppone che non si tratti di scusare per l'innovatività di una mera interpretazione, di elaborazione teorico-concettuale o di argomentazione, ma di nuove regole di condotta (precetti) o di giudizio (per es. scu-

101. Ampiamente M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, cit., pp. 1596 ss.; M. Lanzi, Error iuris *e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, spec. pp. 139 ss.; v. pure la rassegna di V. Manes, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica* (2014), in www.cortecostituzionale.it, *Studi e ricerche*, 2014, pp. 49 ss.

102. Cfr. sul punto V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strenghtening *o manipolazione autodistruttiva?,* in DPC, 20 giugno 2016, pp. 18 ss.; Id., *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 136 ss.

103. Sui profili soggettivi v. ora M. Lanzi, Error iuris *e sistema penale*, cit., pp. 139 ss.; G. Rotolo, *Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 55 ss., pp. 101 ss.

104. Sul principio di "riconoscibilità" della legge penale, oltre a C. Cost., 364/1988, § 17, v. G.A. De Francesco, *Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 32 ss., pp. 48 ss.; G. Rotolo, *'Riconoscibilità' del precetto penale*, cit., spec. pp. 55 ss.

105. Ricordo ancora lo scritto di M. Luciani, voce *Interpretazione conforme (a Costituzione),* in *Enc. Dir., Annali IX*, 2016, pp. 391 ss., pp. 399 ss., che difende il valore tradizionale dell'interpretazione (non solo di quella "conforme") come sempre *esplicativo-dichiarativa* (e dunque contesta la distinzione tra disposizione e norma), sì che – a essere conseguenti – ogni nuova interpretazione dovrebbe essere retroattiva, in quanto non costitutiva del contenuto del diritto che pronuncia. Il riconoscimento di quanto tale punto di vista sia in contrasto con le esigenze di garanzia del consociato rispetto alle innovazioni giurisprudenziali imprevedibili è alla base della giurisprudenza della Corte Edu sul tema. Se poi si volesse applicare il divieto di retroattività alle nuove regole elaborate dal giudice dicendo che non sono norme, ma solo "interpretazioni", il gioco di parole diverrebbe scoperto. Che l'interpretazione produca norme negli ordinamenti positivi di *civil law* è, almeno dai tempi di Kelsen, una innocente descrizione delle cose; ma se riletta in chiave di irretroattività, appare più onesta dell'ideologia del ruolo dichiarativo dell'interprete, da secoli sostenuta (in diritto penale) ai danni delle garanzie dei consociati, e solo apparentemente a tutela dell'indipendenza del potere giudiziario, peraltro cresciuto a dismisura a livello mondiale. Diverso ancora (e più vicino al tradizionale *mood* del penalista) è l'accento sui doveri di tassatività del legislatore e di fedeltà dell'interprete al testo, che emergono da altre riletture contemporanee, orientate a *un diverso tipo di tradizionalismo di garanzia*, in costante critica della cultura ermeneutica contemporanea. V. per tutti A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011; Id., *Interpreti* vs. *legislatore. La contesa sul primato sulla produzione del diritto alla luce della carta costituzionale repubblicana,* in *Rassegna parlamentare*, 2012, pp. 541 ss.; Id., *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, 2 voll. Mucchi, Modena, 2018.

santi) che non conoscono applicazioni estensive indebite, ma del tutto legittime anche se peggiorative per effetto di nuovi orientamenti ermeneutici.

Secondo una visione sostanzialista e realista del diritto nella realtà contemporanea, possiamo dunque descrivere in modo più chiaro l'intreccio *della riconoscibilità* oggettiva e dell'*esigibilità* soggettiva della legge penale, secondo *una triplice dimensione degli oggetti* di riferimento del *sapere normativo*:

a) conoscenza/conoscibilità della *legge* (articolo 5 cp, 27, co. 1 e 3, Cost., 7 Cedu);
b) conoscenza/conoscibilità del *diritto* (articolo 2 cp, 25 cpv. Cost., 7 Cedu);
c) conoscenza/conoscibilità della *qualificazione giuridica dei casi e dei casi-norma* (Corte Edu).

18. Sei regole deontologiche di ermeneutica penale

L'ermeneutica penale è oggi molto diversa da quella tramandata dai nostri manuali che ancora non hanno recepito il diritto giurisprudenziale come un dato fisiologico, come se il diritto che insegnano, ben distinto dalla legislazione, fosse solo il *Professorenrecht*. Le riflessioni svolte spiegano la compatibilità tra le numerose acquisizioni dell'ermeneutica generale del secondo Novecento con una prassi legittima anche penale. Esse illustrano però anche varie deviazioni preoccupanti.

Che parte della magistratura penale italiana abbia smarrito la cultura della legalità per seguire i sentieri del diritto libero, del *case law*, e del creazionismo giudiziario, è un dato di fatto[106] che fa da controcanto alle deleghe parlamentari illegittime attuate attraverso "semilavorati" legislativi[107], che dovrebbero incontrare la censura demolitiva della Corte costituzionale.

Alla luce di quanto già esposto, si possono compendiare alcuni criteri direttivi che favoriscano una cultura del *self-restraint* nell'ermeneutica penale, senza ridurla ad applicazione di regolamenti.

Il giudice penale non supplisce mediante nuove disposizioni ai doveri legislativi inadempiuti dalla politica, ma al novero di tali inadempimenti non appartiene la richiesta legislativa di un'attività di concretizzazione della legge.

Occorre evitare l'argomento delle lacune da colmare. Le lacune in via interpretativa si colmano in diritto civile. In diritto penale, invece, esistono solo lacune nella non punibilità, non nella punibilità (analogia solo *in bonam partem*)[108].

Sono soprattutto le possibili soluzioni in diritto, più che le "decisioni", nella dimensione dell'interpretazione in astratto delle regole e della casistica consolidata, che possono e devono essere prevedibili. La stessa loro applicazione ai casi concreti contiene margini di variabilità più incerta che fa parte della vita del diritto, anche di quello penale.

L'onestà intellettuale del giudice che riconosce come uno "strappo" rispetto al passato l'innovazione ermeneutica *in peius* (legittima) che non sia meramente esemplificativa della regola e risulti peraltro generalizzabile, gli impone di applicarla solo ai casi futuri, in conformità agli articoli 7 Cedu, 27, co. 1, Cost. e 5 cp, alternativamente operanti.

Non è sempre facile distinguere interpretazione estensiva e analogia. C'è peraltro un *test* di prova, ed è se si sarebbe costretti, onestamente, a riscrivere la stessa disposizione di legge adottando una certa sua estensione. Se fosse mera innovazione normativa (che non altera la scrittura della disposizione), potrebbe scusare non averla conosciuta, ma sarebbe come l'interpretazione autentica, che opera *ex tunc*; se modifica o è dubbio che modifichi la disposizione, allora o opera *ex nunc*, oppure comunque si deve applicare la scusante, in caso di imprevedibilità.

La difficoltà di qualificare un'interpretazione come estensiva o analogico-creativa, cioè tale da modificare la disposizione, dovrebbe imporre di ritenerla, nel dubbio, sempre analogica, ma comunque di applicare, in caso di sua ritenuta legittimazione ermeneutica, la scusante dell'ignoranza inevitabile: perché è vero che anche l'analogia può essere prevedibile e prevista, ma se si tratta di possibile analogia non dovrebbe mai entrare nel sistema in via giudiziale (*in dubio pro analogia*)[109]. Viceversa, se il dubbio sulla sua qualificazione viene in qualche modo risolto nel senso della mera estensione, deve essere bilanciato con una effettiva valutazione della scusabilità dell'ignoranza. La diversa, tradizionale lettura che disapplica la scusante appare invece ispirata a una cultura autoritaria e non liberale dei rapporti fra Stato e consociati.

106. Cfr. ancora l'illustrazione di D. Micheletti, Jus contra lex, cit., pp. 161 ss.

107. V. di nuovo G. Fiandaca, *Prima lezione*, cit., pp. 123 ss.

108. T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario*, cit. (da *Studi di storia* etc.), p. 181.

109. Ho proposto questa regola pratica in Donini, *Disposizione e norma*, cit., pp. 109 ss., p. 113; v. ora nello stesso senso, V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., pp. 10 ss.

Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di *Maria Giuliana Civinini* *

L'Autrice affronta la questione del precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo sotto il duplice punto di vista della formazione della giurisprudenza della Corte e del vincolo sul giudice nazionale, mettendo in evidenza le particolarità del sistema convenzionale.

1.Premessa. Una pluralità di approcci possibili

Quando ci si accosta al tema del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Corte Edu), almeno due sono gli approcci possibili.

Può farsi in primo luogo riferimento all'uso del precedente da parte della Corte Edu nel formarsi della sua giurisprudenza al fine di accrescere la sua legittimazione (sentenza *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 gennaio 2001: «è nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'uguaglianza davanti alla legge ch'essa non si discosti senza un valido motivo dai propri precedenti » - *TdA*) e, sempre più, di ridurre l'imponente arretrato che l'affligge e le impedisce di intervenire in modo tempestivo su casi importanti di violazione dei diritti umani.

Può farsi riferimento altresì all'uso nelle giurisdizioni nazionali delle sentenze Cedu come «precedente» o meglio (considerato che i giudici nazionali e il giudice di Strasburgo non fanno parte di un unico orientamento gerarchicamente ordinato dal punto di vista del sistema dei rimedi) come fonte esterna che guida il giudice interno nell'applicazione a casi concreti di principi e norme al cui rispetto lo Stato e i suoi agenti sono convenzionalmente obbligati.

Il primo punto di vista influenza necessariamente il secondo.

Poiché giudice nazionale e giudice europeo dialogano da pari a pari e non all'interno di un sistema giurisdizionale chiuso, il primo sarà evidentemente tanto più disponibile ad utilizzare le sentenze della Corte Edu come «precedenti» ai fini della decisione dei casi che gli sono sottoposti (e ovviamente nei limiti in cui il sistema normativo e istituzionale lo consente) quanto più la creazione del precedente (cioè l'utilizzazione di casi passati per risolvere casi presenti) – e il dipartirsi dallo stesso –, da parte della Corte Edu è coerente, lineare, adeguatamente motivato, trasparente, consistente, rispettoso del principio di parità di trattamento degli Stati Membri, che è una sorta di corollario del principio di sussidiarietà e del rispetto del margine di apprezzamento degli Stati.

Il fatto che i due livelli, europeo e nazionale, del concetto in esame siano strettamente interconnessi è del resto ben illustrato dal meccanismo delle esecuzioni, affidate ad un organo politico intergovernativo – il Comitato dei ministri in composizione diritti umani o Cmdh – davanti al quale il ruolo chiave è giocato dallo Stato Membro interessato. Per essere effettiva una pronuncia, destinata a divenire nel futuro precedente, deve essere correttamente eseguita ad opera degli organi interni dello Stato, in primo luogo le giurisdizioni.

Per quanto il tema del precedente nel sistema della Corte Edu sia universalmente ritenuto di grande importanza, non si rinvengono sullo stesso studi ac-

* Magistrato, Co-Agente del Governo di fronte alla Corte Edu ed esperto giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia di fronte al Consiglio d'Europa. Le opinioni espresse vincolano solo la loro autrice e non sono in alcun modo riferibili all'Ufficio di cui fa parte.

cademici di rilievo. Si segnala, per ampiezza e profondità della ricerca, la tesi per il dottorato di ricerca di Alexandre Palanco, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, presentata il 27 novembre 2017 all'Università di Montpellier sotto la direzione del professor Sudre davanti a una giuria di cui faceva parte anche la professoressa Tulkens già Vice-Presidente della Corte Edu. Il testo è reperibile in *open source*.

2. Ancora una premessa. La Corte Edu e il contesto convenzionale

Il Consiglio d'Europa è stato creato dopo la seconda guerra mondiale grazie all'iniziativa di dieci Paesi, tra cui l'Italia, persuasi che il consolidamento della pace fondata sulla giustizia e la cooperazione internazionale fosse un elemento vitale e imprescindibile per preservare la società umana e la civilizzazione. Come si legge all'articolo 1 del Trattato istitutivo, aperto alla firma il 5 maggio 1949, «Il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri al fine di salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che sono il loro patrimonio comune e di favorire il loro progresso economico e sociale». Per esserne membri, ai sensi dell'articolo 3, gli Stati devono riconoscere il principio della preminenza del diritto e il principio in virtù del quale ogni persona collocata sotto la sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Gli Stati devono anche impegnarsi a collaborare sinceramente e attivamente al perseguimento del fine fissato all'articolo 1.

Nel sistema originario del Trattato, il raggiungimento di quel fine era affidato al Comitato dei ministri e all'Assemblea parlamentare (detta originariamente Consultativa), la Convenzione (adottata nel 1950 e entrata in vigore nel 1953) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (entrata in funzione nel 1959) ne sono divenuti progressivamente il cuore palpitante, con l'affermazione solenne di un catalogo di diritti umani accompagnata alla volontaria sottomissione dei Paesi Membri alla giurisdizione di una Corte europea, accessibile da chiunque si affermi vittima di una violazione di tali diritti ad opera delle autorità nazionali, che può constatare la sussistenza di una violazione, condannare lo Stato, spingerlo a mettere in atto tutte le misure necessarie per evitare nuove violazioni in futuro. Una certa crisi di credibilità dell'Assemblea parlamentare (colpita anche da uno scandalo che ha coinvolto uno dei suoi presidenti) e le difficoltà di bilancio del Consiglio, conseguenti alla sospensione del pagamento del proprio contributo da parte della Russia e alla revoca dello *status* di grande contributore da parte della Turchia, hanno spinto ancor più la Corte in prima linea, come organo di punta del sistema convenzionale. Ciò nonostante sarebbe un errore sottovalutare la natura di meccanismo complesso del Consiglio d'Europa in cui la realizzazione dei diritti umani degli uomini e delle donne dei Paesi che ne fanno parte dipende dalla interazione tra decisioni sui casi concreti della Corte Edu e rafforzamento dello Stato di diritto e delle sue garanzie formali e sostanziali nei 47 Paesi Membri grazie all'azione del Comitato dei ministri e dell'Assemblea parlamentare combinata con quella del Commissario per i diritti umani e di altri organi specifici, come, tra gli altri, il Greco Gruppo di Stati contro la corruzione, il Cpt Comitato per la prevenzione della tortura, la Cepej Commissione per l'efficacia della giustizia, il Ccje e il Ccpe Consigli consultivi dei giudici e dei procuratori.

3. L'oggetto di questo breve saggio

In questo numero di questa *Rivista*, autorevoli studiosi hanno affrontato i temi del precedente, delle modificazioni giurisprudenziali, del rapporto tra normazione per clausole generali e precedente. Questo esonera dalla ripetizione o rielaborazione di concetti complessi, che costituiscono l'indispensabile "conoscenza di sfondo". Del resto, oggetto di questo breve saggio non è lo studio del precedente applicato al vasto campo della giurisprudenza della Corte Edu (che richiederebbe altri approfondimenti, tempi e spazi) bensì la posizione di alcuni problemi, pratici e non solo teorici, che ruotano attorno a questo tema.

Ci limitiamo pertanto a ricordare che la questione del precedente è quella dell'eventuale vincolo o elemento di referenza esercitato dalla decisione di un giudice (in genere sovraordinato) sulla decisione, successiva nel tempo, che un altro giudice deve adottare in una situazione fattuale simile a quella già decisa. La medesima questione può porsi orizzontalmente allorquando il medesimo giudice (singolo o organo) deve adottare una decisione in una situazione fattuale simile a quella da lui decisa in passato. Il legame che sussiste tra la decisione del passato e quella del presente è il legame che esiste tra il fatto e il diritto, tra la situazione fattuale e la soluzione giuridica. L'intensità del legame dipende dall'ordinamento giuridico in cui si colloca e dal livello di libertà che ha il secondo giudice nel definire la situazione fattuale a lui sottoposta (se cioè sia suo compito ricostruire la fattispecie concreta o se invece debba tener conto del fatto così come ricostruito, ad es. da un altro giudice).

Merita anche sottolineare che, indipendentemente dai sistemi e dalle culture giuridiche, è universalmente accettato che stabilità e movimento devo andare di pari passo e che un certo margine di flessibilità

è indispensabile per adattare la norma all'evoluzione della società in senso lato.

Come un grande giudice e giurista ci ricorda: «Il giudice deve garantire la stabilità nel cambiamento così come il cambiamento nella stabilità. Proprio come l'aquila in volo che mantiene la sua stabilità solo quando è in movimento, il diritto, anch'esso, è stabile solo quando si evolve»[1].

4. Il precedente della Corte Edu

Il precedente della Corte Edu in relazione allo sviluppo della sua giurisprudenza non è un precedente vincolante ma un precedente persuasivo che promana da una Corte superiore e che, per questa ragione, è dotato non solo di forza di convincimento e di razionalità ma anche di autorevolezza. La regola dello *stare decisis* non vige davanti alla Corte Edu. In quanto precedente persuasivo, lo stesso si coniuga, secondo la tradizione civilista, col concetto di "giurisprudenza costante". Quest'ultimo concetto è espressamente richiamato dall'articolo 28 Cedu, al fine di fondare la competenza del Comitato di 3 giudici (vedi infra), ma è anche comunemente utilizzato dalla Corte Edu allorquando, nel suo ragionamento, si appoggia sul precedente (le formule utilizzate dalla Corte sono: «*jurisprudénce bien établie*», «*established case-law*» – solo a titolo di esempio, *inter alia*, Hämäläinen C. Finlande, Frydlender C. France, Salduz V. Turkey, Correia De Matos C. Portugal, Süssmann C. Allemagne, Ruiz-Mateos C. Espagne –, «*jurisprudence constante*» *inter alia*, Maslov C. Autriche, Sürmeli C. Allemagne, Mckay C. Royaume-Uni). Che la Corte, nell'utilizzare tale concetto, faccia riferimento a una serie di pronunce che hanno affermato i medesimi principi rispetto a situazioni similari trova conferma sia nel fatto che, quando richiama la sua giurisprudenza consolidata la Corte citi espressamente una pluralità di sentenze accompagnando la citazione da «*inter alias*», «*ex multis*», «*voir, parmi d'autres précédents*» e espressioni simili, sia nell'utilizzo del concetto di giurisprudenza consolidata dei Tribunali e delle Corti nazionali (vedi *inter alia*, Centro Europa 7 S.R.L. e Di Stefano C. Italie: «*base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien* établi *des tribunaux*.; "*jurisprudence constante" des tribunaux*», Maslov C. Autriche, Sürmeli C. Allemagne). Un'ulteriore conferma si ha nel rapporto esplicativo al Protocollo addizionale n. 14 che ha modificato l'articolo 28, laddove si afferma che «una "giurisprudenza consolidata della Corte" è il più delle volte una giurisprudenza costante di una Camera. È tuttavia possibile, in via eccezionale, che una sola sentenza di principio della Corte possa costituire una "giurisprudenza consolidata", in particolare nel caso di una sentenza della Grande Camera». L'eccezionalità del valore di precedente conferito a una sola sentenza, unita alla sua preferibile promanazione dalla Grande Camera, confermano che il valore di precedente è attribuito di regola alla giurisprudenza costante. Conviene anche ricordare che le sentenze di principio non sono tutte le sentenze che per contenuto hanno portata generale, ma le sentenze pilota. Si veda in proposito, quanto affermava nel 2009 il professor Sicilianos, oggi Vice-presidente della Corte Edu: «Sapere se esiste una giurisprudenza "consolidata" è questione di interpretazione. Non è tuttavia necessario che si tratti di una giurisprudenza "costante", termine che allude a una pratica giurisprudenziale più o meno lunga. È possibile infatti che una sola sentenza di principio, in specie se emessa dalla Grande Camera, esprima la posizione "consolidata" della Corte. Ne consegue che dal momento in cui la Corte si pronuncia con una sentenza "pilota" sull'esistenza di un problema strutturale nell'ordine giuridico interno di uno Stato membro, tutte le richieste conseguenti che sollevano essenzialmente la stessa questione potranno essere giudicate da un comitato di tre giudici».[2] (*TdA*).

Se il principio del precedente opera certamente nella giurisprudenza della Corte Edu, in funzione sia di legittimazione della Corte sia di creazione di un *acquis* in materia di diritti umani dal quale in principio non si può retrocedere, siamo certamente di fronte a un concetto fluido in relazione alle molteplici particolarità del sistema convenzionale, della struttura, delle prassi della Corte. La complessità della questione si apprezza in un passo dell'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissidente del giudice Pinto de Albuquerque alla sentenza Herrmann c. Germania: «È nell›interesse della certezza del diritto, della prevedibilità e dell›uguaglianza dinanzi alla legge che la Corte non si discosti dalla sua precedente giurisprudenza senza valide ragioni se le circostanze della nuova causa non sono "materialmente" distinte da quelle dalla causa precedente. Un precedente consolidato della Corte può essere accantonato quando vi è un consenso emergente, sia negli ordinamenti giuridici interni degli Stati Mem-

1. A. Barak, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, pp. 227 ss, spec. P. 233.

2. L.A. Sicilianos, *Le Protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme: un instrument (heureusement) éphémère*, in *Annuaire Français de droit international*, LV, 2009, pp. 729 ss, spec p. 739.

bri del Consiglio d'Europa, nell'ordinamento giuridico interno dello Stato Convenuto o in base a strumenti internazionali specializzati, a favore di uno *standard* giuridico diverso, o quando vi sono nuove conoscenze scientifiche che incidono sulla questione in esame. Tuttavia, mentre l'effetto di una precedente sentenza della Corte non si limita alla persuasività delle ragioni che essa fornisce, essa non possiede la forza della regola dello *stare decisis*, ... Infatti, la Corte è pronta a rivedere la propria giurisprudenza quando quest'ultima è incerta o ha bisogno di "ulteriore sviluppo", al fine di ampliare l'ambito di protezione offerto dalla Convenzione. Inoltre, l'interpretazione della Convenzione come "strumento vivente" che garantisce diritti effettivi, non illusori, è intrinsecamente incompatibile con un effetto orizzontale di "*stare decisis*" della giurisprudenza della Grande Camera. Poiché la Convenzione deve essere interpretata alla luce delle circostanze attuali, la Grande Camera non è vincolata dalla propria giurisprudenza precedente. Al contrario, la struttura interna della Corte implica un effetto di "*stare decisis*" verticale della giurisprudenza della Grande Camera sulle sentenze di Camera. Esiste un'unica eccezione a questa regola: nei casi in cui la Camera intenda discostarsi dalla precedente giurisprudenza della Grande Camera e spogliarsi del caso, ma una delle parti vi si opponga, la Camera può discostarsi successivamente dalla suddetta giurisprudenza. Il successivo rinvio della causa darà la possibilità alla Grande Camera di riesaminare la propria giurisprudenza alla luce della sentenza della Camera impugnata. La stessa situazione eccezionale può verificarsi anche quando una Camera desidera discostarsi dalla precedente giurisprudenza della Camera. In considerazione dell'effetto orizzontale delle sentenze camerali sulle future sentenze camerali, la sezione è vincolata dalla propria giurisprudenza precedente o da quella di altre sezioni, tranne quando si spoglia della causa e una delle parti vi si oppone. Pertanto, la coerenza della giurisprudenza della Corte dipende da una delicata e intricata differenziazione dei problemi giuridici e delle circostanze di fatto delle cause che le sono sottoposte. Tuttavia, questo delicato compito di differenziazione tra le cause non deve evolvere in una sottile manipolazione delle caratteristiche specifiche della causa per evitare l'applicazione di un principio stabilito dalla giurisprudenza della Corte. Una simile manipolazione screditerebbe la Corte e indebolirebbe l'autorità delle sue sentenze». (*TdA*[3]).

Non possiamo in questa sede che limitarci a un'elencazione delle particolarità del sistema, ognuna delle quali potrà essere oggetto di futuri approfondimenti da parte di questa Rivista:

- La Convenzione Edu non è uno strumento d'uniformazione del diritto interno degli Stati Contraenti, che conservano le loro caratteristiche di fondo e di procedura; è uno strumento di armonizzazione minima del diritto degli Stati Contraenti che hanno «un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto» (preambolo alla Convenzione).
- La Corte Edu è l'unico organo che nel sistema convenzionale decide sulle eventuali violazioni; inoltre non esiste un organo legislativo che può intervenire facendo evolvere il sistema normativo e se del caso incidendo sull'interpretazione datane dalla giurisprudenza
- Le sentenze della Corte Edu hanno per funzione primaria quella di risolvere i casi concreti, accertando se nello specifico e nell'ambito di un ricorso individuale, vi è stata violazione di un diritto stabilito dalla Convenzione; peraltro, allo stesso tempo, chiarificano, salvaguardano e sviluppano le norme della Convenzione contribuendo in questo modo al rispetto degli impegni che gli Stati hanno assunto (Irlanda c. Regno Unito § 154)
- Le norme della Convenzione sono di tipo costituzionale e di per sé mal si adattano a un discorso di precedente rigido, dovendosi adattare le loro interpretazioni alle modificazioni della vita pubblica e della società
- La Corte Edu non è un organo che si colloca al vertice di un sistema giudiziario organizzato in maniera più o meno ampia in modo gerarchico, per cui si può parlare di precedente solo in senso orizzontale, salvo che nella relazione tra Camera e Grande Camera, che è di tipo verticale
- La Corte Edu adotta una sorta di "nozione autonoma" di precedente, come è dimostrato dal fatto che si fa ricorso ai "precedenti" per ricordare le regole d'interpretazione delle norme convenzionali prima, o anche a prescindere dall'analisi delle similarità fattuali; in tal modo non è chiaro o non è esplicitato il nesso che lega il precedente al nuovo caso sottoposto all'esame del giudice europeo, il che è particolarmente evidente quando i precedenti citati fanno riferimento a contesti fattuali e normativi completamente diversi dalla fattispecie concreta da decidere (vedi McKay c Regno Unito

3. Non sono state tradotte e riportate le note all'opinione, per non appesantire il testo; le medesime possono essere lette nel testo originale su Hudoc.

in relazione alla citazione del precedente Kudla c Polonia; Idalov c Russia in relazione ai precedenti Irlanda c Regno Unito e Vasyukov c Russia e Alver c Estonia; Brazzi c. Italia in relazione ai precedenti Smirnov c. Russia, Modestou c. Grecia; Gustanovi c. Bulgaria; Arnoldi c. Italia in relazione ai precedenti Patrono, Sottani, Michova)

- Le motivazioni delle sentenze sono redatte secondo un modello *standard*, col concorso predominante della Cancelleria: svolgimento dei fatti, normativa interna o internazionale rilevante, questioni di ammissibilità, questioni di merito; entrambi i tipi di questioni sono trattati secondo lo schema: prospettazione delle parti, giurisprudenza della Corte, applicazione dei principi al caso di specie; di regola il precedente e la sua motivazione non sono discussi e il caso può essere risolto con una condanna o una non-violazione, come nei precedenti invocati, senza un'analisi fattuale delle ragioni della sussunzione della fattispecie concreta sotto un precedente
- La presenza statisticamente rilevante di opinioni separate, non solo dissidenti ma anche concorrenti, dei giudici implica che in alcuni casi il ragionamento seguito dalla maggioranza sia abbastanza fluido (vedi Moreira Ferreira c. Portogallo decisa con una maggioranza di 9 a 8, con opinione dissidente comune ai giudici Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølbro e O'Leary; opinione dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, a cui si sono associati i giudici Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović et Kūris; opinione dissidente del giudice Kūris, a cui si sono associati i giudici Sajó, Tsotsoria e Vehabović; opinione dissidente del giudice Bošnjak)
- Le nozioni cui si fa riferimento per allontanarsi dal precedente non sono stringenti ("raisons impérieuses" o "motif valable")
- Mentre i principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento acquistano sempre più importanza (vedi Dichiarazione di Copenaghen e Protocollo addizionale alla Cedu n. 15) nella giurisprudenza della Corte e nella prospettiva di lungo termine degli Stati Membri, le problematiche istituzionali che affliggono le "nuove democrazie", che a partire dagli anni '90 hanno allargato i confini geografici del Consiglio d'Europa, e i chiari attacchi allo Stato di Diritto cui assiste anche all'interno dell'Unione europea rendono ormai impossibile per la Corte Edu considerare i 47 Stati come membri di un "club" dove tutti rispettano le medesime regole di base[4].

5. Antecedente, precedente *tout court* o precedente consolidato?

5.1. Il precedente consolidato Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la sentenza n. 49/2015 (legittimità della confisca urbanistica alla luce della sentenza Varvara)

Il confronto a distanza, che occupa in particolare le Corti supreme nazionali e le Corti europee di Strasburgo e del Lussemburgo e che viene riassunto con la formula positiva del «dialogo fra Corti», non poteva non trovare nella questione del precedente un terreno di elaborazione. Particolarmente significativa a questo proposito è la sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale.

La questione rimessa al vaglio del giudice delle leggi era, in estrema sintesi, la legittimità della confisca urbanistica alla luce della sentenza della Corte Edu nel caso Varvara c. Italia, ritenendo il giudice remittente che l'articolo 44, 2° co. dPR n. 380/2001 dovesse ormai assumere il significato attribuitogli dalla Corte di Strasburgo. La Corte costituzionale perviene ad una pronuncia di inammissibilità fissando i canoni ermeneutici che il giudice interno deve adottare e in particolare il valore da attribuire alle pronunce del giudice europeo.

La Corte costituzionale ha riaffermato i principi, già presenti nella sua giurisprudenza, secondo cui: a) compete al giudice comune di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla «dimensione ermeneutica che la Corte Edu adotta in modo costante e consolidato» (sentenza n. 239 del 2009), b) a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008); c) il dovere del giudice di cui sub a) è subordinato al «prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007). Ed ha aggiunto che «Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso

4. Su questa importante problematica, vedi R. Spano, *The future of the european Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 18, pp. 473 ss.

concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana». Dopo aver ricordato che le sentenze della Corte Edu, anche se tendenti ad assumere un valore generale e di principio restano legate alla concretezza delle situazioni che l'hanno originata (cfr. sentenza n. 236 del 2011), la Corte costituzionale ribadisce da un lato che «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la "parola ultima" (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della Cedu. Si tratta di una "funzione interpretativa eminente" (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo», dall›altro che «la Cedu non ha reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale». Infatti, Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'articolo 101, secondo comma, Cost., con il quale si «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto» (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della Cedu, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento. ».

Dopo aver ben distinto la diversa situazione in cui il giudice debba dar corso alla sentenza Cedu per rimuovere la violazione accertata dalla Corte Edu nel caso concreto, ha ribadito che l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito in prima battuta al giudice comune (cfr. sent. n. 349 del 2007), il quale, in forza del coordinato disposto degli articoli 101, 2° co, e 117, 1° co, Cost., è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte Edu sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera. .... La nozione stessa di giurisprudenza consolidata trova riconoscimento nell'articolo 28 della Cedu, a riprova che, anche nell'ambito di quest'ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un "well-established case-law" che "normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber", salvo il caso eccezionale su questione di principio, "particularly when the Grand Chamber has rendered it"(così le spiegazioni all'articolo 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l'articolo 28 della Cedu)». Sottolineate le difficoltà nell'individuazione del consolidamento della giurisprudenza, la Corte costituzionale offre al giudice italiano una serie di indicatori: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto.

Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo ... ».

Sono noti gli ampi dibattiti sollevati da questa pronuncia, il cui chiaro argomentare si è voluto citare ampiamente per esteso, condividendolo e non potendolo rendere in forma migliore.

È noto anche che, almeno in suoi settori maggioritari, la Corte Edu non abbia apprezzato particolarmente questa sentenza, che l'allontana da quella funzione di Corte costituzionale europea cui, in alcune sue componenti, aspira. Significativo un breve passaggio della sentenza GIEM ed altri c. Italia, ancora in materia di confisca urbanistica. Pur pervenendo tale decisione ad approdi ermeneutici sostanzialmente armonici rispetto all'elaborazione della nostra Corte costituzionale, si afferma: «252. Tuttavia, se da un lato è chiaro che, come indicato nella sentenza Varvara ..., la dichiarazione di responsabilità penale richiesta è spesso contenuta in una sentenza penale che condanna formalmente l'imputato, in ogni caso ciò non costituisce una norma imperativa. In effetti, la sentenza Varvara non permette di concludere che le confische per lottizzazione abusiva devono necessariamente essere accompagnate da condanne penali ai sensi del diritto nazionale. Da parte sua, la Corte deve assicurarsi che la dichiarazione di responsabilità penale rispetti le tutele di cui all'articolo 7 e derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell'articolo 6. *In proposito, la Corte sottolinea che le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate*», laddove la frase da noi messa in evidenza non ha alcuna funzione argomentativa ma esprime, almeno per chi legge, solo il desiderio di rispondere alla nostra Corte costituzionale. In proposito osserva il giudice Pinto de Albuquerque (alla nota 96 della sua opinione parzialmente concordante e parzialmente dissidente): «L'inserimento di questa frase può sembrare singolare, ma ha una spiegazione. La Corte voleva porre un principio prima di iniziare l'analisi del valore della sentenza Varvara nei successivi paragrafi 255 – 261. Il principio, che riguarda il "carattere vincolante" e "l'autorità interpretativa" di tutte le sentenze della Corte, è una risposta diretta alla sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale nonché un messaggio rivolto a tutte le corti supreme e costituzionali in Europa».

Quel desiderio appare evidente nell'opinione concordante della giudice Motoc, preceduta da alcuni versi tratti dal Canto V del Paradiso dantesco (*«Apri la mente a quel ch'io ti paleso/ e fermalvi entro; ché non fa scienza,/ sanza lo ritenere, avere inteso»)*, dove si osserva che, all'affermazione del giudice delle leggi secondo cui la Costituzione è "assiologicamente" predominante sulla Convenzione, «la nostra Corte ha solo reagito in modo fermo ma moderato, sottolineando che "le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono quindi dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate"». Ancor più significativa la lunga e articolata (circa 30 pagine) opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente che il giudice Pinto de Albuquerque dedica a una replica minuziosa alla sentenza n. 49/2015, ritenendo che la sentenza GIEM abbia mandato un messaggio «forte e chiaro: tutte le sentenze della Corte hanno lo stesso valore giuridico, la stessa natura vincolante e la stessa autorità interpretativa». Rinviando alla lettura della complessa opinione, è interessante, anche ai fini del prosieguo della trattazione, sottolineare un passaggio, ove si afferma: «39. Tuttavia, il concetto di giurisprudenza consolidata differisce radicalmente da quello di "diritto consolidato" utilizzato dalla Corte costituzionale, nonostante un'apparente similitudine. In primo luogo, la funzione di una giurisprudenza consolidata non è in alcun modo quella di modulare la forza normativa o la "densità persuasiva" delle sentenze e delle decisioni della Corte in funzione del grado di "consolidamento". L'unica funzione di una giurisprudenza consolidata è quella di conferire a un Comitato la "competenza" di decidere su una causa invece di rinviarla a una sezione della Corte. Ciò non è dovuto al fatto che una giurisprudenza consolidata sarebbe in un certo modo superiore al resto della giurisprudenza, ma semplicemente al fatto che consente il ricorso ad una procedura "semplificata" per le cause ripetitive. Inoltre, i ricorrenti possono contestare la natura consolidata della giurisprudenza appellandosi all'articolo 28 §3 della Convenzione. La giurisprudenza consolidata permette alla Corte di operare una distinzione nella sua giurisprudenza sulla base della semplicità d'interpretazione, ma non è in alcun modo indicativa del carattere vincolante delle sue sentenze. 40. La Convenzione significa ciò che la Corte ritiene che la Convenzione significhi, né più né meno».

Sembra utile precisare che l'evoluzione della giurisprudenza italiana, che ha cercato di effettuare un efficace bilanciamento tra principi affermati dalla Corte di Strasburgo e scelte politiche del legislatore in materia di tutela ambientale, trova considerazione nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Spano e Lemmens.

L'11 gennaio 2019 si è tenuto presso la Corte costituzionale un incontro dedicato al dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane con la partecipazione dei vertici della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte costituzionale, della Cassazione e della relativa Procura generale, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e del Consiglio superiore della magistratura. Come si legge nel comunicato stampa, «dalla discussione è emersa anzitutto la necessità che le Corti europee – in una fase storica di debolezza, in alcuni Paesi, dei diritti fondamentali – dialoghino tra loro per la piena tutela di questi diritti, anche assicurando l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze».

Ci attendiamo dunque ulteriori positivi sviluppi e una rinnovata reciproca comprensione.

5.2. Wecl – well established case law: dal "precedente consolidato" al "precedente tout court" nella giurisprudenza della Corte Edu

L'insistenza della Corte Edu nell'affermare che tutte le sue sentenze e decisioni hanno la stessa efficacia vincolante, indipendentemente dal collegio che le ha adottate, è sorretta certamente da una ragione ulteriore a quella di rispondere "per le rime" alla Corte costituzionale italiana. È infatti da tempo in corso una revisione delle procedure interne della Corte tendente alla semplificazione delle procedure (in via di prassi e non di modifiche alle Regole della Corte), alla risoluzione dei casi con regolamenti amichevoli, alla riduzione del numero di casi decisi dalla Camera composta da 7 giudici, all'accoglimento delle richieste di rinvio alla Grande Camera di 17 giudici tendenzialmente solo per casi idonei a tracciare la politica giudiziaria dell'organo. L'obiettivo è quello di consentire alla Corte, nelle sue composizioni maggiori (Camera e Grande Camera) di concentrarsi sui casi "più rilevanti". Lo strumento è la canalizzazione della stragrande maggioranza dei casi ammissibili (*id est* che hanno passato il vaglio di non manifesta inammissibilità) verso il Comitato dei 3 giudici. Questa operazione di "court management" passa attraverso l'estensione della nozione di "giurisprudenza consolidata" ai sensi dell'articolo 28 della Cedu.

Ma cominciamo dall'inizio.

A fronte delle problematiche gestionali del flusso di richieste, a partire dal 2010 si sono tenute varie conferenze di alto livello, su iniziativa della Presidenza di turno del Consiglio d'Europa, aventi ad oggetto il futuro della Corte Edu e il rafforzamento dell'efficacia e qualità della sua azione; ognuna si è conclusa con l'adozione di una dichiarazione che individuava obbiettivi e formulava raccomandazioni per la Corte, gli Stati Membri (SM) e il Consiglio d'Europa.

Fin dalla prima Dichiarazione quella di Interlaken, gli Stati Membri si sono posti il problema del crescente arretrato della Corte Edu e del suo impatto negativo sull'efficacia e la tempestività del suo intervento. Nelle Dichiarazioni succedutesi tra il 2010 e il 2015 (Interlaken, Smirne, Brighton, Bruxelles), - pur centrate sulle obbligazioni degli Stati che, attraverso attuazione dei diritti convenzionali ed esecuzione delle sentenze, dovrebbero favorire la diminuzione del flusso delle richieste – vari inviti sono stati rivolti alla Corte per l'adozione di misure (un "filtro" efficace, "decisioni pilota", incentivazione dei Regolamenti amichevoli) idonee all'eliminazione delle pendenze di ricorsi inammissibili e ripetitivi. In quegli anni, l'articolo 61 delle Regole della Corte introduce le sentenze pilota, entra in vigore il Protocollo 14 alla Convenzione, che introduce la formazione del giudice unico e quella del Comitato di 3 giudici, viene creato un filtro efficace. Sia la Dichiarazione di Smirne che quella di Brighton incoraggiano l'applicazione dell'articolo 28 e un'ampia interpretazione del concetto di precedente consolidato ("*well established case-law*" – Wecl), in modo da aumentare il numero di casi giudicati con la procedura di Comitato, senza pregiudizio di un adeguato esame delle circostanze del caso e dell'efficacia non vincolante delle decisioni contro Stati diversi da quello che ne è destinatario (punto 20 lett. f). Filtro, giudice unico per le inammissibilità, distacco di giuristi nazionali hanno come risultato l'eliminazione dell'arretrato costituito da ricorsi manifestamente irricevibili.

Nel marzo 2015 la Conferenza di Bruxelles si è conclusa ponendo l'obbiettivo imprescindibile della riduzione dell'arretrato come precondizione di una decisione in un termine ragionevole dei nuovi casi. È stata sottolineata l'importanza di individuare efficaci metodi di gestione dei casi secondo criteri di priorità e nuovi metodi di trattazione degli affari ripetitivi e gli Stati Membri sono stati incoraggiati a privilegiare soluzioni alternative alle procedure contenziose.

La Corte Edu ha individuato tali metodi nell'allargamento del concetto di "precedente consolidato" che consente l'aumento esponenziale dell'assegnazione dei casi ai Comitati di 3 giudici. A giugno 2017 la Corte ha adottato un Rapporto sui metodi di lavoro per aumentare il numero di casi decisi dal Comitato di tre giudici, anticipato per estratto agli Stati Membri nel luglio e presentato durante la Riunione degli Agenti del Governo del dicembre dello stesso anno. Di particolare rilievo ai nostri fini le linee guida fissate per l'assegnazione dei casi al Comitato; in sintesi:

a) un nuovo caso, che abbia superato il filtro di ammissibilità, va assegnato al Comitato a meno che: sollevi una questione di interpretazione o di applicazione nuova, riguardante la Convenzione o i Protocolli, o, pur in presenza di principi generali consolidati, vi siano dubbi sufficientemente seri sulla sussistenza della violazione, nei quali casi va assegnato alla Camera;
b) un caso va sempre assegnato alla Camera se di primo piano o sensibile intendendo per tale un caso sul quale c'è molta attenzione a livello interno o che ha riflessi sui mass media;
c) rientrano nella procedura Wecl-Comitato:
   c1) i casi che pongono questioni che sono già risolte con giurisprudenza costante, cioè: gli affari ripetitivi in senso stretto, gli affari "clone", gli affari che rientrano in una sentenza pilota (ad es. durata eccessiva dei processi, mancanza o ritardo nell'esecu-

zione dei giudicati interni, la durata eccessiva della detenzione provvisoria, condizioni di detenzione inadeguate)

c2) i casi ripetitivi secondo un'interpretazione estensiva dell'articolo 28 Conv. («si deve ... interpretare [l'articolo 28] più estensivamente, in modo da ricomprendervi anche gli affari che vi si presterebbero, attualmente registrati come casi di Camera *standard* e classificati nella categoria IV, allorquando le questioni sollevate sul terreno della Convenzione possono essere considerate come oggetto di una giurisprudenza costante – consolidata – nel senso precisato nel rapporto» - *TdA* [5]);

c3) casi che rientrano «grosso modo» in un precedente senza che vi sia necessità che un affare identico sia stato deciso;

c4) casi decisi da una sentenza recente di Camera;

c5) casi che non pongono questioni nuove, che non hanno un interesse giurisprudenziale, che non hanno un interesse rilevante per lo Stato;

c6) casi che rientrano in 3 precedenti adottati verso altri Stati.

Il 18 aprile 2018, è intervenuta la Dichiarazione di Copenaghen, la quale si è limitata a prender atto delle nuove misure, invitando la Corte a ricercare, in cooperazione con gli Stati Membri, nuovi e efficaci modelli di gestione, nel rispetto del principio del ricorso individuale e del diritto di difesa delle parti, che la moltiplicazione di procedure semplificate e l'estensione del concetto di precedente potrebbero mettere a rischio.

L'obbiettivo di un aumento dell'efficacia gestionale dei flussi dei ricorsi e dell'effettività della tutela dei diritti umani da parte della Corte è primario e condiviso. Non può peraltro non chiedersi se ciò possa avvenire senza danni abbandonando - in via di decisione "amministrativa" o manageriale anziché attraverso un processo di evoluzione della giurisprudenza che si confronti con la necessità di motivazione e convinzione – un chiaro concetto di giurisprudenza consolidata quale «pluralità di decisioni omologhe di una Camera o una sentenza pilota o una sentenza della Grande Camera» (emergente dall'articolo 28 Cedu, dal rapporto esplicativo al Protocollo 14 e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte) per sostituirlo col «precedente unico di Camera» o coi «3 precedenti contro altri Stati». Le implicazioni, anche sulla base di quanto fin qui esposto, sono evidenti. Le conseguenze possibili sono rilevanti e non possono essere sottostimate: si va dall'erosione delle prerogative degli Stati Membri (pericolosa in un periodo di crisi del Consiglio d'Europa quale l'attuale)[6] all'involuzione del rapporto di fiducia con i giudici nazionali. Questi ultimi, infatti, per farsi doverosamente applicatori delle opzioni ermeneutiche della Corte Edu devono essere convinti (il giudice, per sua funzione, esercita la ragione critica e non fa atti di fede). La "neverending story" del concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso lo dimostra.

5.3. Il ruolo delle esecuzioni (e del Cmdh)

Almeno per grandi linee deve, infine, riflettersi sul ruolo che hanno le esecuzioni nella formazione del precedente consolidato, in specie ai fini dell'applicazione di quel precedente a livello di sistema interno. La responsabilità dell'esecuzione delle sentenze Cedu appartiene agli Stati Membri coadiuvati dal Comitato dei Ministri. Le misure individuali (pagamento dell'equa soddisfazione e delle spese giudiziali; eventuale revisione del processo o adozione dei provvedimenti atti a rimuovere la violazione individuale) sono di facile individuazione, esecuzione e accertamento. Più complessa è evidentemente l'individuazione e l'attuazione di tutte quelle misure che siano idonee a impedire che violazioni simili si ripetano nel futuro. Possono essere necessarie riforme

5. «il faudrait ... interpréter [l'article 28] plus extensivement, de manière à englober aussi les affaires qui s'y prêteraient, actuellement enregistrées comme affaires de chambre standard et classées dans la catégorie IV, lorsque les questions soulevées sur le terrain de la Convention peuvent être regardées comme faisant l'objet d'une jurisprudence constante – bien établie – comme le précisent les observations faites dans le rapport explicatif».

6. Lo Stato può opporsi ma non ha un diritto di veto rispetto al rinvio davanti al Comitato, al cui collegio non partecipa necessariamente, come alla Camera, il giudice nazionale – l'unico che in principio conosce il diritto interno e può leggere integralmente gli atti -, le cui decisioni sono definitive senza che possa essere chiesto il rinvio in Grande Camera. Per valutare l'ampiezza della lesione delle prerogative degli Stati Membri deve considerarsi che la previsione ha avuto carattere di "concessione" degli stessi, la quale dovrebbe pertanto essere applicata secondo il suo significato originario e non innovandone il senso. Sulla mancanza del potere di veto e sulla non obbligatorietà della presenza del giudice nazionale vedi Sicilianos, cit., il quale sottolinea come gli Stati più reticenti si siano infine convinti sia per non rendere troppo difficile il funzionamento del Comitato sia perché «la presenza di questo giudice non è necessaria tenuto conto del fatto che il Comitato si pronuncerà su questioni già definite (déjà tranchées) dalla Corte». *Quid* quando a definire la questione siano state le Camere che si occupano di altri Stati con altri ordinamenti giuridici? O la Camera dello Stato ma con una sola decisione, che potrebbe avere profili di problematicità?

normative, attività di formazione, messa a disposizione delle autorità competenti delle risorse umane e materiali necessarie per rendere le riforme operative, attività di diffusione di consapevolezza (si pensi alla violenza di genere o ai trattamenti disumani e degradanti). Il Comitato dei Ministri in composizione Diritti umani supporta, consiglia, indirizza lo Stato in questo compito, non sempre facile, di concreta realizzazione dei Diritti umani nel sistema interno. Accanto a casi che richiedono un grande sforzo ideativo e applicativo dello Stato (si pensi ai casi Talpis, Nasr e Gali, Khlaifia, Scoppola ... i cui atti si possono leggere su Hudoc Exec) ve ne sono altri nei quali non esiste un problema strutturale o sistemico, non vi sono rischi (salvo patologie imprevedibili) di ripetizione della violazione, che si rivela essere stato un caso isolato, il frutto di una decisione sbagliata (l'errore umano), che nessuna norma o meccanismo di allerta potrà mai prevenire. Le decisioni del Comitato dei Ministri di chiusura dell'esecuzione (o mantenimento del monitoraggio sostenuto) sono in tal senso una guida sicura per comprendere di fronte a che tipo di decisione ci si trovi: una violazione sistemica o ricorrente, che richiede azioni di correzione e (secondo i casi) adeguamento alle scelte ermeneutiche da parte del giudice nazionale (coi limiti segnati dalla Corte costituzionale), o una violazione isolata, rispetto alla quale la condanna ha rilevanza individuale ma non di sistema. Quest'ultimo tipo di decisioni non possono evidentemente svolgere un ruolo di precedente ma, al massimo, di campanello d'allarme contro il rischio di errore del singolo.

Overruling e prevedibilità della decisione

di *Martina Condorelli* e *Luca Pressacco**

Il fenomeno dell'*overruling* è stato negli ultimi anni oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana, anche sulla scorta del ruolo crescente attribuito al "diritto vivente" e degli orientamenti della giurisprudenza europea. Nel presente contributo, gli Autori ripercorrono gli itinerari, specialmente giurisprudenziali, che hanno progressivamente conferito rilievo giuridico al fenomeno dell'*overruling*. In particolare, vengono analizzati presupposti, limiti ed effetti del *revirement* giurisprudenziale nei settori amministrativo, civile e penale, per dare conto dei rimedi esperibili al fine di tutelare l'affidamento nell'interpretazione di regole di natura sostanziale o processuale.

Introduzione

Negli ordinamenti di *common law*, il termine "*overruling*" indica l'abbandono di un indirizzo precedentemente accolto da parte di una corte abilitata a enunciare dei principi di diritto in grado di vincolare gli altri giudici[1]. Questi saranno tenuti ad applicare il nuovo principio di diritto alle controversie sottoposte al loro esame: attesa la natura formalmente dichiarativa del principio di diritto enunciato dall'organo della nomofilachia, è possibile che il giudice vincolato si veda costretto a qualificare fatti avvenuti prima dell'*overruling* secondo un'interpretazione al tempo difficilmente prevedibile per il soggetto agente.

Tali evenienze sono senz'altro fisiologiche, sebbene non sempre auspicabili. Invero, i conflitti giurisprudenziali – siano essi sincronici o diacronici – non potrebbero essere considerati, di per sé, contrari alla buona amministrazione della giustizia, come riconosce la stessa Corte di Strasburgo, avvertendo che «*the failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement*»[2]. I principi di certezza del diritto[3] e dell'equo processo (art. 6 Cedu) imporrebbero unicamente la predisposizione di misure idonee a evitare, per quanto possibile, il protrarsi dei conflitti giurisprudenziali[4] e, nel caso di mutamento giurisprudenziale, l'adeguata motivazione della scelta di abbandonare un orientamento consolidato[5].

---

* L'introduzione e il paragrafi 1 del presente contributo sono stati redatti da Martina Condorelli e i paragrafi 2, 3 e 4 da Luca Pressacco.

1. Per un inquadramento generale sul potere di *overruling*, cfr. – *ex multis* – N. Duxbury, *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 117 ss. e E. Calzolaio, *Mutamento giurisprudenziale e* overruling, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 67, n. 3/2013,n p. 899, con particolare riferimento all'ordinamento inglese; nonché U. Mattei, voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Dig. disc. priv.*, vol. XIV, Torino, 1996, pp. 158 ss.

2. Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 58, le cui considerazioni sono state da ultimo riprese da Corte Edu, Grande Camera, 29 novembre 2016, *Parrocchia cattolica di Lupeni e altri c. Romania*, § 116.

3. «*Which is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law*»: così Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 56.

4. Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 55. Cfr., per un'applicazione pratica di tale principio, Corte Edu, 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov c. Bulgaria*, § 49 ss.

Sotto questo profilo, l'ordinamento processuale italiano appare conforme alle indicazioni della Corte, prevedendo una serie di strumenti volti a evitare che insorgano contrasti giurisprudenziali. Tale fine è stato perseguito, ad esempio, mediante la previsione di meccanismi che «*senza incidere direttamente sul valore del precedente mira[no] alla stabilità della giurisprudenza* (...) "*incentivando*" *l'adesione al precedente (o disincentivando il discostarsi da esso)*»[6], anche scoraggiando le parti a fondare le proprie difese su argomentazioni contrastanti con l'orientamento consolidato[7].

Nella medesima prospettiva viene in rilievo, inoltre, l'introduzione di un vincolo orizzontale *relativo* al precedente delle sezioni unite o dell'adunanza plenaria: affinché l'orientamento espresso da tali organi possa essere superato, la sezione semplice è ormai tenuta a rimettere nuovamente la questione al supremo consesso[8] o, se ritiene l'indirizzo contrario al diritto europeo, alla Corte di giustizia dell'Unione europea[9].

In questo modo, l'*overruling* è stato, in una certa misura, "procedimentalizzato" e "accentrato": si svolge ormai entro un contesto dialogico, in cui l'ordinanza di rimessione della sezione semplice gioca un ruolo fondamentale, garantendo che l'eventuale abbandono dell'indirizzo precedentemente accolto sia esplicito e adeguatamente motivato, e quindi – in ultima istanza – necessario[10].

---

5. Corte Edu, 14 gennaio 2010, *Atanasovski c. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, § 38.

6. F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, 16 ottobre 2017 (disponibile *online* www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/patroni-griffi-valore-del-precedente-e-nomofilachia-16-ottobre-2017). Analogamente, cfr. G. Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia,* in *Federalismi*, n. 19/2018, in particolare, pp. 9 ss. (www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?eid=491&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE_23102018184613%252Epdf).

Si pensi all' art. 118, comma 1, disp. att. cpc, che semplifica l'onere motivazionale del giudice permettendogli di fondare la propria decisione sui «*precedenti conformi*». La stessa cosa consente di fare l'art. 74 cpa, seppure in ipotesi limitate. Infine, sul punto, deve richiamarsi il decreto del primo presidente della Corte di cassazione del 29 aprile 2016, n. 68, che prevede, all'art. 1, che «*i collegi delle sezioni penali, quando sono chiamati a decidere con sentenza su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principî giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio* (...) *redigano la motivazione in forma "semplificata", con richiamo dei precedenti conformi in caso di prospettazione di questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della Corte*».

7. Si pensi al cd. "filtro in cassazione" *ex* art. 360-*bis* cpc, comma 1, introdotto con la legge 18 giugno 2009, n. 69, o alla possibilità di sanzionare la parte che abbia fondato la propria azione su argomentazioni che si pongano in contrasto con orientamenti consolidati della giurisprudenza, *ex* art. 26, comma 2, cpa o art. 96, comma. 3, cpc. La versione originale dell'art. 26, comma 2, cpa prevedeva che «*il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati*». Modificata dal primo correttivo al codice (d.lgs 15 novembre 2011, n. 195), che ammette la sanzione della parte che abbia «agito o resistito temerariamente», la disposizione continua a essere interpretata dalla giurisprudenza amministrativa come una sanzione della contestazione di orientamenti consolidati: cfr. in questo senso, esplicitamente, Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014, 148, con nota di A. Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1436, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Giustizia amministrativa*, n. 992. Allo stesso modo, la giurisprudenza civile ravvede nell'argomentazione in contrasto con la giurisprudenza consolidata un sintomo di temerarietà della lite: Cass. civ., sez. unite, 20 aprile 2018, n. 9912, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Spese giudiziali civili*, n. 13; Cass. sez. VI civ., ord. 22 febbraio 2016, n. 3376, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Cassazione civile*, n. 235. In entrambi i casi, a essere sanzionata non è la mera critica agli orientamenti consolidati, bensì l'insussistenza di argomentazioni fondate per giustificare tale critica.

8. Per il processo penale, cfr. l'art. 618, comma 1.*bis*, cpp, introdotto con legge 23 giugno 2017, n. 103, su cui cfr., in particolare, R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* (l. 103/2017), Giuffrè, Milano, 2017, p. 276; per il processo civile, cfr. l'art. 374 cpc, introdotto con la legge 2 febbraio 2006, n. 40 (su cui cfr. R. Rordorf, Stare decisis. *Osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano,* in *Foro it.*, 2006, V, p. 284, e la dottrina *ivi* citata) e, per il processo amministrativo, cfr. l'art. 99, comma 3, cpa, introdotto con il d. lgs 2 luglio 2010, n. 104 (su cui cfr. E. Follieri, *L'introduzione del principio dello* stare decisis *nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato,* in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1237; S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Cedam, Padova, 2011; G. Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012).

9. Secondo quello che A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 345 ss. (in particolare, p. 359) ha definito un «diritto alla ribellione» dei giudici nazionali, sancito da Cgue, sez. I, 20 ottobre 2011, n. 396, *Interedil*, C-396/09 (http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-396/09) e Cgue, Grande Sezione, 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13, in *Giur. it.*, 2016, 2221 con nota di A. Giusti, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*; si vedano, inoltre, le seguenti note: C. Lamberti, *La Corte di Giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo di interprete (unica) del diritto europeo* in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 1080 e E.M. Barbieri, *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 541.

10. Prima dell'introduzione del vincolo "relativo" del precedente, la giurisprudenza affermava già che il giudice che intendesse discostarsi dagli orientamenti del giudice della nomofilachia dovesse motivare specificamente la propria scelta: cfr., in questo senso, Cass., sez. III

1. I rimedi all'imprevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale nel diritto civile e amministrativo

Nei casi in cui tali misure di "contenimento" falliscano e si verifichi l'insorgere di un contrasto giurisprudenziale o addirittura il superamento, da parte dell'organo della nomofilachia, dell'orientamento precedentemente accolto, può essere emanata una pronuncia "imprevedibile", poiché fondata su un principio di diritto diverso da quello sul quale la parte aveva fatto affidamento.

*1.1. L'*overruling *in materia processuale*

È stato sostenuto, sulla scorta di plurime argomentazioni, che l'*overruling* avesse una rilevanza differente a seconda della natura della norma diversamente interpretata. Secondo parte della dottrina tedesca, l'affidamento nell'interpretazione giurisprudenziale assumerebbe rilevanza giuridica solo qualora abbia a oggetto una regola processuale: nell'interpretare e applicare la regola sostanziale, il giudice decide su un rapporto rispetto al quale è terzo; al contrario, nell'applicare la regola processuale, il giudice modella la propria relazione con il cittadino. Egli sarebbe, quindi, tenuto a comportarsi secondo buona fede e a non modificare unilateralmente e repentinamente la disciplina di tale rapporto[11]. Secondo la dottrina italiana, invece, se il mutamento giurisprudenziale relativo alla norma sostanziale è generalmente ascritto all'ambito dell'*alea* – accettabile, seppur *non preferibile* – del diritto[12], il mutamento della regola processuale condurrebbe a esiti intollerabili. La certezza del diritto in ambito processuale sarebbe un valore particolarmente importante[13], visto che la perdita del diritto di agire in giudizio comporta, inevitabilmente, la perdita di far valere la posizione sostanziale sottostante[14]. Infine, si è notato che il nuovo art. 111 Cost.

---

pen., 23 febbraio 1994, n. 1999, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Cassazione penale*, n. 6; Cass. civ., sez. lav., 13 maggio 2003, n. 7355, in *Foro it.*, 2004, I, 1237, e giurisprudenza *ivi* richiamata, cui *adde* Cass. civ., 3 dicembre 1983, n. 7248, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Legge*, n. 25.
Tale onere motivazionale risulta particolarmente rafforzato nei casi in cui *l'overruling* abbia ad oggetto una norma processuale (in questo senso, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 6 novembre 2014, n. 23675, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Procedimento civile*, n. 146, secondo la quale «*l'overruling delle sezioni unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti"*»), come d'altronde auspicavano già da tempo voci autorevoli in dottrina – in questo senso, cfr. P. Calamandrei, *La Cassazione civile – vol. II*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1976, 67, che osservava che «*il giudice, il quale sa che scopo della sua funzione non è di risolvere eleganti problemi teorici per amor della scienza, ma di portare certezza giuridica nei conflitti di interessi che insorgono nella vita pratica, comprende che, specialmente in certe* vexatae quaestiones *di diritto processuale* [...] *una giurisprudenza costante è preferibile, nell'interesse dei privati, a una giurisprudenza giusta*».
La mancata motivazione della scelta di discostarsi da un orientamento consolidato è stata configurata come un'ipotesi di responsabilità civile del giudice: cfr., in questo senso, Cass., sez. I civ, 30 luglio 1999, n. 8260, in *Foro it.*, 2000, I, 2671, con nota di C.M. Barone e Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11859, *id.*, 2001, I, 3556, con nota di richiami. In argomento, cfr. anche F. Angeloni, *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione,* in *Contratto e impresa*, n. 1/2001, pp. 30 ss.

11. P. Mouzouraki, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais: un exemple de convergence des droits administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 266 ss., che cita in particolare J. Burmeister, *Vertraauensschutz im Prozessrecht*, Juristischen Gesellschaft, Berlino, 1979, 32; H. Maurer, *Handbuch de Staatsrechts*, vol. III, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988, 274; V. Götz, *Bundesverfassunsgericht und Grundgesetz*, in Ch. Starck (a cura di), *Bundesverfassunsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehs des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1976, p. 421.
Tale distinguo è stato ripreso dall'*Assemblée plénière* della Corte di cassazione francese (Cass., ass. plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493, *D.* 2007, p. 835, con nota di P. Morvan, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable* e in *RTD civ.*, 2007, p. 72, con nota di P. Deumier, *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*), che ha ammesso che, in virtù del principio dell'equo processo di cui all'art. 6 Cedu, possa essere «non applicata» la nuova interpretazione della norma processuale, che priverebbe la parte del diritto «all'accesso al giudice». Nella sentenza in esame, l'Assemblée plénière, come le sezioni unite nel 2011, non ha fatto un *prospective overruling*, affermando una nuova regola e precisando che si applicherà solo *pro futuro*, ma ha semplicemente deciso il caso secondo l'indirizzo *overruled* da una precedente sentenza della seconda sezione civile.

12. Così M. Gaboardi, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte,* in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 435 ss. (in particolare, p. 452).

13. In questi termini, A. Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo,* in *Foro it.*, 2011, I, p. 117.

14. R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo,* in *Foro it.*, 2010, V, p. 311. In giurisprudenza, il medesimo principio è stato affermato da Cass. civ., sez. unite, 11 aprile 2011, n.

imporrebbe la predeterminazione delle regole processuali[15], vietando di «*cambiare le regole del gioco a partita già iniziata*»[16].

L'incertezza derivante dal carattere ondivago degli orientamenti giurisprudenziali ha trovato un primo rimedio, nel processo amministrativo, nell'uso estensivo della rimessione in termini per errore scusabile[17], che da ultimo è divenuto un istituto di carattere generale anche nel processo civile (a). Dopo il 2010, tuttavia, preso atto dei limiti della rimessione in termini, la giurisprudenza ha elaborato un nuovo strumento di matrice pretoria: la "disapplicazione" o "non applicazione" del nuovo principio di diritto imprevedibile (b).

a) Rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e civile: un rimedio "dovuto"?

Sia nel diritto processuale civile[18] che nel diritto amministrativo[19], le norme che prevedevano la possibilità di una rimessione in termini avevano, sino alle rispettive riforme settoriali del 2009 e 2010, un ambito di applicazione limitato.

La giurisprudenza amministrativa ha, sin dall'inizio del secolo scorso, qualificato l'errore scusabile come un principio generale del processo amministrativo[20], ammettendo la concessione della rimessione in termini anche al di fuori dello stretto ambito di operatività delle norme di riferimento[21], seppur sempre sulla base di una valutazione discrezionale, di opportunità, del giudice.

Tale impostazione, accolta dal legislatore del 2010[22], è stata criticata da una parte della dottrina, che sostiene che il beneficio sia *dovuto* al ricorrere di circostanze che rendano obiettivamente non imputabile alla parte processuale il verificarsi della decadenza[23]. In particolare, è stato osservato che, in un processo caratterizzato da termini decadenziali brevi, l'art. 37 cpa non rappresenterebbe «*un margine di elasticità nell'applicazione delle norme processuali, quanto piuttosto una condizione per la loro appli-*

8127, in *Foro it.*, 2011, I, 1386, con nota di G. Costantino.

15. R. Caponi, *Il mutamento, op. cit.*; S. Turatto, Overruling *in materia processuale e principio del giusto processo,* in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 1151 ss. (in particolare, p. 1164). *Contra*, G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»,* in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1390 ss. (in particolare, p. 1399), secondo il quale «*alla giurisprudenza non è consentito porre le regole in base alle quali deve essere valutata l'attività processuale delle parti, essendo detto compito riservato in via esclusiva al legislatore [e] a quest'ultimo non è consentito ciò che è invece consentito alla giurisprudenza, chiamata a valutare in concreto quella attività sulla base delle regole somministrate dal legislatore, previa interpretazione delle stesse*».

16. Secondo l'espressione utilizzata, in prima battuta, da Cass., sez II civ., 17 giugno 2010, n.14627, in *Foro it.*, 2010, I, 3050, con nota di V. Tripaldi.

17. Sul punto, cfr. O. Sepe, *L'errore scusabile nel processo amministrativo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 675 ss. (in particolare, pp. 682 ss.).

18. Prima della sua collocazione nel libro secondo del codice di rito (art. 184-*bis* cpc), ad opera della legge 26 novembre 1990, n. 353, l'istituto della rimessione in termini era disciplinato da una pluralità di norme specifiche. La collocazione della novella nel secondo libro del codice di rito ha indotto parte della giurisprudenza a ritenere che il beneficio potesse applicarsi ai soli termini «interni» al grado di giudizio: così, Cass., sez. III civ., 14 marzo 2006, n. 5474, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Termini processuali civili*, n. 4; Cass. sez. III civ., 19 luglio 2005, n. 15216, in *Foro it.*, 2006, I, 1140, con nota di C.M. Barone.
Una parte della giurisprudenza civile riteneva, tuttavia, che i principi affermati dalla Corte costituzionale in materia di decadenze maturate per fatto non imputabile alla parte processuale giustificassero un'applicazione generalizzata della rimessione in termini: Cass., sez. II civ., 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1473, con nota di E. D'Alessandro, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*; precedentemente, la remissione in termini era stata concessa fuori dall'ambito di applicabilità del citato art. 184-*bis*: Cass. civ., sez. II, ord. 2 luglio 2010, n. 15809, in *Foro it.*, 2011, I, p. 144, con nota di richiami; ord., 2 luglio 2010, n. 15811 e ord., 17 giugno 2010, n. 1462, entrambe in *Foro it.*, 2010, I, p. 3050, con nota di V. Tripaldi; Cass. civ., sez. unite, 21 gennaio 2005, n. 1238, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2401, con nota di R. Caponi, *Un passo delle sezioni unite verso la rimessione nei termini di impugnazione*; Cass., sez. III civ., 6 febbraio 2004, n. 2292, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1769, con nota di B. Gambineri; Cass., sez. II civ., 19 agosto 2003, n. 12179; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2003, n. 11072.

19. Prima che fosse disciplinato, in via generale, dall'art. 37 cpa («*Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto ...*»), l'istituto trovava la sua collocazione sistematica agli artt. 34 e 36 del Testo unico sul Consiglio di Stato e all'art. 34 della legge Tar.

20. Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1933, III, 1, con nota di F. Cammeo.

21. Cfr. l'ampia casistica citata in S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 148 ss.

22. Cons. Stato, ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Foro it.*, 2011, III, p. 133, con nota di G. Sigismondi; in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 326, con nota di A. Travi, *La plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d'ufficio e concessione del beneficio dell'errore scusabile.*

cabilità»[24]. Tale concezione della rimessione in termini sembrerebbe peraltro compatibile col *dictum* della Corte costituzionale, la quale ha affermato, in più occasioni, che la parte non debba subire le conseguenze negative di decadenze o preclusioni a lei non imputabili[25]. Peraltro, la concessione di un margine di *discrezionalità* al giudice, nella decisione sulla rimessione in termini, avrebbe il risultato di rendere imprevedibili le conseguenze dell'impedimento non imputabile alla parte, il che sarebbe paradossale, visto che l'istituto ha proprio la funzione di porre rimedio all'incertezza del diritto.

Per quanto riguarda il diritto processuale civile, lo spostamento della disciplina della rimessione in termini nel libro primo del codice di rito[26], ha infine giustificato appieno l'estensione del suo ambito di operatività a tutte le attività processuali[27].

All'indomani di un repentino mutamento della giurisprudenza in tema di termini di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo[28], si è aperto un ampio dibattito sulla tutela dell'affidamento del cittadino nell'orientamento giurisprudenziale abbandonato. Tale dibattito è stato alimentato anche dalla "fronda" di alcuni giudici di merito, che hanno scelto di rimediare alle conseguenze dell'applicazione del nuovo principio di diritto ai processi in corso mediante la "rimessione in termini" della parte processuale, ben al di fuori dell'ambito delineato dall'art. 184 *bis* cpc, applicabile *ratione temporis*: il beneficio è stato concesso di ufficio, in modo "virtuale"[29], con l'effetto di ritenere sanata l'attività processuale già compiuta senza che la parte avesse l'onere di rinnovarla secondo le nuove forme prescritte dal *revirement*[30].

b) La disapplicazione del principio di diritto non conoscibile all'epoca del compimento dell'attività processuale: il *prospective overruling* "all'italiana"

Una parte della giurisprudenza ha invece rilevato che, da un punto di vista logico-giuridico, la rimessione in termini non fosse lo strumento idoneo a far fronte alle conseguenze dell'*overruling*[31], riprendendo le considerazioni di autorevole dottrina. Quest'ultima aveva evidenziato che, nei casi di mutamento repentino e imprevedibile dell'orientamento consolidato, non si configurasse un errore scusabile: in casi del genere, applicare la rimessione in termini rappresentava una «*vera e propria finzione*»[32]. Visto che un'attività processuale compiuta in conformità all'o-

23. A. Travi, *La plenaria, op. ult. cit.*; G. Sigismondi, nota di richiami, *op. cit.*

24. A. Travi, *La plenaria, op. cit.* In questo senso, cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, ad. plen., 10 giugno 1980, n. 23, in *Foro it.*, 1980, III, con nota di C.E. Gallo, secondo cui «*in virtù dei principî costituzionali (art. 24 e 113) che garantiscono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti delle pubbliche amministrazioni, le norme che sanciscono la irricevibilità o la inammissibilità dei ricorsi sono di stretta interpretazione, e al contrario acquistano una particolare capacità espansiva le norme* (...) *che attribuiscono al giudice la potestà di ordinare la rinnovazione degli atti invalidi per consentire al processo di pervenire alla sua conclusione sostanziale. Perciò il giudice amministrativo, se la parte intimata non si costituisce in giudizio e la notificazione del ricorso sia invalida per errore scusabile, deve rimettere il ricorrente in termini per rinnovarla*».

25. Corte cost., 2 aprile 2004, n. 107, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1321, con nota di R. Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione e l'iscrizione della causa a ruolo*; 23 gennaio 2004, n. 28, *ibid.*, I, p. 645, con nota di R. Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte costituzionale)*; 26 novembre 2002, n. 477, *ibid.*, 2003, I, 13, con nota di R. Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze dei terzi.*

26. Art. 45, comma 19, legge 18 giugno 2009, n. 69.

27. In dottrina, in questo senso, cfr. E. D'Alessandro, *L'errore, op. cit.*; A. Panzarola, *Sulla rimessione in termini art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 163; R. Caponi, *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2° co., c.p.c.), Foro it.*, IV, p. 283.

28. Cass. civ., sez. unite, 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3014, con osservazioni di A.D. De Santis, nota di C.M. Barone, R. Caponi, G. Costantino, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo* e *ibid.*, 2011, I, p. 117, con nota di A. Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo.*

29. Così Trib. Brindisi, sez. dist. Francavilla Fontana, 8 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2011, p. 1600, con nota di E. Dalmotto, *Dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile*; Trib. Varese, 8 ottobre 2010 e Trib. Torino, 11 ottobre 2010, entrambe in *Foro it.*, 2010, I, p. 2014, con nota di A. De Santis.

30. Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha risposto all'esigenza di tutela dell'affidamento della parte incorsa in una preclusione imprevedibile mediante una (vera) rimessione in termini, d'ufficio: cfr. Cass., sez. II civ., ord., 2 luglio 2010, n. 15809, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3050, con nota di Tripaldi; 2 luglio 2010, n. 15811, e 17 giugno 2010, n. 14627, *ibid.*

31. Rilevava l'inutilità, nel caso di specie, della rimessione in termini e disapplicava il nuovo principio di diritto Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 20 ottobre 2010, in *Foro it.*, Merito extra, 2010, p. 548. Andava ancora più lontano Trib. Milano-Rho, 15 ottobre 2010, *ibid.*, p. 492, in cui si affermava che «*i giudizi instaurati anteriormente* [al *revirement*], *quale è il presente, restano regolati dall'interpretazione dell'art.645 c.p.c. vigente al momento della proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo*», assimilando in tutto e per tutto il mutamento giurisprudenziale allo *ius superveniens*.

32. R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali*

rientamento *overruled*, diviene irrituale nella "vigenza" della nuova interpretazione, la soluzione adottata da queste sentenze è stata quella di "disapplicare" o "non applicare" il nuovo principio di diritto alle fattispecie perfezionatesi prima del mutamento di giurisprudenza.

In Italia, la tecnica della "non applicazione" del principio di diritto era già stata usata nel 1960 dalla Corte costituzionale, al fine di evitare la decadenza della parte che, in assenza di una disciplina chiara sul punto, avesse notificato il ricorso nel luogo sbagliato[33]. Peraltro, la vera e propria consacrazione di tale tecnica è avvenuta con una sentenza dell'11 luglio 2011[34], in cui le sezioni unite hanno schiettamente ricollegato all'*overruling* la possibilità di una «*scissione tra il fatto (il comportamento della parte risultante* ex post *non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione, che dovrebbe derivarne*». Tale scissione può avvenire solo qualora lo strumento della rimessione in termini non possa operare[35], in presenza di tre condizioni cumulative precisate dalla giurisprudenza successiva: l'*overruling* deve riguardare una regola processuale, deve essere stato imprevedibile e deve comportare un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa[36]. Non si tratta, quindi, di un *prospective overruling*[37] vero e proprio, quanto piuttosto della scelta, effettuata previa verifica in concreto della sussistenza dei tre presupposti sopra elen-

---

come ius superveniens irretroattivo, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311. *Contra*, G. Verde, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra il giudice e la legge)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2012, p. 6; G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, *Riv. dir. proc.*, n. 6/2011, p. 1390, secondo i quali l'istituto della rimessione in termini costituisce lo strumento attraverso il quale fare fronte alla lesione dell'affidamento riposto dalla parte nell'interpretazione *overruled*.
La tecnica della disapplicazione del nuovo principio di diritto al fine di preservare il diritto della parte a un processo equo, *ex* art. 6 Cedu, era già stata impiegata dalla Cassazione francese nel 2006 (Cass., ass. plén., 21 décembre 2006, cit.), sulla scorta delle conclusioni cui era giunto il gruppo di lavoro presieduto da Nicolas Molfessis (N. Molfessis, *Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis à monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, Parigi 2004).

33. Corte cost., 17 febbraio 1960, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 125, con nota critica di V. Andrioli, *Intorno all'applicabilità della legge 25 marzo 1958, n. 260 ai giudizi avanti la Corte costituzionale* e in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 666, con nota critica di F. Carnelutti, *La Corte costituzionale sopra lo Stato?*, citata da A. Morelli, *I limiti del bilanciamento: nuove regole processuali e affidamento delle parti*, in *Federalismi*, n. 17/2012 (disponibile *online* www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=20798)&content_author=Alessandro+Morelli). La "disapplicazione" non aveva fatto seguito a un *overruling*, nel caso di specie, ma piuttosto a un *case of first impression*, cioè alla prima decisione su una data questione di diritto.
La Corte ha nuovamente disapplicato il principio di diritto (stavolta, però, contrastante con la "prassi" precedente) non conoscibile dalla parte processuale, in Corte Cost., 6 giugno 2012, n. 142, punto 2.2, voce *Regioni*, 2012, p. 1106, con nota di E. Rossi, *Ratifica consiliare della delibera giuntale di ricorrere contro le leggi statali in Trentino-Alto Adige: quando il rigore sembra eccessivo e ingiustificato*. Sul tema, cfr. A. Ruggeri, *Una inammissibilità* accertata *ma non* dichiarata, *ovverosia l'errore processuale scusabile della parte, in quando indotto dallo stesso…*giudice (*a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012)*, in *Giur. cost.*, 16 giugno 2012 (disponibile *online* www.giurcost.org/studi/Ruggeri17.pdf).

34. Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254, con nota di G. Costantino e di G. Mazzullo; *ibid.*, 3344, con nota di R. Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6, con nota di G. Verde, *Mutamento, op. cit.*; *Giur. cost.*, 2012, 3153, con nota di C. Consolo, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «Internet-addicted» e pure «veggente»*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078, con nota di C. Vanz, *«Overruling», preclusioni e certezza delle regole processuali*; in *Guida al diritto*, 2011, n. 32, p. 38, con nota di E. Sacchettini, *Le buone intenzioni del Collegio di legittimità mettono a rischio i cardini dell'ordinamento*; in *Mass. giur. lav.*, 2011, 857, con nota di G. Ianniruberto, *Mutamenti di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*; in *Foro it.*, 2011, I, p. 3343, con nota di R. Caponi, *Retroattività, op. cit.*; in *Corr. giur.*, 2011, 1392, con nota di F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzioni dichiarativa della giurisprudenza.*

35. Precisavano le sezioni unite nella sentenza, citata da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, che «*il mezzo per realizzare, nei sensi sopra indicati, il bilanciamento dei valori in gioco, va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'eventuale (non prevedibile) overruling*». Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, in *Foro it.*, 2011, I, 1080, con nota di G. Costantino, ha precisato che lo strumento della rimessione in termini deve essere preferito al *prospective overruling*, ritenuto proprio di «*ordinamenti in cui la giurisprudenza è considerata, anche formalmente, quale fonte del diritto oggettivo*».

36. Cass., sez. VI civ., 27 luglio 2016, n. 15530, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Regione*, n. 464; sez. VI, 9 ottobre 2015, n. 174, *ibid.*, Rep. 2015, voce *Cassazione civile*, n. 224; sez. un. 16 giugno 2014, n. 13676, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Riscossione delle imposte*, n. 126; 11 marzo 2013, n. 5962, *ibid.*, Rep. 2013, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1291; ord. 3 settembre 2013, n. 20172, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Contratti bancari*, n. 53; 4 maggio 2012, n. 6801, *ibid.*, Rep. 2012, *Lavoro (rapporto)*, n. 979; 25 luglio 2012, n. 13087, *ibid.*, *Fabbricazione (imposte di)*, n. 21; 20 luglio 2012, n. 12704, *ibid.*, voce *Cassazione civile*, n. 185; 27 dicembre 2011, n. 28967, *ibid.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1364.

37. Cioè l'enunciazione di un principio di diritto nuovo, con la precisazione che si applicherà solo *pro futuro*: cfr., sul punto, U. Mattei, voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, *op. cit.*, pp. 163 ss. Per una disamina della diverse forme di *prospective overruling* elaborate dalla giurisprudenza statunitense, cfr. B. Bartlett, *Prospective overruling and property law*, in *Case western law review*, 1967, pp. 1205

cati, di tenere indenne la parte dalle conseguenze che implicherebbe, sul piano processuale, l'applicazione del nuovo principio di diritto[38].

La giurisprudenza civile è tendenzialmente molto rigida nel verificare la sussistenza di un affidamento meritevole di essere tutelato attraverso la disapplicazione del nuovo principio di diritto o la rimessione in termini per errore scusabile. Ad esempio, non è ritenuto meritevole di tutela l'affidamento della parte se, al momento del compimento dell'attività, sussisteva un contrasto giurisprudenziale sulla portata della regola processuale[39], poiché in presenza di due o più indirizzi interpretativi relativi a una regola processuale la parte sarebbe tenuta a compiere l'attività processuale conformandosi all'orientamento più rigoroso, in virtù di un principio generale «di precauzione»[40]. Viene altresì esclusa la meritevolezza dell'affidamento della parte che avesse confidato in un unico precedente (contrario)[41]. Invece, nei casi di *overruling* in senso stretto, è negata l'imprevedibilità della nuova interpretazione qualora sussistesse un dibattito dottrinale (seppur «larvato»[42]) sul punto[43]; ovvero se, al momento del compimento dell'attività, il *revirement* fosse già stato pubblicato sul sito *web* della Corte di cassazione[44].

---

ss. (in particolare, p. 1208).

38. Anche la giurisprudenza applicativa dei principi enunciati da Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, cit., si muove, in generale, in questa prospettiva: cfr. Cass. civ., sez. lav., ord. 29 marzo 2018, n. 7833, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Appello civile*, n. 20; Cass., sez. lav., 19 gennaio 2016, n. 819, *ibid.*, Rep. 2016, voce *Lavoro*, n. 1201; Cass., sez. I civ., 28 ottobre 2015, n. 22008, in *Giur. it.*, 2016, 663, con nota di E. Dalmotto, *Impugnazione della declaratoria di competenza*; Cass., sez. lav., 7 luglio 2015, n. 14039, non pubblicata; Cass., sez. unite, 21 maggio 2015, n. 10453, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Acque pubbliche*, n. 84; Cass., sez. III civ., 17 dicembre 2014, n. 26541, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Impugnazioni civili*, n. 57; Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 12521, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Lavoro e previdenza*, n. 135; Cass. civ., sez. unite, 21 novembre 2011, n. 24413, *ibid.*, Rep. 2011, voce *Acque pubbliche*, n. 108. Costituiscono veri e propri *prospective overruling*, invece, Cass. civ., sez. lav., ord. 19 giugno 2014, n. 13972, in *Foro it.*, 2014, I, 2476, con nota di C.M. Barone e, da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 8 novembre 2018, n. 28575, cit. Non si trattava di un vero e proprio *overruling*, bensì una nuova interpretazione della norma preesistente imposta dal mutamento del quadro normativo, ritenuta applicabile a partire dalla modifica legislativa, quella operata da Cass., sez. unite, 20 giugno 2012, n. 10143, *ibid.*, 2013, I, 1287, con nota di richiami e nota di G.G. Poli, *L'indicazione della Pec (posta elettronica certificata) salva il difensore fuori circondario dalla domiciliazione «ex lege» in cancelleria: le sezioni unite tra vecchie regole e nuove tecnologie*, in cui la Cassazione imita la tecnica della declaratoria di incostituzionalità sopravvenuta, rilevando che «*sul piano del sindacato di legittimità* (...) *è possibile non di meno ipotizzare che l'interpretazione di una disposizione muti nel tempo in ragione del diverso contesto normativo in cui si innesta e che quindi ci sia parimenti una modulazione diacronica del suo significato precettivo senza che ciò smentisca la natura meramente dichiarativa dell'interpretazione della legge fatta dalla giurisprudenza*». Da ultimo, deve segnalarsi Cass. civ., sez. trib., 26 ottobre 2011, n. 22282, in *Riv. giur. trib.*, 2012, p. 502, con nota di G. Cipolla, *Diritto e processo nelle azioni di indebito comunitario: quando la Corte di cassazione inventa l'overruling per rimettere* in terminis *i contribuenti*, che ha sancito che il termine per la richiesta del rimborso di un'imposta dichiarata contraria al diritto europeo dalla Corte di giustizia decorresse dalla pubblicazione di tale sentenza, in cui la suprema Corte ha ravvisato un *overruling* (relativo a una norma sostanziale).

39. Cass., sez. II civ., 3 novembre 2016, n. 22309, non pubblicata; Cass., sez. lav., 21 marzo 2013, n. 7140, in *Foro it.*, 2013, I, p. 2184, con nota di D. Girardi; Cass., sez. II civ., 21 gennaio 2013, n. 1370, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 475, con nota di M. Russo, *Sui rapporti tra diritti autodeterminati e divieto di res nova in appello*; Cass., sez. unite, 12 ottobre 2012, n. 17402, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3163, con nota di C. Consolo, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «Internet-addicted» e pure «veggente»*; Cass., sez. unite, 28 gennaio 2011, n. 2067, in *Foro it.*, 2011, I, p. 286, con nota di G. Costantino; Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, cit.

40. Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, cit., e 15 dicembre 2011, n. 27086, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Termini processuali civili*, n. 10; addirittura, in Cass., sez. III civ., 5 agosto 2013, 18612, in *Giur. it.*, 2014, p. 841, con nota di R. Favale, *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di "seguire la via più sicura"*, è stato affermato che può incorrere nella responsabilità professionale il difensore che, in presenza di un contrasto giurisprudenziale, non abbia scelto di conformarsi all'orientamento più restrittivo. In dottrina, hanno sostenuto la medesima tesi G. Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1170; G. Verde, *Mutamento, op. cit.* (in particolare, p. 16). Rimane invece senza risposta l'interrogativo posto da F. Santangeli, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del* prospective overruling, *con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *Judicium*, 23 dicembre 2011, in particolare, p. 41 (disponibile *online* www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/234/Santangeli.pdf), che rileva che esistono dei casi in cui il *principio di precauzione* non soccorre perché le interpretazioni diverse imporrebbero di compiere l'attività processuale in modo radicalmente diverso.

41. Cass., sez. III civ., 18 gennaio 2012, n. 686, in *Foro it.*, 2012, I, p. 1074, con nota di A. Proto Pisani. *Contra*, da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 8 novembre 2018, n. 28575, non ancora pubblicata, che ritornando sull'orientamento espresso da Cass., sez. VI civ., 13 luglio 2017, n. 17420, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2970, con nota di richiami, affermava l'invocabilità dell'*overruling* anche con riferimento agli appelli proposti prima della succitata Cass. sez. VI civ., 13 luglio 2017, n. 17420, riconoscendo il sussistere di un legittimo affidamento sulla «*perpetuazione della regola antecedente*» alla modifica legislativa apportata dal d.lgs 18 agosto 2015, n. 142.

42. Secondo un'espressione utilizzata in Cass., sez. unite, 12 ottobre 2012, n. 17402, cit.

43. Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 2012, n. 9421, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 477, con nota di G. Guarnieri, *Rito del lavoro: mancata notifica in appello e* overruling.

44. Cass., sez. II civ., 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, 2011, I, p. 1080, con nota di G. Costantino; Trib. Brindisi, sez. dist. Francavilla

1.2. Rilevanza dell'interpretazione imprevedibile di disposizioni sostanziali

Come abbiamo visto, sia la giurisprudenza civile sia quella amministrativa[45] escludono che la disapplicazione del nuovo principio di diritto possa essere disposta dal giudice nelle ipotesi in cui l'*overruling* riguardi una norma di carattere sostanziale.

Tale affermazione merita di essere parzialmente ridimensionata, almeno per quanto attiene ad alcuni settori particolari dell'ordinamento, come – ad esempio – quello degli appalti pubblici, in cui il valore della prevedibilità delle regole risulta particolarmente importante. La Corte di giustizia dell'Unione europea, attenta a una piena realizzazione del principio della concorrenza nel mercato interno, ha infatti sempre affermato che i concorrenti devono essere messi in grado di conoscere le regole della procedura di evidenza pubblica, specialmente se la loro violazione può condurre all'esclusione del concorrente dalla gara. Così, in un'ottica sostanzialistica, la Corte ha escluso che possa essere richiesta l'osservanza di regole fissate in via giurisprudenziale o di prassi, vista altresì la maggiore difficoltà, per gli operatori economici stranieri, di venirne a conoscenza[46]. Anche sulla scia di tale monito[47], la giurisprudenza amministrativa ha fatto mostra, negli ultimi anni, di una rinnovata attenzione alla prevedibilità e alla conoscibilità della disciplina degli appalti pubblici[48], tanto che, al fine di preservare la certezza del diritto, l'adunanza plenaria è giunta a manipolare la portata temporale delle interpretazioni rese, senza tuttavia affermare l'esistenza di un potere generale di modulazione[49].

La maggiore attenzione del giudice amministrativo alla prevedibilità delle proprie decisioni è, forse, anche legata al carattere più dichiaratamente creativo della giurisprudenza[50], e al riconoscimento più schietto dei rischi comportati dai *revirement* imprevisti[51]. Tale prospettiva è, da ultimo, emersa in maniera esplicita in una recente sentenza dell'adunanza plenaria in cui si stato affermato – in generale – il potere del giudice di modulare gli effetti delle sentenze interpretative rese (anche) su norme sostanziali, al fine di tutelare beni costituzionalmente protetti[52].

Fontana, 8 gennaio 2011, *Giur. it.*, 2011, p. 1600, con nota di E. Dalmotto, *Dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile.* In Cass. civ., sez. unite, 21 novembre 2011, n. 24413, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Acque pubbliche*, n. 108, è stata riconosciuta la legittimità dell'affidamento della parte che aveva compiuto l'attività tre giorni dopo il deposito del *revirement*.

45. La giurisprudenza amministrativa ha ripreso pedissequamente le tre condizioni fissate dalla Cassazione: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3977 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1, in *Foro it.*, 2018, III, p. 193, con nota di R. Pardolesi e 11 novembre 2015, n. 9, *ibid.*, 2016, III, p. 65, con nota di E. Travi e M. Condorelli; CGA per la Regione siciliana, 29 aprile 2013, n. 421 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it).

46. Cgue, 2 giugno 2016, *Pippo Pizzo*, C-27/15, in *Foro it.*, 2017, IV, p. 206, con nota di M. Condorelli. La posizione della Corte di giustizia è stata da ultimo ribadita in Cgue, ord. 13 luglio 2017, *Saferoad Grawil sp. z o.o*, C- 35/17, punto 22 ss. (con particolare riferimento all'incertezza del diritto ingenerata dai contrasti giurisprudenziali).

47. Cfr., esplicitamente, Cons. Stato, ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19, in *Foro it.*, 2017, III, p. 309, con nota di N. Gambino, in cui l'adunanza plenaria è tornata sull'orientamento particolarmente rigoroso espresso in Cons. Stato, ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3, in *Foro it.*, 2016, III, p. 114, con nota di A. Travi.

48. Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it), in cui è stata ritenuta inesigibile dal concorrente l'osservanza dei requisiti per la stesura di un valido contratto di avvalimento, posti dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo prevalso solo dopo il compimento delle operazioni di gara, sulla scorta del rilievo che «*l'onere di diligenza esigibile in capo al concorrente non può ordinariamente eccedere quanto generalmente conosciuto e imposto in un determinato periodo storico*»; segue argomentazioni simili CGA per la Regione siciliana, sez. giur., 24 marzo 2015, n. 305, in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 679, con nota di A. Ruffini, *La* querelle *sugli oneri di sicurezza aziendali.*

49. Cfr., in particolare, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10 e Cons. Stato ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it), con nota di L. Bertonazzi, *Le sentenze della plenaria nn. 10 e 21 del 2012: alcune perplessità a prima lettura.*

50. A tal proposito, può rilevarsi che non è un caso se la scusabilità dell'errore dovuta all'incertezza del diritto è assurta molto preso al rango di principio generale del processo, come rilevava già, negli anni Cinquanta, O. Sepe, *L'errore scusabile, op. cit.*, p. 675, che riconduceva il principio alla «*frammentarietà e l'oscurità delle leggi amministrative* (...) *e l'incertezza che ne deriva*» e [alle] «*stesse oscillazioni della giurisprudenza derivanti appunto dalle scabrosità di interpretazione della legislazione*».

51. Sulla valutazione delle ricadute economiche e sociali della sentenza da parte del giudice amministrativo, cfr. A. Scognamiglio, *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 261.

52. Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Urbanistica e appalti*, 2018, p. 373, con nota di E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*; in *Foro it.*, 2018, III, p. 163, con nota di M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015* e in *Dir. proc. amm.*, 2018, p.

L'estensione dell'ambito di operatività del *prospective overruling* è stata ben accolta da una parte della dottrina amministrativistica[53], che ha rilevato l'arbitrarietà della limitazione del rimedio ai soli *revirement* relativi a norme processuali. Tale posizione è stata sostenuta anche da studiosi del diritto civile[54], costituzionale[55] e penale[56], sulla scorta di diverse argomentazioni.

È stato sostenuto, in particolare, che il giudice debba tenere conto dei costi di transazione legati all'imprevedibilità della nuova interpretazione, nel decidere se far decorrere gli effetti dell'*overruling* solo *pro futuro*[57]. Un'impostazione siffatta, per quanto seducente, non pare condivisibile. Innanzitutto, dal punto di vista pratico, un'indagine sulle conseguenze economiche della sentenza imprevedibile sembra porsi al di là dell'ambito delle possibilità del giudice. Per conoscere le effettive conseguenze della retroazione del nuovo principio di diritto, il giudice dovrebbe avere contezza di tutte le situazioni potenzialmente coinvolte: ebbene, tale operazione pare situarsi al di fuori dal campo delle possibilità offerte dall'istruttoria processuale. In secondo luogo, in assenza di parametri predeterminati[58], l'adozione del metodo *consequenzialista* proposto rischia di dar luogo a pronunce fondate sulla mera convenienza economica di un'applicazione retroattiva del nuovo principio di diritto; nel nostro ordinamento, la valutazione dell'impatto della modifica dell'ordinamento sugli interessi pubblici e privati coinvolti pare essere, piuttosto, appannaggio del legislatore o dell'amministrazione.

Una chiave per uscire dall'*impasse* potrebbe essere quella di riconoscere, in continuità con quanto già fatto dalla Corte di cassazione, il diritto della parte a non vedersi applicato il nuovo principio di diritto imprevedibile ogni qualvolta questa potesse vantare un diritto fondamentale alla sicurezza giuridica.

In quest'ottica, potrebbe giustificarsi la disapplicazione di un nuovo principio di diritto che privi ingiustificatamente la parte di un risultato favorevole, prevedibile in virtù della giurisprudenza consolidata, sulla base dell'art. 1, primo Protocollo aggiuntivo della Cedu, al quale la Corte di Strasburgo riconduce la protezione delle aspettative fondate su una giurisprudenza consolidata («*enforceable claims*»)[59] e, successivamente, ingiustificatamente sottratte[60]. Potrebbe, del pari, invocarsi l'art. 7 Cedu per giustificare la di-

---

1134, con nota di A. Cassatella, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*. Nella sentenza in esame, l'adunanza plenaria ha, di fatto, ripreso le motivazioni addotte da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1513, con nota di R. Romboli, *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia «ex nunc» della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione*; *ibid.*, I, 1923, con nota di G. Tesauro, *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*, che ha modulato gli effetti della pronuncia di incostituzionalità al fine di tutelare altri valori di rango costituzionale. In Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it), l'operazione realizzata dalla plenaria è stata qualificata come un'estensione dell'ambito di operatività del *prospective overruling* ai mutamenti di giurisprudenza riguardanti le norme sul procedimento.

53. E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria, op. cit.*; F. Saitta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e* prospective overruling, 25 giugno 2018 (disponibile *online* www.giustizia-amministrativa.it/studi-e-contributi/-/asset_publisher/M2jdZL26fejg/content/saitta-prevedibilita-delle-decisioni-del-giudice-amministrativo-e-prospective-overruling-25-giugno-2018).

54. Così, per esempio, M. Gaboardi, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della* parte, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 435 (in particolare, pp. 452 ss.); R. Rolli, Overruling *nel diritto vivente* vs. ius superveniens, in *Contr. impr.*, 2013, p. 577 (spec. pp. 591 ss.), che auspicava l'estensione del *prospective overruling* alle interpretazioni di norme «ambivalenti, al crocevia tra norme processuali e sostanziali».

55. A. Lanzafame, *Retroattività degli* overruling *e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in *Judicium, 9 marzo 2015* (www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/617/Lanzafame.pdf), che richiamava la giurisprudenza Cedu in tema di irretroattività della sanzione penale.

56. E. Vincenti, *Note minime sull'*overruling *come (possibile?) paradigma di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4126 ss.

57. Sembrerebbe opinare in questo senso F. Saitta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e* prospective overruling, *op. cit.*

58. Quale criterio dovrebbe adottare il giudice? Un criterio "quantitativo", che tenga conto del numero di situazioni giuridiche coinvolte dal possibile *overruling*? Un criterio "qualitativo", fondato sull'importanza economica degli interessi coinvolti?

59. In Corte Edu, 28 settembre 2004, *Kopecky c. Slovacchia*, § 52, la Corte ha precisato che «*the Court takes the view that where the proprietary interest is in the nature of a claim, it may be regarded as an "asset" only where it has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it*».

60. Cfr., in questo senso, Corte Edu, Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Maurice c. Francia*, § 66, in cui è stata riconosciuta la violazione dell'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo in relazione alla legge interpretativa (cd. *loi "anti-Perruche"*) con cui il legislatore francese ha inteso mettere fine alla giurisprudenza della *Cour de cassation* che riconosceva il diritto al risarcimento del danno da nascita indesiderata.

sapplicazione della nuova interpretazione, imprevedibile e *in malam partem*, di una norma da ritenersi sanzionatoria secondo la definizione sostanzialistica tipica del giudice europeo[61].

2. *Principio di legalità* e prevedibilità del diritto penale giurisprudenziale

Tale ultima notazione offre lo spunto per l'analisi dell'ordinamento penale, nell'ambito del quale il principio di stretta legalità e i suoi tradizionali corollari svolgono, come noto, una funzione di particolare rilievo[62]. Peraltro, nonostante tali fondamentali garanzie, occorre schiettamente riconoscere che nemmeno il sistema penale può dirsi immune da *oscillazioni*, *contrasti* e *mutamenti giurisprudenziali*, con pesanti ricadute in termini di prevedibilità delle decisioni giudiziali da parte dei singoli individui[63].

Il ruolo conformativo della giurisprudenza è stato, del resto, pragmaticamente riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, la quale ha ripetutamente affermato che – da questo punto di vista – il diritto penale non si distingue in modo significativo dagli altri settori dell'ordinamento[64]. Nella medesima prospettiva, si comprende maggiormente – senza, peraltro, necessariamente condividerlo – anche l'operato del Giudice delle leggi, il quale ha respinto diverse questioni di legittimità costituzionale fondate sull'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice, richiamando l'opera di concretizzazione e precisazione del precetto svolta dal cd. "diritto vivente"[65].

Si tenga conto che, nel caso in esame, il giudice europeo ha ravvisato anche una violazione dell'art. 6 Cedu, dovuta all'ingerenza del legislatore nei processi in corso. Ovviamente, nel caso in cui l'aspettativa legittima venisse "sottratta" da un *overruling* imprevedibile e non adeguatamente giustificato, tale profilo verrebbe meno.

61. Si tenga conto del fatto che la Corte europea equipara l'interpretazione giurisprudenziale alla norma positiva – vds. Corte Edu, 26 aprile 1979 (con data 25 aprile 1979), *Sunday Times c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 1979, IV, 193 e 25 novembre 1996, *Wingrove c. Regno Unito* (riferimenti in www.echr.coe.int) – e, nell'individuare le norme penali, si avvale dei cd. *Engel criteria* (cfr. Corte Edu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Foro it.*, 1977, IV, p. 1, con nota di richiami, e 23 novembre 1976, caso *Engel, ibid.*, 97), secondo i quali una norma può considerarsi penale, ai fini dell'applicazione delle garanzie di non retroattività e di prevedibilità della norma penale (sul requisito della *foreseeability*, cfr. Corte Edu, sent. 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 36). Sulla riconducibilità delle norme che prevedono delle sanzioni latamente penali all'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu, cfr. A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 642 ss. e *Id.*, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323.

62. Sulle peculiari esigenze di uguaglianza e certezza del diritto che innervano la materia penale, in confronto agli altri settori dell'ordinamento, insiste – ad esempio – A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 17 ss. Non senza premettere alcune notazioni storiche sulla distinzione tra diritto penale e diritto civile, L'Autore rileva che gli artt. 25 Cost. e 7 Cedu riguardano – non a caso – esclusivamente la materia criminale (*ivi*, p. 25).

63. Cfr., al riguardo, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero – S. Moccia – G. De Francesco – G. Insolera – M. Pelissero – R. Rampioni – L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 213 ss., il quale afferma recisamente che «il principio di legalità in materia penale nel suo complesso – così come tradizionalmente inteso nell'ordinamento italiano – si presenta congenitamente incapace di fornire una qualche garanzia contro le incoerenze della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme incriminatrici, laddove tale interpretazione si mantenga *al di qua* del limite del divieto di analogia» (*ivi*, 220). Sulle "speranze tradite" dai corollari della legalità penale, si veda anche la disincantata panoramica di A. Manna, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in A. Cadoppi (a cura di) *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, pp. 253 ss.

64. Il *leading case* in materia è Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 36: «*However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen*». Tali principi sono stati, successivamente, confermati dalla giurisprudenza europea (vds., ad esempio, Corte Edu, Grande Camera, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, § 50) e considerati applicabili anche in materia processuale penale (cfr., sul punto, Corte Edu, sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, § 59).

65. Cfr. a titolo puramente esemplificativo, per quanto concerne il delitto di *stalking* (art. 612-*bis* cp), Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2729 ss., con nota di F. Giunta; sul cosiddetto "disastro innominato" (art. 434 cp), Corte cost., sent. 1° agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 3528 ss., con nota di F. Giunta. In particolare, quest'ultima pronuncia appare emblematica, poiché – da un lato – si è ritenuto che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»; precisando – dall'altro lato – che «ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa» (*ivi*, pp. 3537 – 3538). La dottrina non ha mancato di rilevare l'intima contraddittorietà di tale argomentazione: cfr., da ultimo, V. Manes, "Common Law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 961, spec. nota n. 36.

La giurisprudenza europea e quella costituzionale non hanno, comunque, trascurato le insidie che possono derivare, in termini di garanzie individuali, dalla transizione verso un diritto penale di matrice prevalentemente giurisprudenziale. La Corte costituzionale, in una storica pronuncia, ha affermato il principio secondo cui l'ignoranza inevitabile della legge penale esclude la colpevolezza del soggetto agente, precisando ulteriormente che tale evenienza consegue, ad esempio, alla «*mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad esempio, assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari*»[66]. La Corte di Strasburgo, dal canto suo, ricomprende il formante di origine giurisprudenziale entro la nozione autonoma di «diritto» di cui all'art. 7 Cedu, imponendo che siano sempre garantite *accessibilità* e *prevedibilità* del comando legale, quale che sia l'origine di quest'ultimo[67].

Così, la violazione dell'art. 7 Cedu può derivare, in primo luogo, dall'esistenza di conflitti giurisprudenziali gravi e perduranti in ordine alla configurabilità del reato[68]; circostanza che sembra essersi verificata – da ultimo – nell'ormai celebre *affaire Contrada*[69]. Secondariamente, per quanto di specifico interesse in questa sede, la Corte di Strasburgo riconosce la violazione del principio di legalità nei casi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile o, meglio, di sua applicazione retroattiva *contra reum*[70]. Peraltro, con la importante pronuncia resa nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*, la Grande Camera della Corte Edu ha stabilito che un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* può condurre a una violazione del principio di legalità della pena, anche qualora operi sulla disciplina dei benefici penitenziari, traducendosi, in ultima istanza, in un prolungamento significativo della detenzione residua del condannato[71].

Infine, giova segnalare che i principi della giurisprudenza europea sull'*overruling* foriero di effetti sfavorevoli per l'imputato sembrano agevolmente estensibili – *mutatis mutandis* – anche alla disciplina processuale. Sul punto, peraltro, si rinviene una pronuncia isolata in cui la Corte Edu ha affermato che l'*overruling* sulla norma processuale integra una violazione del dettato convenzionale soltanto se imprevedibile[72].

---

66. Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss., con nota di D. Pulitanò, da cui è tratta la citazione che precede nel testo (*ivi*, p. 728). Con tale pronuncia, come noto, è stata riconosciuta la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 cp, in relazione ai parametri di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

67. Cfr., al riguardo, V. Manes, sub *Art. 7*, in S. Bartoli, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 258 ss.

68. Si tratta di ipotesi speculare, nel diritto penale sostanziale, a quella cui si è accennato *supra* § 1, nota n. 4, con riferimento all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo.

69. Corte Edu, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), §§ 66-76, su cui si veda la ricostruzione dogmatica proposta da M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 346 ss. In tale pronuncia, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che la possibilità di configurare il reato di "concorso esterno in associazione mafiosa" è stata oggetto di approcci giurisprudenziali radicalmente divergenti almeno fino al 1994, anno in cui sono intervenute le sezioni unite della Cassazione per dirimere la questione. Così, da un lato, il ricorrente non era in condizione, nel periodo in cui si sono svolti i fatti contestati, di prevedere chiaramente le conseguenze giuridiche delle proprie azioni; dall'altro lato, le sentenze di condanna emesse nei confronti di Contrada hanno applicato retroattivamente una fattispecie incriminatrice (di origine prevalentemente giurisprudenziale, sebbene fondata sul combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* cpp), delineatasi compiutamente soltanto in epoca successiva ai fatti contestati. Come noto, la sentenza in esame è stata oggetto di critiche variegate da parte di magistrati e studiosi; critiche che, a onore del vero, si sono spesso appuntate più sulla ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali interni effettuata dalla Corte di Strasburgo, che sui principi di diritto da quest'ultima affermati. In questo senso, cfr., ad esempio, A. Balsamo, *Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, pp. 293 ss.

70. Cfr., ad esempio, Corte Edu, sez. V, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*; Corte Edu, sez. III, 24 maggio 2007, *Dragotoniu e Militaru – Pidhorni c. Romania*; Corte Edu C, sez. II, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*. Cfr., sul punto, F. Mazzacuva, sub *Art. 7*, in G. Ubertis e F. Viganò (a cura di) *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 239, il quale osserva correttamente che – nell'ottica propugnata dalla Corte di Strasburgo – occorre «impostare la verifica della prevedibilità dell'applicazione della legge penale, non solo alla luce del testo della disposizione normativa (la cui precisione assoluta non sarebbe esigibile, né talvolta auspicabile), ma anche tenendo conto della sua interpretazione ad opera dei giudici nazionali» (*ivi*, 237).

71. Cfr., sul punto, Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, su cui cfr. E. Profiti, *Principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali,* in *Cass. pen.*, 2014, pp. 684 ss.

72. Cfr. Corte Edu, sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, in cui è stata negata la violazione dell'art. 8 Cedu, ritenendo che la possibilità di effettuare operazioni di sorveglianza satellitare fosse uno sviluppo giurisprudenziale ragionevolmente prevedibile in base alla disciplina sulle sorveglianze sonore e visive.

3. La rilevanza del mutamento giurisprudenziale nel diritto penale

Come si è accennato *supra*, solo con la legge 23 giugno 2017, n. 103 il sistema penale si è allineato agli altri settori dell'ordinamento introducendo una disposizione normativa – l'art. 618, comma 1-*bis*, cpp – che individua un procedimento autonomo, suscettibile di condurre all'*overruling*, inteso quale modalità specifica di esplicazione della funzione nomofilattica propria della Corte di cassazione[73]. Peraltro, ciò non significa che il fenomeno del mutamento giurisprudenziale fosse, fino a quel momento, del tutto privo di rilievo giuridico nell'ambito dell'ordinamento penale. Invero, poiché il mutamento giurisprudenziale costituisce «*un elemento connaturato all'ermeneutica giuridica*»[74], non sono mancate le occasioni di approfondimento della questione da parte della giurisprudenza, sebbene in relazione a problematiche specifiche e non nel contesto di una ricostruzione in chiave unitaria dell'*overruling* quale istituto di portata generale[75].

In tale prospettiva si inseriscono, ad esempio, gli orientamenti che riconoscono al mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* – suggellato da una pronuncia delle sezioni unite della Cassazione – il rilievo giuridico necessario per rimuovere le preclusioni maturate in precedenza, consentendo alle parti di presentare nuove istanze in sede cautelare o esecutiva[76].

Per converso, vi sono settori in cui il mutamento giurisprudenziale, anche se sancito dal più alto consesso della Cassazione, stenta a imporsi quale *ius novum*, in particolare ove vi siano disposizioni legislative che giustificano orientamenti di carattere restrittivo rispetto all'influenza del diritto vivente[77]. Allo stadio attuale, anche alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con l'importante sentenza n. 230 del 2012, sembra pertanto doversi escludere qualsiasi ipotesi di incidenza del mutamento giurisprudenziale favorevole al reo sulla sentenza di condanna che sia divenuta irrevocabile e abbia acquisito gli effetti della cosa giudicata (sino al caso estremo dell'esclusione, da parte del nuovo orientamento, del fatto accertato

73. Peraltro, sembra opportuno ricordare che – già prima della cosiddetta "riforma Orlando" – l'art. 172, comma 2, disp. att. cpp (d.lgs 28 luglio 1989, n. 271) statuiva che «in nessun caso può essere restituito il ricorso che, dopo una decisione delle sezioni unite, è stato rimesso da una sezione della Corte di cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale». Sul nuovo art. 618, comma 1-*bis*, cpp cfr. – *ex multis* – R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 275 ss.; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in Bargis e H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 115 ss.; nonché M. Gialuz e J. Della Torre, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5/2018, pp. 970 ss.

74. Così E. Profiti, *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'*overruling *giurisprudenziale sfavorevole in tema di benefici penitenziari,* in *Cass. pen.*, 2014, p. 687.

75. Cfr., al riguardo, E. Vincenti, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza* (overruling) *come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale,* in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126.

76. Cfr., sul punto, Cass., sez. I pen., 12 febbraio 2016, n. 12955, *Buscaglia,* in *Ced Cass.*, rv. 267287; Cass., sez. III pen., 1º aprile 2014, n. 27702, *Auricchio,* in *Ced Cass.*, rv. 260232. Occorre precisare che le pronunce citate costituiscono tutte applicazione dei principi statuiti da Cass. pen., sez. unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, *Beschi,* in *Ced Cass.*, rv. 246651, ove si è affermato che «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione, di cui al secondo comma dell'art. 666 cod. proc. pen., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente", con la conseguenza che una tale operazione ermeneutica si rende necessaria e doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva». Occorre precisare, comunque, che non sempre la Corte di legittimità si premura di verificare se le ricadute del mutamento giurisprudenziale in questione operino *in malam partem* per l'imputato o il condannato (cfr., ad esempio, Cass., sez. V pen., 2 ottobre 2017, n. 4679, *Centanni,* in *Ced Cass.*, rv. 272436), mentre si rinvengono persino orientamenti di segno contrario rispetto a quello espresso dalle sezioni unite (vds., ad esempio, Cass., sez. I pen., 9 ottobre 2014, n. 47598, *Italfondiario Spa.*, in *Ced Cass.*, rv. 261442, in tema di misure di prevenzione).

77. Sul rapporto fra mutamento giurisprudenziale e revoca della sentenza di condanna *ex* art. 673, comma 1, cpp, vds. le importanti precisazioni svolte da Cass. pen., sez. unite, 29 ottobre 2015, n. 26259, *Mraidi,* in *Ced Cass.*, rv. 266872; nonché, Cass., sez. I pen., 15 novembre 2016, n. 11076, *Bibo,* in *Ced Cass.*, rv. 269759 (sul punto, come noto, era già intervenuta in precedenza Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 3440 ss., con note di O. Mazza e V. Manes). Sull'obbligo di uniformarsi al principio di diritto stabilito dalla Cassazione *ex* art. 627, comma 3, cpp, anche in presenza di un mutamento giurisprudenziale sopravvenuto, cfr. Cass., sez. II pen., 28 marzo 2017, n. 25722, *Antinoro,* in *Ced Cass.*, rv. 270699; Cass., sez. I pen., 10 aprile 2012, n. 4049, *Licata,* in *Ced Cass*, rv. 254217; Cass., sez. III pen., 20 dicembre 1995, n. 4611, *Capogrossi,* in *Ced Cass.*, rv. 204568; Cass., sez. I pen., sent. 10 novembre 1995, n. 5690, *Libri,* in *Ced Cass.*, rv. 203066.

dalla sfera di operatività della norma incriminatrice)[78]. Ciò rende, peraltro, difficoltoso per le parti avvalersi del mutamento giurisprudenziale sopravvenuto anche nelle ipotesi in cui il provvedimento non sia ancora divenuto irrevocabile e, tuttavia, l'*overruling* interessi un punto della sentenza non investito dai motivi posti a fondamento dell'impugnazione o non rilevabile d'ufficio[79].

Al di fuori di questi itinerari, nei quali il mutamento giurisprudenziale potrebbe essere invocato per far valere interpretazioni convenzionalmente orientate di talune norme del cpp, rimane ancora ampiamente inesplorata la strada indicata dalla Corte di Strasburgo: come si è visto nel paragrafo precedente, quest'ultima ha confermato in diversi casi la violazione dell'art. 7 Cedu, perché i «*provvedimenti di condanna erano stati pronunciati sulla base di soluzioni ermeneutiche ritenute "imprevedibili" alla luce degli stessi precedenti giurisprudenziali*»[80].

D'altronde, parte della dottrina penalistica auspica, in casi del genere, un limitato impiego della tecnica del *prospective overruling* in funzione garantistica[81]. Considerato il livello della frammentazione e della conflittualità della nostra giurisprudenza, si potrebbe ritenere che questa prospettiva sia meritevole di attenzione. Invero, qualche segnale in tal senso si può già percepire, come testimonia un recente caso in materia di accesso abusivo a sistema informatico portato all'attenzione della Corte di legittimità; la quale, tuttavia, ha escluso che l'interpretazione più lata della norma incriminatrice fosse imprevedibile per l'imputato, considerata proprio l'esistenza di conflitti giurisprudenziali sul punto[82]. Una via alternativa, forse più agilmente percorribile a diritto invariato, potrebbe essere rappresentata da un'applicazione più generosa della disciplina dell'*error iuris* – per il momento ritenuto applicabile nei soli casi di conflitto sincronico[83] – anche all'ipotesi dell'*overruling* imprevedibile[84].

Infine, occorre precisare che – fino a questo momento – al diritto processuale penale è stato riservato un ruolo assai marginale nel dibattito sull'*overruling*. Non manca, in realtà, qualche esiguo precedente in materia, ove per esempio si è affermato che l'elemento di prova, raccolto nel "vigore" di un orientamento giurisprudenziale (meno rigoroso) non più condiviso, non può essere utilizzato ai fini della decisione sul merito dell'imputazione in base al tradizionale principio del *tempus regit actum*, che – invece – deve considerarsi recessivo rispetto a un mutamento interpretativo *in bonam partem*[85].

4. Osservazioni conclusive

Il presente contributo ha inteso delineare un quadro essenziale dei problemi suscitati dal fenomeno dell'*overruling*, in rapporto alla prevedibilità delle pronunce giurisdizionali e, più in generale, al principio di certezza del diritto. Si tratta di una problematica complessa, che si inserisce in processi "culturali" più ampi, come – ad esempio – l'evoluzione del sistema delle fonti e il progressivo sviluppo del valore giuridico del precedente nell'ordinamento italiano.

Lo sforzo perenne di conciliare l'innovazione con la stabilità e la certezza non si esplica soltanto attraverso la regolazione – per via giurisprudenziale o legislativa – dei presupposti, dei limiti e delle conseguenze (*rectius*: effetti) dell'*overruling*. Il mutamen-

78. In questo senso, ad esempio, si è affermato che non sussiste contrasto teorico fra giudicati, idoneo a giustificare la revisione della sentenza di condanna, qualora l'assoluzione del coimputato sia pronunciata (anche) in conseguenza di un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*: cfr. Cass., sez. V pen., 31 marzo 2010, n. 19586, *Bonina*, in *Ced Cass.*, rv. 247513.

79. Cass., sez. II pen., 26 novembre 2015, n. 3000, *Leone*, in *Ced Cass.*, rv. 265780.

80. In questo senso, si veda, ancora, F. Mazzacuva, *sub Art. 7, op. cit.*

81. Cfr., in tal senso, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio nella dimensione* in action *della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, 316 ss.; A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2202 ss.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vicenti (a cura di), *Diritto e Clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, pp. 239 ss.

82. Si tratta di Cass. sez. V pen., 24 aprile 2018, n. 37857, *Fabbrizzi*, in *Ced Cass.*, rv. 273876. In precedenza, vds. anche Cass., sez. II pen., 18 febbraio 2016, n. 21596, *Tronchetti Provera*, in *Ced Cass.*, rv. 267164.

83. Cfr., per esempio, Cass., sez. VI pen., 25 gennaio 2011, n. 6991, *Sirignano, Ced Cass.*, rv. 249451.

84. Risulta, d'altronde, che tale operazione ermeneutica sia stata già compiuta, almeno, in un'occasione: Cass., sez. III pen., 6 ottobre 1993, n. 435, *Garofoli, Ced Cass.*, rv. 197037.

85. Cass., sez. VI pen., 26 maggio 2008, n. 29684, *Sorce, Ced Cass.*, rv. 240455. Residua, peraltro, il dubbio che il principio affermato in tale pronuncia non sia del tutto corretto dal punto di vista sistematico, considerato che la prova – dopo essere stata ritualmente assunta in giudizio – viene utilizzata proprio al momento della decisione che definisce la controversia.

to giurisprudenziale, invero, si inserisce in un quadro composito, su cui incidono – per esempio – lo stile di redazione delle sentenze, la disciplina della responsabilità civile e professionale dei magistrati.

In tutti i settori dell'ordinamento, il fenomeno del mutamento giurisprudenziale è emerso dapprima in relazione ad alcune problematiche specifiche, reclamando – successivamente – un inquadramento dogmatico generale per evitare che, paradossalmente, esso si trasformasse in un fattore di ulteriore incertezza per il sistema giuridico. Questo tentativo appare certamente in fase più avanzata nei settori del diritto civile e amministrativo, ove, peraltro, risulta (per ora) principalmente limitato alla sola disciplina processuale. Occorrerebbe, tuttavia, un supplemento di approfondimento, perché dietro l'etichetta del mutamento giurisprudenziale si nascondono in realtà fenomeni estremamente diversificati: si pensi solo, a titolo esemplificativo, al problema della progressiva enucleazione di sotto-fattispecie riconducibili al medesimo precetto penale.

Risulta, dunque, indispensabile sforzarsi di comprendere al meglio la dinamica del diritto per rispondere adeguatamente alle peculiari esigenze di legalità e certezza che si pongono in ogni porzione dell'ordinamento, nella consapevolezza che l'arbitrio statuale può manifestarsi anche attraverso le decisioni degli organi giudiziari.

Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile

di *Alberto Giusti*

Nell'ambito della riforma attuata dal d.lgs n. 40/2006, il dinamismo nomofilattico esce rafforzato dalla portata del novellato articolo 374, comma 3, cpc. Nel delicato equilibrio tra etica della convinzione ed etica della responsabilità, la riforma attribuisce al rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite uno specifico valore complementare, non gerarchico, in grado di prevenire contrasti «inammissibili» attraverso il vincolo di coerenza, per le prime, rispetto al principio di diritto alla base del *decisum* enunciato dalle seconde – o comunque ricavabile dalla sentenza. Tale sistema è coerente con la possibilità che hanno le sezioni semplici di sollecitare, mediante ordinanza interlocutoria, il mutamento di giurisprudenza, e non pregiudica la loro legittimazione a sollevare dubbi di costituzionalità o di compatibilità con il diritto dell'Ue in merito all'interpretazione resa dalle sezioni unite di detto principio.

Le esperienze dell'ultimo decennio (esplicitate, nell'ultimo paragrafo, da tre esempi significativi, due dei quali hanno portato all'*overruling* delle sezioni unite) fanno concludere per un bilancio positivo del meccanismo introdotto dalla riforma, quale strumento capace di assicurare una ordinata evoluzione del diritto vivente, nel consapevole equilibrio tra innovazione e coerenza argomentativa e sistematica.

1. L'introduzione del vincolo di coerenza nel rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite

Nella dialettica tra sezioni unite e sezioni semplici, alla ricerca di una stabilità aperta all'evoluzione del prodotto giurisprudenziale che la Corte di cassazione, nel suo insieme, consegna a operatori e interpreti, un particolare rilievo riveste la previsione del terzo comma dell'articolo 374 cpc, secondo cui «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Si tratta di una norma introdotta dal d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40, nella prospettiva della prevenzione e del superamento dei contrasti, quindi del rafforzamento della funzione nomofilattica assegnata dall'articolo 65 della legge di ordinamento giudiziario alla Corte di cassazione e, in particolare, della garanzia della uniforme interpretazione e applicazione del diritto oggettivo.

La norma in esame presenta una forte valenza di principio, perché con essa si afferma, per la prima volta nel nostro ordinamento, «un (sia pur circoscritto) valore legale del precedente»[1], prevedendosi un vincolo di coerenza al quale la sezione semplice della Corte di cassazione è tenuta ad attenersi nel concreto esercizio della giurisdizione[2]. Il meccanismo intro-

1. È quanto afferma R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 284.

2. Sul ruolo della nomofilachia a seguito delle più recenti riforme processuali, v. L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018. Sul rapporto tra precedenti e nomofilachia, v. AA.VV., *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, a cura di A. Carleo, Bologna, Il Mulino, 2018 (ed *ivi*, in particolare, i saggi di: N. Irti, *Sulla*

dotto implica, per la sezione semplice, un vincolo negativo a non adottare l'interpretazione contrastante con quella già espressa dalle sezioni unite: se giunge a un convincimento diverso da quello affermato dalle sezioni unite in una vicenda processuale simile e non intende, pertanto, aderire al precedente, la sezione semplice dovrà reinvestire queste ultime mediante ordinanza motivata, volta a provocarne un ripensamento[3].

Si rileva particolarmente proficuo oggi, a distanza di oltre due lustri, effettuare un bilancio dell'esperienza applicativa di tale previsione normativa: non solo perché tale analisi incrocia il dibattito sul rapporto tra certezza e prevedibilità della risposta giurisprudenziale, da un lato, ed esigenze del cambiamento, dall'altro, con la Corte di cassazione chiamata a ricondurre a sistema le linee interpretative che emergono nell'impetuosa fluidità del diritto contemporaneo; ma anche, e soprattutto, perché un meccanismo parallelo al terzo comma dell'articolo 374 cpc è stato introdotto, di recente, a opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, anche per il processo penale di cassazione, con l'aggiunta del comma 1-*bis* all'articolo 618 cpp.

2. Le ragioni della scelta normativa

Può, innanzitutto, essere opportuno ricordare che l'introduzione del nuovo terzo comma dell'articolo 374 cpc è stata accolta da valutazioni prevalenti di condivisione della scelta legislativa che ne è alla base, ma non sono mancate perplessità e riserve.

La condivisione è stata espressa da quanti hanno sottolineato come la previsione normativa, ancorata a un meccanismo che esibisce il carattere della duttilità, sia volta a impedire «quegli sbalzi interpretativi che tanto inquietano gli operatori», offrendo «nel contempo la massima garanzia possibile di correttezza istituzionale verso il risultato della certezza interpretativa e applicativa della legge»[4]. Nella stessa direzione, si è messo in luce[5] che l'innovazione legislativa mira a impedire che, una volta che il contrasto di giurisprudenza sia stato composto grazie all'intervento delle sezioni unite, questo poi possa perpetuarsi attraverso decisioni difformi delle sezioni semplici, ciò costituendo un fenomeno di «patologia giudiziaria»; si è, inoltre, precisato che la norma, lungi dal determinare un appiattimento acritico della giurisprudenza di legittimità sulle posizioni delle sezioni unite, si risolve, grazie al meccanismo dell'ordinanza interlocutoria diretta a sollecitare il mutamento di giurisprudenza, in una «esaltazione della complessa funzione di nomofilachia e del ruolo assegnato dall'ordinamento all'intera Corte».

D'altra parte, già anteriormente alla riforma del 2006, v'era chi immaginava che fosse configurabile, *de iure condito*, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario e dell'articolo 376, ultimo comma, cpc, un vincolo delle sezioni semplici al principio enunciato dalle sezioni unite, secondo la soluzione oggi esplicitata dal novellato articolo 374, comma 3, cpc.[6] Così, si riteneva «essenziale»[7] che, dopo la decisione delle sezioni unite, la singola sezione vi adeguasse le proprie pronunce, limitandosi, qualora non condividesse l'orientamento da esse espresso, a rimettere la questione alle sezioni unite, appunto con l'ordinanza prevista dall'ultimo comma dell'articolo 376 cpc.

Non sono, tuttavia, mancate opinioni critiche. Si sono manifestati dubbi di compatibilità con l'articolo 101, comma 2, Cost.: muovendo dalla premessa che il nuovo terzo comma dell'articolo 374 cpc crea, per la sezione semplice, «un vincolo più o meno analogo a quello che deve subire il giudice di rinvio» ai sensi dell'articolo 384, comma 2, cpc («il che, se è giustificabile per quest'ultimo che partecipa dello stesso giudizio proposto dinanzi alla Corte, è difficilmente concepibile per un giudice autonomo, qual è un'altra

---

relazione logica di con-formità (precedente e susseguente), pp. 17 e ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, pp. 27 e ss.; R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, pp. 89 e ss.; P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, pp. 239 e ss; F. Patroni Griffi, «Consuetudini e usi giudiziari» e diritto giurisprudenziale, pp. 255 e ss.).

3. G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. Acierno – P. Curzio – A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezione dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015, 56; C. Di Iasi, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in questa Rivista trimestrale, n. 3/2017 (www.questionegiustizia.it/rivista/2017/3/la-fata-ignorante_a-proposito-di-ufficio-del-massimario-e-funzione-di-nomofilachia_466.php).

4. Così B. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 233.

5. Da G. Prestipino, *Il nuovo ruolo delle sezioni unite*, in G. Ianniruberto - U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 37 ss., spec. 61-62.

6. A. Proto Pisani, nota redazionale in *Foro it.*, 1987, I, p. 746; si veda, dello stesso Autore, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.*, 1998, V, pp. 28 ss.; nonché *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 254.

7. E. Lupo, *Il funzionamento della Cassazione civile*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 205. Lo stesso avviso esprimeva S. Evangelista, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, *ivi*, 1999, V, p. 175.

sezione della Corte, che deve occuparsi di un'altra controversia»), si è rilevato che il principio di soggezione del giudice «soltanto alla legge» non tollera l'idea di un'opzione interpretativa della legge fatta da un giudice (sia pure nella sua massima composizione) che possa vincolare un altro giudice, al pari di quanto possa fare la legge stessa[8]. Ancora, si è sottolineato che l'autorità delle decisioni delle sezioni unite discende «dalla loro intrinseca persuasività, e non certo dall'introduzione di un "vincolo" giuridico, come in effetti avviene nel nuovo terzo comma dell'articolo 374 cod. proc. civ.»[9]. E già nel dibattito dottrinale che ha preceduto l'introduzione della norma si è paventato il rischio che, legandosi le sezioni semplici al precedente delle sezioni unite, le prime rischino di trasformarsi in «organi di bassa cucina», poste nella «scomoda alternativa tra autoescludersi o rendere ossequio al precedente»[10].

Le critiche espresse da una parte della dottrina non sembrano condivisibili.

L'articolo 374, comma 3, cpc non impone alcun adeguamento mero alla precedente pronuncia delle sezioni unite e non esprime una visione verticale, o declinata in senso gerarchico, della nomofilachia. Piuttosto, esso riconosce «la fluidità e la fallibilità del precedente, seppur formatosi al massimo livello dell'ordinamento giudiziario» e costruisce «una regola di metodo che conferisce ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico»[11].

In sostanza, la previsione normativa non crea un obbligo positivo per la sezione semplice di conformarsi al principio enunciato dalle sezioni unite: esiste, per la prima, un vincolo meramente negativo[12] a non adottare l'interpretazione di una norma contrastante con quella già espressa dalle sezioni unite. Nondimeno, resta fermo il suo potere di dissentire, con l'obbligo, in questo caso, di porre in essere un procedimento idoneo a comporre il potenziale contrasto attraverso «un'ordinanza interlocutoria che ha il contenuto di una *dissenting opinion* in funzione di *anticipatory overruling*», affinché siano le stesse sezioni unite «a rimuovere il precedente che tale vincolo crea»[13].

Si tratta di un vincolo – attinente non al contenuto, ma *all'iter* processuale – diverso da quello che, ai sensi dell'articolo 384, comma 2, cpc, impone al giudice di rinvio di conformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione quando sia accolto un ricorso proposto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto. Uniformarsi al principio di diritto è, per il giudice di rinvio, «un obbligo privo di alternative (dunque, un obbligo vero e proprio), perché alla medesima osservanza è tenuta la Corte di cassazione, investita di un ulteriore ricorso in caso di ribellione del giudice di rinvio»: «per quanto persuasivi possano essere gli argomenti addotti da quest'ultimo per convincere la Corte di cassazione che il principio di diritto enunciato in sede di annullamento è erroneo e per quanto i giudici della Corte siano soggettivamente convinti della bontà di questi argomenti, la Corte di cassazione è *obbligata* ad annullare la sentenza del giudice di rinvio che si sia ribellato al principio di diritto a suo tempo enunciato»[14]. Viceversa, il vincolo ai sensi dell'articolo 374, comma 3, cpc, avente come destinatario non il giudice del processo *ad quem*, ma la sezione semplice della stessa Corte di cassazione che si trova, in qualsiasi altro giudizio, a dover fare applicazione della norma cui si riferisce il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, non assume alcuna rilevanza sul piano della validità della decisione, «nel senso che la sua violazione non è ri-

8. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2016 (II ed.), p. 477.

9. A. Carratta, *Commento all'articolo 374 c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*., Zanichelli, Bologna, 2007 (II ed.), pp. 426-427.

10. Così S. Chiarloni, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 818.

11. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 33.

12. A. Tedoldi, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 925 ss.

13. G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, *op. cit.*, pp. 56-57.

14. Così S. Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 629.

mediabile con uno strumento impugnatorio ordinario o straordinario»[15] [16]

Su queste basi, correttamente è stato rilevato che l'articolo 374, comma 3, cpc non colloca la sezione semplice in una «posizione subordinata», ma, con formula organizzatoria modellata sul bilanciamento tra etica della convinzione ed etica della responsabilità, «ne coordina, in termini di complementarietà, il ruolo specifico rispetto a quello delle sezioni unite in funzione di una maggiore forza e stabilità» del prodotto giurisprudenziale della Corte di cassazione: di una stabilità, tuttavia, aperta all'evoluzione, con la sezione semplice chiamata a segnalare, attraverso lo strumento dell'ordinanza motivata, «le ragioni che inducono ad un ripensamento» del precedente[17]. In altri termini, la norma assicura, per un verso, la fisiologica possibilità che l'interpretazione in precedenza accolta dalle sezioni unite in sede di composizione di contrasto di giurisprudenza, o di risoluzione di questione di massima di particolare importanza, muti su impulso della sezione semplice; per l'altro verso, affida allo stesso organo – le sezioni unite – che ha enunciato quel principio di diritto di valutare l'effettiva sussistenza delle ragioni del cambiamento prospettate[18]. Viene così impedito al sistema «tanto di sclerotizzarsi in indirizzi immutabili quanto di cedere al disordine casistico»[19].

3. L'ambito applicativo del vincolo

Il terzo comma dell'articolo 374 cpc incentra il vincolo della sezione semplice al «principio di diritto enunciato dalle sezioni unite».

Un primo problema applicativo concerne l'ambito di tale vincolo: se, cioè, esso si ponga con riferimento a ogni principio di diritto enunciato dalle sezioni unite ai sensi dell'articolo 384 cpc, o se esso vada limitato ai casi in cui il principio di diritto sia stato enunciato in sede di composizione di contrasto di giurisprudenza o di risoluzione di questione di massima di particolare importanza.

---

15. G. Amoroso, *Commento* all'articolo 374 cod. proc. civ., in A. Briguglio - B. Capponi (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile, Cedam*, Padova, 2009, p. 208. Nello stesso senso M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 773, ad avviso del quale, nel caso in cui la sezione semplice non condivida il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, e tuttavia decida essa stessa il ricorso sulla base di un principio di diritto diverso, questa decisione non potrebbe «considerarsi in alcun modo viziata, soprattutto in un sistema che – come il nostro – si fonda sul principio di tassatività delle nullità processuali; tanto meno ... potrebbe considerarsi come inesistente o in qualche modo abnorme». Di carattere "necessariamente imperfetto" della disposizione, nel senso che «l'eventuale sua violazione non prevede sanzione (se non, eventualmente, sul diverso piano disciplinare)», parla anche R. Rordorf, *Stare decisis*, cit., p. 283. P. Curzio (*Il giudice e il precedente*, cit., p. 253) sottolinea che «non sono previste sanzioni per la violazione della regola», ma che «se una sezione semplice dovesse esprimere un orientamento difforme dalle sezioni unite senza seguire la via tracciata dal codice, il precedente così creato risulterebbe fortemente indebolito quanto alla sua autorevolezza». Sul tema v. F. Auletta, *Note intorno alla prima applicazione del cd. "vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite"*, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 769 e ss.

16. Osserva giustamente Amoroso, *Commento*, cit., p. 209, che la mancanza di una sanzione processuale per la decisione della sezione semplice pronunciata in spregio al vincolo derivante dal *dictum* nomofilattico delle sezioni unite e la circostanza che una sanzione disciplinare sia di difficile configurabilità non rendono inutile la disposizione dell'articolo 374, terzo comma, cod. proc. civ., esistendo nel sistema «"norme processuali ordinatorie che, seppur sprovviste di sanzione, devono non di meno essere osservate dal giudice e, di norma, lo sono».

17. Così M. R. Morelli, *L'enunciazione del principio di diritto*, in M. Acierno - P. Curzio - A. Giusti (a cura di), *La Cassazione, op. cit.*, p. 440.

18. Cfr. F.P. Luiso, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite,* in *Giur. it.*, 2003, pp. 820 ss., il quale sottolinea l'opportunità che venga garantito «l'apporto di tutti i magistrati della Cassazione nell'elaborazione delle pronunce delle sezioni unite, al fine di ottenere un'evoluzione giurisprudenziale alla quale possano essere chiamati a partecipare tutti i magistrati addetti alla Cassazione». Quanto al compito delle sezioni semplici, l'Autore esclude che esso sia quello di «applicare acriticamente il precedente», ma sottolinea nel contempo che esse «non possono arrogarsi il potere di discostarsene», dovendo «sollecitare il cambiamento da quella stessa struttura – le sezioni unite – che quel precedente ha posto». In altri termini, la convinzione, da parte della sezione semplice, che il caso di specie richieda l'applicazione di un differente principio di diritto non legittima una autonoma decisione del ricorso, neppure previa accurata giustificazione della scelta.

19. C. Delle Donne, sub *articolo 374 cpc*, in L.P. Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella (a cura di) *Commentario del codice di procedura civile*, Utet, Torino, 2013, p. 968. G. Monteleone (*Il nuovo volto della Cassazione civile,* in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 943 ss., spec. pp. 951-952) sottolinea che «il principio di diritto enunciato dalla Cassazione non si contrappone alla legge, ma ne costituisce una sua proiezione o esplicazione pratica e concreta: quindi uniformarsi ad esso significa, appunto, essere soggetti alla legge, come prevede l'articolo 101 Cost., e non al capriccio o al potere di un organo estraneo alla giurisdizione», e che «la sezione semplice non è obbligata a seguire passivamente l'orientamento delle sezioni unite, perché può dissentire con ordinanza motivata, rinviando il tutto al più autorevole consesso». Sulle differenze del testo finale dell'articolo 374 rispetto a quello contenuto nel progetto originario di decreto legislativo delegato, si veda A. Tedoldi, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti,* in *Giur. it.*, 2006, p. 2011, e C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. II - Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 602-603.

È stata autorevolmente prospettata la conclusione più ampia. Si è, infatti, rilevato[20] che non è necessario, affinché sorga il vincolo, che il principio di diritto affermato riguardi proprio la questione in ragione della quale il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite: non essendo prevista tale limitazione, basterebbe che il principio di diritto sia affermato dalle sezioni unite nell'enunciazione formale ai sensi dell'articolo 384 cpc, non occorrendo anche che il principio di diritto afferisca a quella questione – sulla quale è insorto un contrasto di giurisprudenza, ovvero di massima di particolare importanza – che ha attratto il ricorso alla competenza delle sezioni unite.

Ritengo preferibile la tesi restrittiva, che limita il vincolo ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto ovvero per risolvere una questione di massima di particolare importanza, dovendosi ritenere prive dell'efficacia potenziata di cui al terzo comma dell'articolo 374 cpc le decisioni che le sezioni unite abbiano reso, ai sensi dell'articolo 142 disp. att. cpc, sui motivi di ricorso di spettanza delle sezioni semplici, all'esito di una valutazione di opportunità e dopo avere deciso i motivi di propria competenza[21].

Convergono in questa direzione la lettera e la *ratio* della disposizione.

Sul piano letterale, infatti, la previsione – nell'articolo 374, comma 3, cpc – di un limite alla possibilità per le sezioni semplici di decidere sul ricorso in maniera difforme dall'eventuale principio già affermato dalle sezioni unite, fa seguito alla disposizione del comma 2, il quale, indicando i casi nei quali il primo presidente può rimettere la causa alle sezioni unite, vi include i «ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici» e «quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza». È pertanto da escludere che abbiano le caratteristiche richieste le affermazioni di principio sulle questioni che si pongono al di fuori dei casi delineati nel secondo comma. Difatti, il congegno delineato nel terzo comma si appalesa, in un certo senso, come il completamento della previsione che radica nelle sezioni unite la composizione del contrasto di giurisprudenza insorto all'interno delle sezioni semplici o la risoluzione della questione di massima di particolare importanza, «e nella stessa logica va letto»[22], non avendo senso devolvere alle sezioni unite il superamento del contrasto o la decisione della questione di massima di particolare importanza, se poi la sezione semplice potesse *sic et simpliciter* discostarsi dal precedente delle sezioni unite[23].

Sul piano della *ratio*, poi, l'introduzione, con il terzo comma, di una regola procedurale della nomofilachia improntata al vincolo di coerenza, si giustifica in relazione all'esigenza di evitare quelli che la dottrina[24] aveva chiamato i «contrasti assolutamente inammissibili», che si hanno «specie quando sorgano su questioni di cui le sezioni unite erano già state investite a causa di un precedente contrasto o di una questione di massima di particolare importanza». In questo contesto, il vincolo per la sezione semplice a non emettere una decisione di contenuto difforme e a convogliare il dissenso in un'ordinanza che investa della decisione le sezioni unite, si impone là dove queste abbiano in precedenza enunciato un principio di diritto nell'esercizio della loro attribuzione istituzionale.

Così, ad esempio, rispetto alla sentenza delle sezioni unite 5 agosto 2016, n. 16598, l'efficacia potenziata ai sensi del terzo comma dell'articolo 374 cpc assiste il principio – enunciato a composizione del sollevato contrasto di giurisprudenza – secondo cui la tempestiva costituzione dell'appellante con la copia dell'atto di citazione (cd. "velina") in luogo dell'originale non determina l'improcedibilità del gravame ai sensi dell'articolo 348, comma 1, cpc, ma integra una nullità per inosservanza delle forme indicate dall'articolo 165 cpc, sanabile - anche su rilievo del giudice – entro l'udienza di comparizione di cui all'articolo 350, comma 2, cpc mediante deposito dell'originale da parte dell'appellante, ovvero a seguito di costituzione dell'appellato che non contesti la conformità della copia all'originale (e sempreché dagli atti risulti il momento della notifica ai fini del rispetto del termine *ex*

20. Da G. Amoroso, *Commento, op. cit.*, p. 212.

21. Così G. Ianniruberto, *Il principio di diritto nelle controversie di lavoro (riflessioni sugli artt. 363 e 374 cpc riformati),* in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 20 («il principio, dal quale le sezioni semplici non possono discostarsi, è soltanto quello sul quale le sezioni unite hanno una "competenza istituzionale", in quanto chiamate a pronunziarsi su un contrasto ovvero su una questione di massima di particolare importanza»). Si veda anche, dello stesso Autore, *Le attribuzioni delle sezioni unite civili e l'efficacia del principio di diritto,* in *Corriere giuridico,* 2008, p. 725.

22. L'espressione è tratta da C. Delle Donne, sub *articolo 374 cpc, op. cit.*, 967.

23. Di «meccanismo interno di stabilizzazione delle decisioni adottate in sede di risoluzione di contrasto o su questione di massima di particolare importanza, *ex* comma secondo dell'articolo 374 (...) dalle sezioni unite della Corte regolatrice», parla M.R. Morelli, *L'enunciazione, op. cit.*, p. 418.

24. A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi, op. cit.*, p. 28.

articolo 347 cpc), salva la possibilità per l'appellante di chiedere la remissione in termini per la regolarizzazione della costituzione nulla, dovendosi ritenere, in mancanza, consolidato il vizio e improcedibile l'appello. Un analogo vincolo di coerenza non discende dal principio – che la stessa sentenza delle sezioni unite enuncia specificamente in esito allo scrutinio, ai sensi dell'articolo 142 disp. att. cpc, di un altro motivo di ricorso, diverso da quello che veicolava la questione oggetto del contrasto – sulla portata e sull'ambito dell'articolo 2697 cc (la cui violazione si configura «se il giudice di merito applica la regola di giudizio sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'*onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni») e sulle condizioni per dedurre la violazione del paradigma dell'articolo 115 cpc (che si ha allorché «il giudice non abbia posto a fondamento della decisione le prove dedotte dalle parti», non quando «il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività consentita dal paradigma dell'articolo 116 cpc»).

4. L'enunciazione del principio di diritto

Il vincolo di coerenza delle sezioni semplici concerne il «principio di diritto enunciato dalle sezioni unite».

Dal collegamento tra il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, di cui al terzo comma dell'articolo 374 cpc, e la nuova formulazione dell'articolo 384, comma 1, cpc, introdotta dall'articolo 12 d.lgs n. 40/2006, che prevede appunto l'«enunciazione del principio di diritto» nelle decisioni della Corte di cassazione, è stato tratto l'avviso che il vincolo negativo per le sezioni semplici riguarderebbe solo la «espressa e formale enunciazione» del principio di diritto «contenuta nella decisione delle sezioni unite»[25].

Ora, non v'è dubbio che l'enunciazione del principio di diritto a corredo della composizione del contrasto di giurisprudenza o della risoluzione della questione di massima di particolare importanza dovrebbe essere esplicita, ed è questo ciò che, di regola, accade.

Peraltro capita, talora, che nella pronuncia delle sezioni unite, emessa ai sensi del secondo comma dell'articolo 374 cpc, manchi una siffatta specifica enunciazione.

Una ricerca tra le pronunce delle sezioni unite emesse nell'ultimo periodo consente di evidenziare che, in almeno due casi, l'esito compositivo del contrasto o risolutivo della questione di massima di particolare importanza non è stato trasfuso nella enunciazione – espressa e formale – richiesta dall'articolo 384. Tanto è avvenuto, ad esempio, nella sentenza 7 maggio 2013, n. 10532, sulla inopponibilità allo Stato dell'ipoteca iscritta su di un bene immobile confiscato ai sensi della legislazione antimafia, e nella sentenza 22 dicembre 2015, n. 25767, che ha escluso il diritto del nato disabile ad agire per il risarcimento del danno da nascita indesiderata.

Anche in questi casi, nondimeno, è configurabile l'efficacia potenziata ai sensi del terzo comma dell'articolo 374 cpc, occorrendo considerare la sentenza nel suo insieme per ricavare da essa, pur in difetto di una specifica enunciazione, il principio di diritto che le sezioni unite hanno così inteso affermare.

5. Principio di diritto "vincolante" e (limiti alla) rilevanza dell'apparato argomentativo della pronuncia

La giurisprudenza si è posta l'interrogativo se il vincolo per le sezioni semplici di non emettere una decisione di contenuto difforme concerna solo il principio di diritto affermato, ovvero si debba estendere anche alle argomentazioni svolte, contenute nella motivazione del *dictum* delle sezioni unite.

L'occasione per sollevare tale quesito si è profilata a seguito della sentenza delle sezioni unite 4 settembre 2012, n. 14828, sul rapporto tra azione di risoluzione del contratto e rilievo officioso delle nullità contrattuali.

Con l'ordinanza interlocutoria 3 luglio 2013, n. 16630, la seconda sezione civile, nell'invocare il *revirement* di tale precedente non integralmente condiviso, ha in via preliminare sollecitato le sezioni unite a chiarire se l'onere di conformazione gravante sulla sezione semplice investa il solo principio di diritto enunciato, o se la *regula iuris* debba «ricavarsi solo dalla motivazione nella sua integralità e nel confronto con la fattispecie concretamente esaminata», anziché «da una specie di "automassimazione" della pronuncia (...) da parte del collegio decidente».

Le sezioni unite, con la sentenza 12 dicembre 2014, n. 26242, hanno quindi chiarito che l'onere di conformazione deve intendersi riferito «all'applicazione del solo principio di diritto posto a fondamento del *decisum* delle sezioni unite e che costituisce la *ratio decidendi* della fattispecie concreta, senza estendersi a tutte le ulteriori argomentazioni svolte in gui-

25. Così G. Amoroso, *La Corte, op. cit.*, 57; *Id.*, *Commento, op. cit.*, p. 211.

sa di *obiter dictum* o comunque contenute nella parte motiva della sentenza».

Si tratta di un approdo condiviso dalla dottrina, la quale ha evidenziato che la *regula iuris* della decisione si ricava dal complesso motivazionale della pronuncia e solo come tale può costituire un "precedente": «una cosa è il "principio di diritto" enunciato dalla Corte ai sensi dell'articolo 384, primo comma, cpc, facilmente individuabile nella sentenza, altra cosa la *regula iuris* enucleabile dal complesso della motivazione della pronuncia delle sezioni unite, alla quale dovranno attenersi le sezioni semplici, ai sensi del terzo comma dell'articolo 374» [26].

6. L'ambito temporale del vincolo di conformazione

Nella pratica applicativa si è posto il problema dell'ambito temporale del vincolo di conformazione stabilito dal terzo comma dell'articolo 374 cpc: se, cioè, esso riguardi solo le pronunce per le quali opera la prescrizione dell'articolo 384, comma 1, novellato, quindi soltanto le "nuove" pronunce delle sezioni unite emesse nella vigenza della riforma del 2006[27].

Messa di fronte a questo interrogativo, la giurisprudenza delle sezioni semplici non ha dato risposte uniformi.

Un esempio di applicazione del meccanismo delineato dall'articolo 374, comma 3, cpc, anche in presenza di un *dictum* nomofilattico delle sezioni unite antecedente al 2006, può cogliersi nell'ordinanza interlocutoria della sezione lavoro 8 marzo 2012, n. 3639. Chiamata ad applicare il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite con la sentenza 23 dicembre 2005, n. 28498, sull'onere dell'appellante, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale, di produrre – o ripristinare in appello, se già prodotti in primo grado – i documenti sui quali egli basa il proprio gravame (o comunque di attivarsi, anche avvalendosi della facoltà, *ex* articolo 76 disp. att. cpc, di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti), perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, la sezione lavoro, con la citata ordinanza, ha affidato "le ragioni del dissenso" a una diretta investitura delle sezioni unite, richiamando espressamente la norma che affida alle stesse la competenza dell'*overruling* del precedente.

Diverso è stato l'approccio seguito dalla prima sezione civile in rapporto alla sentenza delle sezioni unite 29 novembre 1990, n. 11490, in tema di assegno di divorzio. Qui si è, in un primo tempo, ritenuto[28] che l'orientamento espresso – quasi ventisette anni prima – dalle sezioni unite non fosse più attuale, e che ciò esimesse il collegio dall'osservanza del precetto dell'articolo 374, comma 3, cpc, abilitandolo a discostarsi direttamente dal precedente delle sezioni unite. Quest'ultimo aveva individuato il presupposto per concedere l'assegno di divorzio nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio. Si è poi affermato, in un'altra pronuncia confermativa del nuovo orientamento in tema di autosufficienza economica del coniuge divorziato[29], che l'articolo 374, comma 3, cpc «va considerato disposizione di natura ordinamentale più che processuale», operativa «solo per i principi affermati dalle sezioni unite dopo la sua entrata in vigore, e non per quelli (...) enunciati anteriormente, per i quali permane il profilo di grande autorevolezza dell'insegnamento delle sezioni unite, il punto più alto nella interpretazione e nella nomofilachia, ma non vincolante per le sezioni semplici».

Appare preferibile la tesi che ritiene applicabile il procedimento di rimessione disegnato dall'articolo 374, comma 3, cpc anche quando la pronuncia delle sezioni unite che ha composto il contrasto o risolto la questione di massima sia anteriore al 2 marzo 2006, data di entrata in vigore del d.lgs n. 40/2006. Se infatti, come si è visto, il principio di diritto a fondamento del *decisum*, anche quando non specificamente enunciato, è ricavabile dal contesto della sentenza nomofilattica delle sezioni unite, allora il vincolo di coerenza per la sezione semplice non richiede neppure un collegamento temporale con quanto il novellato articolo 384 cpc prescrive in generale, in tema di enunciazione del principio di diritto, per le pronunce della Corte di cassazione.

7. Principio di diritto "vincolante" e incidente di costituzionalità

Il vincolo di coerenza imposto dal citato articolo 374 riguarda l'interpretazione della legge consegnata nel principio di diritto, non la sua validità costituzionale.

26. V., per tutti, A. Carratta, *Commento*, *op. cit.*, pp. 430-431.

27. Cfr. G. Amoroso, *La Corte*, *op. cit.*, p. 58.

28. Con la sentenza 10 maggio 2017, n. 11504.

29. Cass., sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2042.

Il collegio della sezione semplice non è posto di fronte alla secca alternativa tra l'uniformare la propria decisione al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite – per dirimere un contrasto o una questione di massima di particolare importanza – e la rimessione con ordinanza interlocutoria del ricorso alle sezioni unite, esponendo le ragioni del dissenso.

Il collegio della sezione semplice può sottrarsi a questa alternativa attivando l'incidente suscettibile di condurre a una declaratoria di incostituzionalità, e quindi alla rimozione, della disposizione sottostante al principio enunciato dalle sezioni unite.

Emblematica appare la vicenda delle ricadute sulla decorrenza del termine lungo per l'impugnazione, nel caso in cui le attività di deposito della sentenza e di effettiva pubblicazione della stessa abbiano luogo in due momenti diversi.

In proposito, la sentenza delle sezioni unite n. 13794 del 1° agosto 2012, risolvendo il contrasto insorto precedentemente tra le sezioni semplici, aveva statuito che la sentenza del giudice esiste giuridicamente e tutti ne hanno «scienza legale» con la pubblicazione a cura del cancelliere, e che la pubblicazione è effetto legale della certificazione da parte del cancelliere della consegna ufficiale della sentenza; in tal modo, egli completa il procedimento di pubblicazione che la norma prevede senza soluzione di continuità tra la consegna e il deposito. È, dunque, una irregolarità – avevano precisato le sezioni unite – l'«inconveniente di fatto» che il cancelliere dapprima attesti, ai fini e per gli effetti di cui agli articoli 2699 cc e 57 cpc, la data di deposito della sentenza, originale, completa, non necessitante di integrazione alcuna e successiva collazione, e successivamente dichiari, in altra data da lui autonomamente determinata, che la sentenza "è pubblicata". Da qui, per la Corte di cassazione a sezioni unite, l'esigenza di ricondurre a unità il sistema: se sulla sentenza sono state apposte due date, una di deposito, senza espressa specificazione che il documento depositato contiene la minuta della sentenza, e l'altra di pubblicazione, tutti gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione della sentenza decorrono dalla data del suo deposito.

La seconda sezione ha convertito le ragioni del dissenso da questo approdo ermeneutico in profili di dubbio di legittimità costituzionale degli articoli 133 e 327 cpc, così come interpretati dalle sezioni unite, per la possibile violazione degli articoli 3, comma 2, e 24, commi 1 e 2, Cost. Qui preme sottolineare che l'ordinanza 22 novembre 2013, n. 26251, che ha sollevato la questione, ha precisato preliminarmente che l'articolo 374, comma 3, cpc non impedisce al collegio della sezione semplice di sollecitare la verifica della compatibilità dell'esito interpretativo sotteso al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite con i principi costituzionali in concreto involti dalla questione risolta.

Si tratta di un percorso convalidato, con riguardo alla legittimazione del collegio della sezione semplice a sollevare il dubbio di costituzionalità, dalla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 3 del 2015, ha scrutinato il merito della questione, pervenendo a una pronuncia interpretativa di rigetto[30] che ha rappresentato la base per il successivo *revirement*[31] delle sezioni unite[32].

8. ... E rinvio pregiudiziale

Il meccanismo disegnato dall'articolo 374, comma 3, cpc neppure espropria la sezione semplice, ove essa dubiti della compatibilità con il diritto dell'Ue

30. La Corte costituzionale ha infatti riconosciuto che, per costituire *dies a quo* del termine per l'impugnazione, la data apposta in calce alla sentenza dal cancelliere deve essere qualificata dalla contestuale adozione delle misure volte a garantirne la conoscibilità e solo da questo concorso di elementi consegue tale effetto, situazione che, in presenza di una seconda data, deve ritenersi di regola realizzata solo in corrispondenza di quest'ultima. Sicché il ritardato adempimento, attestato dalla diversa data di pubblicazione, rende di fatto inoperante la dichiarazione dell'intervenuto deposito, pur se formalmente rispondente alla prescrizione normativa, e di ciò il giudice non può che prendere atto traendone le necessarie conseguenze. Qualora ciò accada – ha affermato la Corte costituzionale –, il ricorso all'istituto della rimessione in termini per causa non imputabile (articolo 153 cpc) va inteso come doveroso riconoscimento d'ufficio di uno stato di fatto *contra legem* che, in quanto imputabile alla sola amministrazione giudiziaria, non può in alcun modo incidere sul fondamentale diritto all'impugnazione, riducendone i relativi termini.

31. Sollecitato dall'ordinanza interlocutoria della seconda sezione civile, 28 settembre 2015, n. 19140.

32. Cass., sez. unite, 22 settembre 2016, n. 18659, ha infatti statuito che «Il deposito e la pubblicazione della sentenza coincidono e si realizzano nel momento in cui il deposito ufficiale in cancelleria determina l'inserimento della sentenza nell'elenco cronologico, con attribuzione del numero identificativo e conseguente conoscibilità per gli interessati, dovendosi identificare tale momento con quello di venuta ad esistenza della sentenza a tutti gli effetti, inclusa la decorrenza del termine lungo per la sua impugnazione. Qualora, peraltro, tali momenti risultino impropriamente scissi mediante apposizione in calce alla sentenza di due diverse date, ai fini della verifica della tempestività dell'impugnazione, il giudice deve accertare – attraverso istruttoria documentale, ovvero ricorrendo a presunzioni semplici o, infine, alla regola di cui all'articolo 2697 cod. civ., alla stregua della quale spetta all'impugnante provare la tempestività della propria impugnazione – quando la sentenza sia divenuta conoscibile attraverso il deposito ufficiale in cancelleria ed il suo inserimento nell'elenco cronologico con attribuzione del relativo numero identificativo».

del principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, del potere-dovere di rivolgersi, quale giudice di ultima istanza, alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In una fattispecie nella quale venivano in rilievo la norma corrispondente, contenuta nell'articolo 99, comma 3, cpa, e l'obbligo della sezione del Consiglio di Stato investita di una questione attinente al diritto dell'Unione, in caso di disaccordo con la decisione dell'adunanza plenaria, di rinviare a quest'ultima tale questione, la Grande Sezione della Corte di giustizia, con la sentenza 5 aprile 2016, *Puligienica Facility Esco Spa c. Airgest Spa*, ha infatti statuito che l'organo nazionale investito di una controversia, qualora ritenga che, nell'ambito della medesima, sia sollevata una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, ha la facoltà o l'obbligo, a seconda del caso, di adire la Corte in via pregiudiziale. Ciò senza che detta facoltà o detto obbligo – inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'articolo 267 Tfue, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali – possano essere ostacolati da norme nazionali di natura legislativa o giurisprudenziale.

Deve pertanto ritenersi che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, la sezione semplice della Corte di cassazione, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione delle sezioni unite, non è tenuta a rinviare la questione alle sezioni unite in ottemperanza al vincolo di coerenza imposto dall'articolo 374, comma 3, cpc, ma è tenuta ad adire la Corte di giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 Tfue.

9. Un bilancio dell'esperienza applicativa

Un bilancio di questo decennio di applicazione consente di pervenire alla conclusione che il meccanismo orizzontale e circolare delineato dal terzo comma dell'articolo 374 si presenta come uno strumento capace di assicurare una ordinata evoluzione del diritto vivente, garantendo che le spinte innovative provenienti dalle sezioni semplici si realizzino e si incanalino in un contesto di coerenza e di solidità argomentativa ed evitando, nel contempo, che il *revirement* determini incalcolabilità del diritto, imprevedibilità della decisione e disuguaglianza tra gli utenti del servizio giustizia.

Le sezioni unite si mostrano pronte a farsi carico delle ragioni nuove prospettate dai collegi delle sezioni semplici e ad affidare, così, alla comunità un prodotto giurisprudenziale frutto di un dialogo più avanzato e di una consapevolezza più matura.

Per dimostrare questa conclusione, indicherei tre esempi.

Il primo, in tema di procedibilità del ricorso per cassazione quando la copia notificata della sentenza impugnata, non prodotta dal ricorrente che pur abbia dichiarato l'esistenza di tale evento, sia stata depositata da un'altra parte nel giudizio di legittimità.

Con la sentenza 2 maggio 2017, n. 10648, le sezioni unite approdano a una svolta importante in materia processuale, ritenendo soddisfatta la condizione di procedibilità del ricorso per cassazione, costituita dalla produzione della relata di notifica della sentenza impugnata, anche quando il documento risulti depositato dal controricorrente o sia ritualmente presente nel fascicolo d'ufficio trasmesso dal giudice *a quo*.

Le sezioni unite abbandonano così il precedente indirizzo risultante dall'ordinanza 16 aprile 2009, n. 9005, con la quale le stesse sezioni unite, a composizione di contrasto, erano pervenute alla conclusione secondo cui, là dove il ricorrente – espressamente o implicitamente – alleghi che la sentenza impugnata gli è stata notificata, limitandosi a produrre una copia autentica della sentenza impugnata senza la relata di notifica, il ricorso per cassazione deve essere dichiarato improcedibile, dovendosi escludere ogni rilievo alla eventuale non contestazione dell'osservanza del termine breve da parte del controricorrente ovvero al deposito, da parte sua, di una copia con la relata o alla presenza di tale copia nel fascicolo d'ufficio, da cui emerga in ipotesi la tempestività dell'impugnazione.

L'intrecciarsi di più aspetti, «portatori di altrettanti valori interni al sistema», ha indotto le sezioni unite ad abbracciare l'orientamento più liberale: «l'ordinato svolgersi del giudizio di legittimità, con la possibilità di avviare sollecitamente le verifiche di rito»; «il controllo sulla tempestività dell'impugnazione e sul conseguente formarsi del giudicato»; «il diritto della parte resistente di far constare i vizi del ricorso»; «la necessaria proporzionalità tra la sanzione irrimediabile dell'improcedibilità (...) e la violazione processuale commessa»; «la strumentalità che le forme processuali hanno in funzione della attuazione della giurisdizione mediante decisioni di merito»; «la giustizia della decisione (...) quale scopo dell'equo processo».

Preme, in questa sede, sottolineare che il collegio della prima sezione civile, con l'ordinanza interlocu-

toria[33] ai sensi dell'articolo 374 cpc, nel sollecitare il mutamento di giurisprudenza, aveva segnalato i profili di problematicità della precedente interpretazione restrittiva con riguardo al principio interno e sovranazionale di effettività della tutela giurisdizionale, e che le sezioni unite hanno esplicitamente condiviso i rilievi della sezione rimettente, inquadrandoli in un disegno coerenziatore con le più recenti acquisizioni giurisprudenziali.

Nel settore della crisi dell'impresa, con riguardo alla questione del rapporto tra i procedimenti di concordato preventivo e di fallimento, la sentenza delle sezioni unite 23 gennaio 2013, n. 1521, valorizzando l'avvenuta espunzione dal testo dell'articolo 160 legge fallimentare, come riformulato dal d.lgs 9 gennaio 2006, n. 5, dell'inciso che prevedeva la possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non è dichiarato», era giunta a ritenere superato il principio di prevenzione che correlava le due procedure. Di conseguenza, le sezioni unite affermavano che la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento non rappresentasse un fatto impeditivo della relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore, non abilitato a disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare.

Questa conclusione è stata superata dalla successiva sentenza a sezioni unite 15 maggio 2015, n. 9935, la quale ha affermato il diverso principio secondo cui, in pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'articolo 161, comma 6, legge fall., il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del pubblico ministero, può essere dichiarato soltanto quando ricorrano gli eventi previsti dagli articoli 162, 173, 179 e 180 legge fall., e cioè, rispettivamente: quando la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile, quando sia stata revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia stata approvata e quando, all'esito del giudizio di omologazione, sia stato respinto il concordato.

Ancora una volta, l'*overruling* è maturato nel dialogo costruttivo e dinamico con il collegio della sezione semplice, che, ricorrendo allo strumento dell'ordinanza motivata di cui all'articolo 374, comma 3, cpc, aveva segnalato le aporie sistematiche del precedente *dictum* nomofilattico delle sezioni unite. In particolare, il superamento del principio di prevenzione (*id est* di prevalenza del concordato preventivo) e la sussistenza di una mera esigenza di coordinamento tra la procedura di concordato preventivo e quella prefallimentare non erano state condivise dalla prima sezione civile[34]. Quest'ultima aveva sottolineato che la perdurante vigenza del predetto principio è «ricavabile dal sistema, il quale attribuisce al concordato preventivo la funzione di prevenire – appunto – il fallimento attraverso una soluzione alternativa basata sull'accordo del debitore con la maggioranza dei creditori. Tale funzione preventiva comporta sia che, prima di dichiarare il fallimento, debba necessariamente essere esaminata l'eventuale domanda di concordato presentata dal debitore, per farsi luogo, poi, alla dichiarazione del fallimento solo in caso di mancata apertura della procedura minore; sia che, una volta aperta quest'ultima ai sensi dell'articolo 163 legge fall., il fallimento non possa più essere dichiarato sino alla conclusione di essa in senso negativo, ossia con la mancata approvazione ai sensi dell'articolo 179, il rigetto ai sensi dell'articolo 180, ultimo comma, ovvero la revoca dell'ammissione ai sensi dell'articolo 173».

Nel settore dei contratti assicurativi e delle clausole *on claims made basis*, il dissenso espresso dalla sezione semplice[35] rispetto al precedente delle sezioni unite[36] non ha condotto al sollecitato *revirement*, ma ha consentito alle sezioni unite[37] di approdare a un esito nomofilattico innovativo e sistematicamente più coerente (in particolare, con riferimento al controllo dell'autonomia privata, non più soggetto al giudizio di meritevolezza *ex* articolo 1322, comma 2, cc, bensì a quello di cui al primo comma dello stesso

33. Si tratta dell'ordinanza n. 1081 del 21 gennaio 2016.

34. Cass., sez. I, 30 aprile 2014, n. 9476.

35. Cass., sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465.

36. Cass., sez. unite, 6 maggio 2016, n. 9140, aveva affermato il seguente principio di diritto: «Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (clausola *claims made* mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata».

37. Cass. sez. unite, 24 settembre 2018, n. 22437.

articolo, da effettuarsi in relazione alla causa in concreto del negozio, con lo sguardo attento ai principi costituzionali e sovranazionali), anche per il rilievo dato con il nuovo arresto ai diversi livelli di tutela di cui dispone l'assicurato, i quali investono non solo la conformazione del contenuto del contratto, ma anche la fase precontrattuale e quella di attuazione del rapporto[38].

38. Secondo le sezioni unite del 2018, infatti, «Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole *on claims made basis,* che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'articolo 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un *test* di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma 2, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)».

Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale

di *Giorgio Fidelbo*

Il precedente come valore "culturale" e la sua vincolatività (relativa) sono, rispettivamente, la considerazione di fondo e la novità principale della "riforma Orlando" (legge 23 giugno 2017, n. 103). La storica tensione generata dai contrasti giurisprudenziali interni alle sezioni della Suprema corte, moltiplicatrice di decisioni nella sua qualità di giudice di "terza istanza", sembra attenuarsi con l'introduzione del vincolo del precedente e la rimessione obbligatoria alle sezioni unite (*ex* articolo 618, comma 1-*bis*, cpp), laddove il collegio di una sezione semplice non condivida il principio di diritto da quelle enunciato, applicabile al caso oggetto del ricorso. Al di fuori di un ordine gerarchico dei rapporti, tale meccanismo consente all'attività interpretativa delle sezioni semplici di tradursi in un contributo nomofilattico che, nella forma del "dialogo" interno, rafforza in senso unitario l'evoluzione giurisprudenziale, permettendo al sistema – come dimostrano alcune prime esperienze applicative – di rinnovarsi. Il vincolo del precedente e la portata della riforma hanno implicazioni significative in tema di *prospective overruling*, con un richiamo alle incongruenze che hanno visto le sezioni unite penali e quelle civili divergere in merito all'accezione stessa della legalità – sulla questione, la Consulta (con la sentenza n. 230 del 2012) ha frenato lo slancio delle prime, escludendo un'equiparazione tra la legge e il "diritto vivente".

1. Le prassi virtuose nei rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici prima della "riforma Orlando"

All'indomani dell'unificazione della Corte di cassazione penale, un giurista dei primi del Novecento offriva una descrizione piuttosto sconfortante della situazione in cui versava la "nuova" Cassazione con sede nella Capitale, evidenziando i contrasti interni alle sezioni, le oscillazioni interpretative mai risolte, le sentenze iperboliche, l'esasperante individualismo tra i giudici di legittimità[1]. Erano considerazioni con cui si prendeva atto che la realizzazione di un'unica Corte di cassazione penale non aveva conseguito l'effetto sperato di assicurare l'uniformità di indirizzi giurisprudenziali in materia penale, compito che, nelle intenzioni del Ministro della giustizia dell'epoca, Giuseppe Zanardelli, sarebbe stato affidato soprattutto alle "sezioni riunite", che avrebbero dovuto svolgere una funzione "quasi legislativa"[2].

È sorprendente constatare che gli stessi problemi che oggi riguardano la Corte di cassazione erano già presenti in anni così lontani e in contesti profondamente diversi, in cui la giurisdizione penale dei primi del Novecento sicuramente non doveva fare i conti con un numero imponente di processi, come accade oggi, né era impegnata come l'attuale Cassazione a districarsi in un sistema complesso di fonti multilivello, con continui e impegnativi dialoghi con altre corti. Soprattutto, va sottolineato come, già in quell'epo-

1. G. Escobedo, *La Corte di cassazione penale nel suo odierno funzionamento e nelle progettate riforme*, in *Giust. pen.*, 1901, VII, pp. 577 ss.

2. La Corte di cassazione penale venne unificata nel 1889, con sede a Roma, mentre le Cassazioni civili di Torino, Firenze, Napoli, Palermo e, poi, di Roma, continuarono a operare fino al 1923, quando vennero unificate con legge 24 marzo 1923, n. 601.

ca, si riponesse una grande aspettativa nelle funzioni assegnate alle sezioni riunite, a cui veniva attribuito il compito di dirimere i contrasti giurisprudenziali e, così, garantire l'uniformità del diritto.

Un analogo meccanismo per la risoluzione di contrasti è stato riproposto, un secolo dopo, nel codice del 1988, con l'articolo 618 cpp e, anche in questo caso, deve riconoscersi che non ha sortito l'effetto di valorizzare la vocazione nomofilattica della Corte di cassazione.

Naturalmente, l'attuale difficoltà della Corte di legittimità a "fare nomofilachia", in una situazione sicuramente più drammatica di quella cui si riferiva Gennaro Escobedo, dipende da numerosi fattori, tra cui la stessa natura "ambigua" di questo giudice, che deriva dall'impianto delle norme fondamentali che regolano le sue funzioni: da un lato, l'articolo 65 ord. giud., che stabilisce che la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniformità dell'interpretazione della legge»; dall'altro, l'articolo 111, comma 7, Cost., che prevede che «contro le sentenze è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Si tratta di due disposizioni che disegnano il dna della Corte di cassazione e che giustificano pienamente la fortunata definizione di questo giudice come di un «vertice ambiguo»[3], a sottolineare che, allo stesso tempo, svolge funzioni di Corte suprema (*ius constitutionis*) e di corte di terza istanza (*ius litigatoris*). Come "corte di terza istanza", assicura una tutela dei diritti delle parti, avvertita come una funzione essenziale contro le "decisioni ingiuste" e indicata come un baluardo per le garanzie dell'imputato; funzione generale che, tuttavia, ha contribuito all'aumento esponenziale dei ricorsi. Infatti, il numero abnorme dei ricorsi e, di conseguenza, delle sentenze prodotte[4], ha avuto l'effetto di ridimensionare il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, ruolo che riesce ad assolvere solo quando decide a sezioni unite, mentre le sezioni semplici finiscono per svolgere prevalentemente funzioni di giudice dello *ius litigatoris*, pronunciando un numero sterminato di decisioni, con il rischio conseguente ed effettivo di un aumento esponenziale dei contrasti giurisprudenziali, determinato dalla oggettiva difficoltà di conoscere la "propria" giurisprudenza, difficoltà accresciuta dalla confusione causata dal numero eccessivo di sentenze massimate, che spesso impediscono di individuare gli orientamenti consolidati.

Se, dunque, deve riconoscersi la duplice "natura" della Corte di cassazione, prendendo atto che le funzioni di "corte suprema" e di "corte di terza istanza" coesistono, occorre che sia garantito un equilibrato rapporto tra tali funzioni, equilibrio che la Corte ha perseguito anche attraverso rinnovati rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite.

Invero, si è tentato di valorizzare l'attitudine nomofilattica delle sezioni unite[5], ponendo in essere prassi virtuose tendenti a limitare le controindicazioni di un sistema che non assegnava alcuna valenza di vincolo formale al "precedente" delle sezioni unite e che aveva determinato rapporti "conflittuali" tra le sezioni della Corte di cassazione penale[6].

Sono state messe in atto prassi funzionali a ridurre il rischio di disorientamenti nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio investendo le sezioni unite in via preventiva, con l'obbiettivo dichiarato di superare l'orientamento precedentemente enunciato ed evitando, così, di creare un possibile contrasto[7].

---

3. M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991.

4. Nel 2017 sono stati iscritti 56.642 procedimenti, con un incremento dell'8,1% rispetto all'anno precedente, e ne sono stati definiti, con sentenze od ordinanze, 56.489.

5. Soprattutto dopo le modifiche apportate nel processo civile dal d.lgs n. 40 del 2006 («*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica*») che, oltre a novellare l'art. 374 cpc con la previsione della rimessione "obbligatoria" del ricorso alle sezioni unite nel caso di non condivisione del principio di diritto da parte della sezione semplice – previsione riprodotta pressoché integralmente dalla legge n. 103/2017 –, conteneva anche altre disposizioni dirette a implementare i caratteri della Corte di cassazione come giudice dello *jus constitutionis*.

6. Un esempio di conflitto "storico" è quello che si è verificato tra le sezioni semplici e le sezioni unite in materia di dipendenti bancari, la cui qualifica di incaricato di pubblico servizio è stata negata da una importante sentenza a sezioni unite (sez. unite, 23 maggio 1987, n. 8342, Tuzet, in *Foro it*., 1987, IV, c. 481), per poi essere affermata, dopo meno di un anno, da una sezione semplice della Corte di cassazione (sez. V, 24 marzo 1988, n. 5469, Ferranti, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 669); un altro esempio è offerto dalla messa in discussione di un principio enunciato dalle sezioni unite nel 2005 sulla non rilevabilità della prescrizione maturata prima della sentenza d'appello in caso di inammissibilità del ricorso (sez. unite, 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, p. 561), principio smentito da recenti pronunce delle sezioni semplici e nuovamente sottoposto alle sezioni unite, che l'hanno ribadito nel 2015 (sez. unite, 17 dicembre 2015, n. 12602, Ricci, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2347).

7. Un esempio di questo tipo di rimessione preventiva è costituito dalla questione relativa all'individuazione del procedimento da seguire davanti alla Corte di cassazione per i ricorsi avverso misure cautelari reali. Per superare un orientamento assolutamente consolidato in materia di procedimento da seguire per i ricorsi avverso misure cautelari reali, avallato da una risalente pronuncia (sez. unite, 6 novembre 1992, n. 14, Lucchetta, in *Cass. pen*., 2016, 2637), le sezioni semplici, anziché provocare il contrasto, hanno investito direttamente le sezioni unite, che hanno mutato indirizzo, deliberando che il procedimento avente ad oggetto i ricorsi *ex* art. 325 cpp in materia di

In altri casi, è stato provocato l'intervento delle sezioni unite prima dello stabilizzarsi di un contrasto[8].

In altri casi ancora, le sezioni semplici hanno rimesso, sempre in via preventiva, alle sezioni unite questioni collegate a novità normative o a dichiarazioni di incostituzionalità, con l'intento di evitare possibili contrasti rilevanti[9].

Si è trattato di "prassi virtuose", tese a rendere più efficiente un sistema fondato sulla spontaneità della rimessione delle questioni alle sezioni unite, sistema che presenta aspetti di inadeguatezza.

2. L'introduzione del vincolo del precedente

La legge 23 giugno 2017, n. 103 ha dettato nuove regole in materia di rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici: il nuovo comma 1-*bis* dell'articolo 618 cpp introduce una rimessione "obbligatoria", che scatta ogni qual volta un collegio di una delle sezioni semplici ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite[10].

Lo *stare decisis* è stato limitato alle sole sentenze delle sezioni unite.

Resta confermato il sistema che prevede due distinti percorsi attraverso cui le sezioni unite sono investite di un ricorso: il primo attivabile direttamente dal primo presidente (articolo 610, comma 2, cpp); il secondo, dalle sezioni (articolo 618 cpp), ed è in quest'ultimo caso che è stata aggiunta l'ipotesi della rimessione obbligatoria, che scatta quando la sezione semplice non condivida il principio di diritto espresso dalle sezioni unite e applicabile al caso oggetto del ricorso: in tal caso, la sezione semplice è tenuta a rimettere la questione (articolo 618, comma 1-*bis*, cpp).

Il carattere obbligatorio della rimessione è dimostrato dalla lettera della norma che, a differenza del primo comma dell'articolo 618 cpp, non fa alcun riferimento alla possibilità di investire le sezioni unite («*può con ordinanza rimettere il ricorso*»), ma sembra prevedere come unica scelta la rimessione, ovviamente nel caso di non condivisione del principio («*rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*»).È evidente come la novella del 2017 sia funzionale a un consolidamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso il ruolo rafforzato che viene assegnato alle sezioni unite, le cui sentenze possono avere valore formale di precedente nei confronti delle altre sezioni penali della Corte di cassazione, a determinate condizioni ed entro certi limiti.

Tuttavia, va precisato che nomofilachia e vincolo del precedente presuppongono attività e scopi differenti: la prima implica un'attività di astrazione, che conduce dal fatto alla *regula iuris*, con l'obiettivo di assicurare l'uniformità dell'interpretazione e l'unità del diritto; il vincolo del precedente (dello *stare decisis*) comporta un percorso inverso, che si attua con la concretizzazione di una regola in rapporto a un particolare fatto ed è in funzione di assicurare la prevedibilità delle decisioni, nel rispetto del principio di uguaglianza. Si tratta di "fenomeni" diversi, sebbene

---

sequestri dovesse svolgersi nelle forme del rito non partecipato previsto dall'art. 611 cpp, superando il precedente orientamento secondo cui il procedimento si svolgeva nelle forme partecipate dell'art. 127 cpp (sez. unite, 17 dicembre 2015, n. 51207, Maresca, in *Cass. pen.*, 2016, 1396). La questione, poi, ha avuto un seguito, in quanto vi è stato l'intervento del legislatore che, con l'art. 1 della legge n. 103/2017, ha "ripristinato" la procedura partecipata di cui all'art. 127 citato.

8. Così, in tema di rescissione del giudicato *ex* art. 625-*ter* cpp, le cui prime interpretazioni avevano offerto soluzioni non consonanti sia in relazione alla applicabilità ai procedimenti definiti prima della sua entrata in vigore, sia rispetto alla procedura da osservarsi e all'individuazione del giudice a cui rivolgere la richiesta: ebbene, le sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi ai sensi dell'art. 610, comma 2, cpp e hanno stabilito l'inapplicabilità del nuovo istituto alle sentenze passate in giudicato prima della sua entrata in vigore, definendo la natura di impugnazione straordinaria del rimedio e la necessità che l'istanza sia proposta nella cancelleria del giudice di merito la cui sentenza è posta in esecuzione (sez. unite, 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *Cass. pen.*, 2015, p. 561).

9. Il riferimento è alle questioni in tema di "pena illegale", in conseguenza della sentenza 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità della disciplina normativa in materia di stupefacenti introdotta con il dl 30 dicembre 2005, n. 272, convertito dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, con cui si era modificato il dPR 9 ottobre 1990, n. 309. L'intervento delle sezioni unite è stato provocato in via preventiva, al fine di evitare il rischio di interpretazioni concorrenti, offrendo ai giudici di merito appigli sicuri (cfr. Cass., sez. unite, 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 718; Cass., sez. unite, 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*, 2016, IV, c. 134; Cass., sez. unite, 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar, *ivi*, 2015, IV, c. 635; Cass., sez. unite, 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, in *Cass. pen.*, 2017, p. 166).

10. Non si è trattato di un'assoluta novità, in quanto una disposizione del tutto simile era contenuta nel progetto definitivo del codice di procedura penale del 1988, che all'art. 610-*bis* prevedeva, appunto, che le sezioni semplici dovessero uniformare le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto e che, in caso contrario, erano obbligate a rimettere il ricorso, esprimendo le ragioni del dissenso. Questa disposizione suscitò una serie di perplessità e non venne approvata dalla Commissione parlamentare, perché si ritenne che, in tal modo, si sarebbe introdotto nell'ordinamento il vincolo sia pur tendenziale del precedente, in grado, secondo alcuni, di interferire con la riserva di legge penale, con il principio della separazione dei poteri e con quello secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge. Obiezioni che sono state riproposte, puntualmente, nei confronti della legge del 2017.

strettamente connessi, in quanto è evidente che il vincolo del precedente rafforza la nomofilachia.

3. Aspetti critici della riforma

I pochi mesi trascorsi dall'introduzione, nell'ordinamento processuale penale, dell'obbligo di rimessione previsto dall'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp non consentono di fare bilanci sugli effetti prodotti. Tuttavia, è possibile individuare alcuni interrogativi e punti critici che questa riforma pone.

3.1. Il rischio di una dimensione gerarchica delle sezioni unite

Un primo aspetto critico è stato ravvisato nel rischio che le sezioni unite vengano percepite come un organo gerarchico di vertice all'interno della Corte di cassazione, depositario delle scelte interpretative a scapito del ruolo delle sezioni semplici, che vedrebbero ancor più ridotto il loro contributo alla funzione nomofilattica[11].

A questo proposito, deve osservarsi che l'obbligatorietà della rimessione non determina il venir meno del "dialogo" all'interno della Corte di cassazione; semmai, cambiano i dialoganti: l'interlocuzione non avverrà più tra i collegi delle sezioni semplici attraverso le sentenze in cui saranno rappresentate le diverse interpretazioni, ma tra queste e le sezioni unite. In altri termini, le sezioni semplici per superare l'interpretazione sostenuta dalle sezioni unite dovranno "convincere" queste ultime e il mezzo è rappresentato dall'ordinanza di rimessione, che non avrà solo la funzione di deferire la questione, essendo a essa affidato il compito di argomentare in ordine alle ragioni per cui si ritiene che quella certa posizione debba essere superata. In questa procedura, in cui il presupposto è costituito dall'esistenza di un principio già enunciato dalle sezioni unite, il contributo nomofilattico delle sezioni semplici passa attraverso l'argomentazione dell'ordinanza di rimessione, che a questi fini diventa fondamentale, in quanto può consentire al sistema di rinnovarsi, evitando la cristallizzazione dei principi, nella piena considerazione del divenire della giurisprudenza e nel rispetto del precedente.

3.2. La mancata previsione di sanzioni in caso di omessa rimessione della questione

È stato anche evidenziato, come una contraddizione del nuovo sistema, il fatto che l'obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza[12].

Si tratta di una scelta del tutto condivisibile, in quanto l'eventuale previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale ovvero disciplinare, sarebbe stata estranea al sistema e, soprattutto, al "dialogo" tra le sezioni della Corte di cassazione, tenuto conto che un modulo organizzativo che contempli il meccanismo di rimessione obbligatoria non ha bisogno, per funzionare, di controlli, ma di una condivisione di carattere culturale, che riconosca finalmente il valore del precedente, seppure limitato all'interno del giudizio di legittimità[13]. La Corte di cassazione è istituto «affidato all'esperienza di coloro che cooperano al suo funzionamento, più che alle norme di diritto che lo disciplinano» [14], sicché, in questa materia, il rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite deve stabilirsi su basi "partecipative", non "coattive". Peraltro, non sembra neppure ipotizzabile la previsione di una nullità o, in genere, di una qualsiasi forma di invalidità della sentenza che non abbia rimesso la questione alle sezioni unite, così come appare irrealistica l'ipotesi di una responsabilità disciplinare (in capo al collegio?)[15], in quanto si tratta di scelte che alla base hanno un'attività interpretativa, quella di riconoscere o meno l'esistenza di un principio di

11. Cfr. R Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 278, preoccupata del rischio di un irrigidimento del sistema, in quanto le scelte sul se confermare la precedente interpretazione ovvero superarla spettano esclusivamente alle sezioni unite. Inoltre, si veda C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2300 ss., secondo cui la riforma dell'art. 618 cpp assegna alle sezioni unite un vero e proprio ruolo di vertice in senso gerarchico all'interno della Corte di cassazione. Sottolinea una fisionomia maggiormente gerarchica della cassazione anche L. Ludovici, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d riforma Orlando*, in Baccari – Bozano – La Regina – Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Padova, 2017, p. 445.

12. Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite*, *op. cit.*, p. 278.

13. *Contra*, C. Iasevoli, *Le nuove prospettive*, *op. cit.*, p. 2301, la quale sostiene che una sentenza pronunciata dalle sezioni semplici, in contrasto con un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite e in violazione dell'obbligo di rimessione, sia da considerare abnorme, in quanto emessa in difetto di potere.

14. Così, V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1979, p. 866.

15. La proposta di prevedere un'ipotesi di illecito disciplinare è stata avanzata durante i lavori della legge, ma opportunamente abbandonata.

diritto già enunciato dalle sezioni unite[16]. L'apprezzamento dell'esistenza di un principio di diritto e dell'esistenza di un possibile contrasto è una valutazione che contiene un ineliminabile margine di discrezionalità tecnica, difficile da sindacare, sebbene la stessa giurisprudenza abbia indicato i criteri-guida da utilizzare, sostenendo che presupposto indispensabile per la rimessione di una questione è che l'assoluta inconciliabilità fra le diverse affermazioni di principio emerga, *ictu oculi*, dalla comparazione fra determinate massime, escludendo la mera possibilità che una certa pronuncia si riveli incompatibile con una delle interpretazioni – o delle implicazioni – che sia lecito attribuire a un'altra[17].

3.3. L'enunciazione del principio di diritto

Si è posta l'ulteriore questione su cosa debba intendersi per «principio di diritto enunciato», cui si riferisce l'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp.

Secondo alcuni, il principio vincolante è solo quello con cui le sezioni unite risolvono la questione oggetto della rimessione. Tuttavia, alle sezioni unite non viene devoluta solo la specifica questione su cui è sorto il contrasto, ma la rimessione ha ad oggetto l'intero ricorso. Nel processo penale non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte, come è invece previsto nel diverso sistema del processo civile, in cui è possibile distinguere motivi di ricorso di competenza delle sezioni semplici e motivi di ricorso di competenza delle sezioni unite (articolo 142, disp. att., cpc). Del resto, è la stessa giurisprudenza delle sezioni unite penali a chiarire che a esse compete la decisione dell'intero ricorso e non solo del motivo attinente alla questione che ha suscitato il contrasto giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che l'ordinanza di rimessione ha natura sostanzialmente amministrativa e non giurisdizionale[18].

Pertanto, se nella sentenza sono affermati anche principi estranei alla questione controversa, non vi è ragione per ritenere che non debbano rientrare nell'ambito della previsione dell'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp. Del resto, l'articolo 173, comma 3, disp. att. cpp collega il principio di diritto alla decisione assunta dalle sezioni unite, per cui tutti i principi sui quali si basa la decisione devono essere enunciati e, in quanto collegati alla decisione, devono ritenersi idonei a obbligare le sezioni semplici alla rimessione, qualora non li condividano[19].

Va comunque riconosciuto il rischio di una certa opinabilità nel cogliere i principi di diritto su cui si basa la decisione, anche in considerazione del collegamento con l'attività della massimazione ufficiale delle sentenze da parte dell'ufficio della Corte di cassazione a ciò preposto, sicché non è escluso che l'individuazione di tali principi, attenendo anche al campo dell'interpretazione, possa dar luogo a incertezze applicative tanto più rilevanti in quanto vi saranno ricadute sugli ambiti entro cui le sezioni semplici potranno pronunciarsi. È quindi auspicabile che, in linea con il maggior peso attribuito alle decisioni delle sezioni unite, le relative sentenze indichino in maniera puntuale, specifica e formale i principi di diritto ritenuti rilevanti ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis*, cpp. Tale indicazione dovrebbe essere frutto di una espressa decisione collegiale, eventualmente assunta utilizzando la procedura di lettura e approvazione della motivazione prevista dall'articolo 617, comma 3, cpp.

Deve, infine, ritenersi scontato che le considerazioni aventi natura esplicativa della *ratio decidendi* e le argomentazioni, anche giuridiche, meramente strumentali al ragionamento che porta alla decisione non possono essere considerati principi di diritto rilevanti *ex* articolo 618, comma 1-*bis*, cpp. Stesso discorso, anche se più complesso, vale per gli *obiter dicta* contenuti nella decisione[20]. Come noto, si tratta

16. Secondo R. Aprati, *Le sezioni unite, op. cit.*, p. 278, che esclude che la violazione dell'obbligo di rimessione possa determinare casi di invalidità oppure configurare un illecito disciplinare, la disposizione contenuta nell'art. 618, comma 1-*bis*, cpp rientrerebbe nell'ambito delle norme tabellari regolative della distribuzione dei singoli processi alle sezioni, ma anche in questo caso la violazione di tale regola non condurrebbe mai alla sanzione di nullità, «prevista solo nel caso estremo in cui siano stravolti nel caso di specie i canoni costituzionali della pre-costituzione per legge del giudice naturale».

17. Cass., sez. VI, 24 marzo 1993, n. 865, Morabito, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 587.

18. Cfr. Cass., sez. unite, 21 settembre 2000, n. 17, Primavera, in *Ced*, n. 216660 e Cass., sez. unite, 25 ottobre 2002, n. 41476, Misiano, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 44.

19. In termini contrari, R. Aprati, *Le sezioni unite, op. cit.*, 294, secondo cui l'art. 618, comma 1-*bis*, cpp si riferisce solo al principio di diritto connesso alla questione sottoposta alle sezioni unite, «nel loro ruolo di sezioni unite».

20. Cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite, op. cit.*, p. 295, la quale precisa che sono principi di diritto anche quelli «strettamente pregiudiziali al principio di diritto principale» e, in genere, tutti quelli «che riguardano l'interpretazione delle norme necessarie per risolvere il quesito principale», comprese le cd. "generalizzazioni", cioè quelle operazioni interpretative «attraverso cui la decisione individuale viene ricondotta sotto una norma generale destinata ad applicarsi non solo nei casi uguali ma anche in quelli simili o assimilabili». Sebbene l'Autrice muova dalla considerazione, non condivisibile, che i principi di diritto rilevanti *ex* art. 618, comma 1-*bis*, cpp siano solo quelli

di affermazioni che spesso danno luogo a veri e propri principi di diritto, ma che non riguardano direttamente la decisione, né sono a questa necessariamente strumentali o pregiudiziali, per cui difettando il rapporto con la pronuncia non possono rientrare nella nozione di «principio di diritto» cui si riferisce l'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp.

3.4. L'ambito di applicazione intertemporale del principio vincolante

Un'altra questione attiene alla portata applicativa della riforma: se, cioè, il vincolo del precedente delle sezioni unite debba riferirsi solo alle pronunce successive alla legge n. 103 del 2017 o anche alle sentenze anteriori. Sul punto, si segnala un intervento delle sezioni unite, che in un passaggio della motivazione di una recente sentenza hanno sostenuto che «il disposto dell'articolo 618, comma 1 *bis*, trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute (...) precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione», spiegando che il tenore generale della norma e la sua *ratio* ispiratrice «consentono di ritenere, in mancanza tra l'altro di una apposita disciplina di carattere intertemporale, applicabile sin da subito la nuova disposizione posto che il valore di precedente vincolante, tale da imporre obbligatoriamente alla sezione semplice la rimessione del ricorso, è identificabile con la sola peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, se cioè *ante* o *post* riforma»[21].

3.5. Vincolatività del principio di diritto e compatibilità con la Costituzione

Le critiche più radicali nei confronti dell'introduzione del principio del precedente vincolante sono quelle che ne mettono in dubbio la compatibilità con la Costituzione.

Deve ribadirsi che si tratta di un vincolo "relativo", non assoluto, peraltro interno alla Corte di cassazione, caratteristiche che consentono di poter escludere che la nuova disciplina sia in contrasto con il principio di riserva di legge e con l'altro principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Le sezioni semplici non sono obbligate ad allinearsi alle decisioni assunte dalle sezioni unite, perché l'obbligo riguarda solo la necessità di rimettere il ricorso in caso di *dissenting opinion*; per la sezione semplice vi sarà sempre la possibilità di distinguere il caso da decidere rispetto al precedente stabilito dalle sezioni unite, con la conseguenza che, là dove i casi siano diversi, la sezione semplice non si conformerà al precedente.

Non sembra che l'obbligatorietà della rimessione finisca per determinare «un quasi monopolio» sull'interpretazione in favore delle sezioni unite: innanzitutto, perché non sono sovraordinate alle altre sezioni e ad esse non è riconosciuta alcuna autonomia istituzionale esterna, ma soprattutto perché *l'obbligatorietà della rimessione non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente*.

Non vi è alcuna limitazione nell'attività interpretativa delle sezioni semplici. Semmai, si realizza una sorta di procedimentalizzazione del "dissenso" rispetto all'interpretazione contenuta in una decisione delle sezioni unite, nel senso che il superamento del precedente non condiviso passa attraverso la devoluzione della questione. Tale procedura può portare alla conferma del precedente, qualora le sezioni unite resistano alla *dissenting opinion*, oppure alla svolta interpretativa, nel caso in cui vengano recepiti, in parte o in tutto, gli argomenti portati dalle sezioni semplici. Tanto più il dissenso sarà adeguatamente motivato, per mezzo dell'ordinanza di rimessione, tanto maggiori saranno le possibilità di ottenere la "svolta" giurisprudenziale. La rimessione obbligatoria contribuisce al rafforzamento ovvero alla creazione del precedente.

In questo modo, la disciplina della legge n. 103 del 2017 può riuscire a contenere il sorgere dei contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione, attribuendo una maggiore stabilità alle decisioni delle sezioni unite, facendo partecipare le sezioni semplici alla crescita del diritto e allo sviluppo della giurisprudenza, nell'ambito di una procedura interna alla Corte che, attraverso il dialogo tra tutte le sezioni, conduca all'emersione dialettica dell'interpretazione rilevante ai fini dello *jus constitutionis*.

4. Le prime applicazioni

Il valore del meccanismo previsto dall'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp sembra sia stato immediatamente compreso dalle sezioni semplici. Un esempio è offerto dalla ordinanza del 30 novembre 2017 della terza sezione penale, che ha rimesso alle sezioni unite un ricorso avente ad oggetto il delitto di pornografia mi-

---

collegati alla questione devoluta alle sezioni unite, tuttavia si osserva che i principi pregiudiziali possono rilevare nella misura in cui abbiano una loro autonomia operativa, mentre nessun dubbio sorge per quanto riguarda le cd. "generalizzazioni", a condizione che assumano la struttura e la funzione del principio di diritto.

21. Cfr. Cass., sez. unite, 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in *Ced*, n. 273549.

norile di cui all'articolo 600-*ter*, comma 1, n. 1), cp, con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico: la rimessione è stata giustificata, espressamente, dalla opportunità di superare un precedente del 2000 in cui le sezioni unite avevano sostenuto che per l'integrazione del reato fosse necessario l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico[22]. L'ordinanza ha motivato in modo articolato le ragioni per le quali questa interpretazione della norma penale andava superata, evidenziando come l'impostazione della sentenza del 2000 non trovasse più riscontro nel contesto normativo, anche a seguito della decisione quadro n. 68 del 22 dicembre 2003 e della legge n. 38 del 2006, attuativa di strumenti internazionali in materia: le sezioni unite, recependo in gran parte le indicazioni contenute nell'ordinanza, hanno superato il loro stesso precedente, escludendo la necessità dell'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico[23].

In un altro caso, la quarta sezione penale[24] ha utilizzato la rimessione ai sensi dell'articolo 618, comma 1-*bis*, cpp per superare il principio enunciato dalle sezioni unite nel 1992, secondo cui, una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satellite non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevi la qualità della pena prevista per i reati posti in continuazione[25]. Anche in questa occasione, le sezioni unite hanno modificato l'orientamento tradizionale affermando un principio innovativo secondo cui, recependo, seppure in parte, le sollecitazioni della quarta sezione, nel caso di continuazione tra reati puniti con pene eterogenee «l'aumento di pena per il reato satellite va comunque effettuato secondo il criterio della pena unitaria progressiva per moltiplicazione, rispettando tuttavia, per il principio di legalità della pena e del *favor rei*, il genere della pena previsto per il reato satellite, nel senso che l'aumento della pena detentiva del reato più grave andrà ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 cp»[26].

Ancora, la terza sezione[27] ha rimesso la questione relativa alla necessità o meno di motivare il sequestro probatorio delle cose costituenti corpo di reato, rimessione funzionale al superamento del principio, non condiviso, espresso dalle sezioni unite nel 2004[28]. In questo caso, le sezioni unite hanno ribadito il principio messo in discussione, riaffermando la necessità di una adeguata motivazione[29].

Le vicende menzionate, oltre ad essere un esempio di come il nuovo sistema inizi a funzionare, dimostrano che le sezioni semplici non subiscono limitazioni alla loro attività interpretativa, ma anzi possano contribuire allo sviluppo e al rinnovamento del diritto anche attraverso l'attivazione motivata della rimessione. Peraltro, l'esito dei primi due casi citati, sebbene non significativo statisticamente, tranquillizza sul funzionamento del sistema a precedente vincolante, in quanto nella specie è stato evitato il rischio di una limitazione indebita di un appropriato sviluppo del diritto, dal momento che le sezioni unite hanno accolto le tesi delle sezioni rimettenti aventi ad oggetto temi delicati e su cui vi erano state pronunce importanti, fino ad arrivare a un coraggioso ripensamento sul tema della continuazione di reati con pene eterogenee, smentendo una giurisprudenza assolutamente consolidata. Resta scontato che le sezioni unite hanno superato i loro precedenti avendo ravvisato serie ragioni e congrui motivi, alcuni indicati dalle ordinanze di rimessione: d'altra parte, se è vero che un rigido rispetto del precedente rischia di determinare un conformismo interpretativo, è anche vero che un precedente delle sezioni unite, avendo comunque una grande autorevolezza e importanza, deve essere messo in discussione solo in presenza di seri e argomentati motivi. Nel terzo esempio citato, le sezioni unite non hanno ritenuto di superare il precedente sull'obbligo di motivazione del sequestro probatorio, ribadendo un orientamento consolidato, funzionale ad assicurare un giusto equilibrio tra la finalità processuale e il rapporto di proporzionalità della misura adottata.

5. Natura relativa della vincolatività del precedente

Deve riconoscersi che le modifiche apportate all'articolo 618 cpp sono funzionali a un potenzia-

22. Sez. unite, 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in *Ced*, n. 216337.
23. Sez. unite, 31 maggio 2018, n. 51815, Mordino.
24. Sez. IV, ord. 20 marzo 2018, n. 16104, Giglia.
25. Sez. unite, 27 marzo 1992, n. 4901, Cardarilli, in *Ced*, n. 191129.
26. Sez. unite, 21 giugno 2018, n. 40983, Giglia, in *Ced*, n. 273751.
27. Sez. III, ord. 1° dicembre 2017, n. 3677, Botticelli.
28. Sez. unite, 28 gennaio2004, n. 5876, Ferazzi, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 11, p. 24.
29. Sez. unite, 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in *Ced*, n. 273549.

mento delle sezioni unite: infatti, esse saranno chiamate più spesso a intervenire per risolvere contrasti interpretativi e, soprattutto, le pronunce emesse sono destinate ad acquistare una maggiore stabilità, per effetto del meccanismo della rimessione "obbligatoria". Il legislatore del 2017 si è mosso nella direzione di una valorizzazione della vocazione nomofilattica della Corte di cassazione. In ogni caso, il funzionamento del sistema ispirato al principio del precedente dipenderà dalla concreta applicazione che verrà data alla disposizione sull'obbligo di rimessione delle questioni alle sezioni unite. L'art. 618, comma 1-*bis*, cpp ha una funzione conformativa, perché costringe le sezioni semplici a confrontarsi continuamente con la giurisprudenza delle sezioni unite, che può essere superata solo aprendo un "dialogo" con queste ultime, attraverso il procedimento di devoluzione della questione.

Peraltro, i benefici che possono derivare in termini di certezza del diritto non sono confinati nell'ambito della Corte di cassazione, ma sono destinati a estendersi anche nella giurisdizione di merito, che potrà confrontarsi con una giurisprudenza di legittimità in grado, rispetto al passato, di assicurare meglio l'uniformità e la stabilità della giurisprudenza nella misura in cui risulti recuperata la funzione nomofilattica.

La disciplina introdotta con la novella dell'articolo 618 cpp delinea un sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa, il quale, nel porre al centro il ruolo delle sezioni unite, riconosce all'intera Corte di cassazione la vocazione naturale di fare nomofilachia, sul presupposto – tutto da verificare – che i giudici di cassazione sappiano nutrirsi della "cultura del precedente"[30].

6. Precedente vincolante e conseguenze dei mutamenti giurisprudenziali

Se si ritiene che questa riforma abbia posto le basi verso un sistema del precedente, seppure inteso in senso relativo ovvero *light*, allora assume un certo rilievo il tema del cd. *prospective overruling*. Invero, sebbene il tema non sia necessariamente connesso al "precedente vincolante", tuttavia con esso acquista una spiccata rilevanza: infatti, nella misura in cui le pronunce delle sezioni unite diventano ancor più autorevoli e importanti per effetto del vincolo, si pone il problema di cosa succeda ogni qual volta la sentenza delle sezioni unite attui una svolta giurisprudenziale. In altri termini, più un sistema tende ad assicurare maggiore uniformità alla giurisprudenza, più il mutamento giurisprudenziale finisce per avvicinarsi a una modifica legislativa, con tutte le incongruenze che possono verificarsi. Da un lato, il sistema del precedente vincolante è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, quindi, a offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione; dall'altro, ogni mutamento di giurisprudenza mette in crisi l'affidamento del cittadino che abbia posto in essere l'azione prima dell'*overruling* confidando in una certa reazione del diritto. Infatti, la nuova regola indicata dalla decisione troverà applicazione non solo nel futuro, ma anche rispetto a quelle condotte già realizzate.

Insomma, si tratta di capire se siano praticabili soluzioni in base alle quali la svolta giurisprudenziale possa operare solo per il futuro in tutti quei casi in cui l'*overruling* determini effetti *contra reum*. Peraltro, ulteriori problemi derivano anche dai mutamenti di giurisprudenza *pro reo*, in particolare sulla attitudine degli *overruling* favorevoli ad avere effetti sul giudicato di condanna.

Il tema è complesso, in quanto coinvolge il dibattito sulla natura della giurisprudenza quale fonte creatrice del diritto e sul rapporto concorrenziale tra legge e decisione giudiziaria, sicché in questa sede può solo essere accennato, limitandosi a dare conto di come la Corte di cassazione penale lo stia affrontando[31].

Nel 2010 le sezioni unite hanno ritenuto, tra l'altro, che la svolta giurisprudenziale autorevole, a situazione di fatto invariata, costituisce *ius novum*

30. Su valore del precedente in materia penale, si veda A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; dello stesso Autore, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, pp. 26 ss. Nonché, G. Fiandaca, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006; G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, pp. 305 ss.; inoltre, V. Manes, *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 151; V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente2: appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 2222 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, 213 ss.; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, pp. 77 ss.

31. Nella dottrina penalistica, sul tema dell'*overruling*, si veda A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, *op. cit.*, pp. 325 ss.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, pp. 239 ss.; M. Vogliotti, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un*

sostanzialmente equiparabile a una modifica legislativa[32]. Si è trattato di una decisione particolarmente innovativa, che ha posto a base del suo ragionamento la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona, in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui articolo 7, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale[33].

Nello stesso periodo, le sezioni unite civili si sono assestate su posizioni di maggior cautela, in quanto, pur riconoscendo effetti processuali all'*overruling*, si sono basate sulla natura dichiarativa del precedente giudiziario, di cui non hanno riconosciuto la dimensione creativa[34].

Tuttavia, lo slancio in avanti delle sezioni unite penali ha subito, nel 2010, una battuta di arresto a seguito dell'intervento della Corte costituzionale che, con la decisione n. 230 del 2012, ha perentoriamente escluso ogni possibilità di accostamento tra legge e giurisprudenza e, richiamandosi agli articoli 25 e 101 Cost., ha negato che il diritto vivente abbia una funzione equiparabile a quella della legge. Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 cpp nella parte in cui non prevede la possibilità di revoca del giudicato per effetto del mutamento di giurisprudenza, operato con una pronuncia delle sezioni unite, che aveva escluso la rilevanza penale di condotte in precedenza ritenute costituenti reato.

Recentemente, la seconda sezione della Corte di cassazione, di fronte all'*overruling pro reo* operato dalle sezioni unite con la decisione *Paternò* in materia di misure di prevenzione – che ha escluso la configurabilità del reato previsto dall'articolo 75 d.lgs 6 settembre 2011, n. 159 per le violazioni delle generiche prescrizioni imposte con la misura della sorveglianza speciale relative all'*honeste vivere* e al rispetto delle leggi dello Stato[35] –, ha fatto rigorosa applicazione dei principi affermati dalla sentenza costituzionale n. 230 del 2012. La seconda sezione ha, infatti, riconosciuto che il mutamento giurisprudenziale con cui le sezioni unite *Paternò* hanno, di fatto, decretato l'abrogazione giurisprudenziale della norma penale, limitatamente alle violazioni delle prescrizioni generiche, non è in grado di incidere sul giudicato delle sentenze di condanna già pronunciate, in quanto, non possedendo i caratteri propri della legge, non è idoneo a esplicare effetti abrogativi equiparabili agli interventi legislativi ovvero delle sentenze costituzionali sui reati. Conseguentemente, è stata sollevata questione di costituzionalità dell'art. 75 citato, ritenuto in contrasto con gli articoli 25 e 117 Cost. nonché con l'articolo 7 Cedu, nella parte in cui punisce le condotte violative dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi[36].

La sentenza costituzionale n. 230 del 2012 ha operato una definita chiusura rispetto al riconoscimento dell'*overruling* giurisprudenziale favorevole, negando ad esso la capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata* e così valorizzando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti.

Tuttavia, vi è chi ha letto nella stessa sentenza un'apertura a favore dell'irretroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole[37]. Seppure vi è stata tale apertura, non sembra sia stata colta dalla giurisprudenza.

Invero, le problematiche connesse al *prospective overruling* sono state affrontate in qualche decisione della Corte di cassazione civile, in cui si è avvertita l'esigenza di evitare che il mutamento di giurisprudenza possa arrecare un pregiudizio al diritto di difesa della parte che abbia fatto affidamento su un preesistente diritto vivente[38], mentre la Cassazione penale, dopo

---

nuovo paradigma per il campo penale?, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 633 ss.; A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una nuova frontiera del processo di europeizzazione del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2202 ss.; M. Meloni, *Il ruolo del precedente nella Corte di cassazione*, in G. Cocco (a cura di) *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, Padova, 2005, pp. 181 ss.

32. Sez. unite, 21 ottobre 2010, n. 18288, Beschi, in *Ced*, n. 246651, secondo cui il mutamento di giurisprudenza a opera delle sezioni unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata.

33. Tra le tante, cfr. Corte Edu, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*; Corte Edu (Grande Camera), 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*; Corte Edu (Grande Camera), 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*.

34. Sez. unite civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, 12, 3343, con nota di R. Caponi: *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*.

35. Sez. unite, 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *Ced*, n. 270496.

36. Sez. II, ord. 11 ottobre 2017, n. 49194, Sorresso.

37. A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, *op. cit.*, pp. 327 ss.

38. La già citata sez. unite civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Ced*, n. 617905, ha affermato che, per potersi parlare di *prospective overruling*,

l'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis*, non ha avuto modo di confrontarsi seriamente con il tema.

In realtà, l'argomento si è riproposto nella già menzionata sentenza *Mordino*, in cui le sezioni unite, chiamate a risolvere il quesito sulla necessità di accertare il pericolo di diffusione del materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 600-*ter*, comma 1, n. 1), cp, hanno risposto in termini negativi, in questo modo superando un orientamento precedente espresso dalle stesse sezioni nel 2000[39] e, così, ampliando il campo applicativo del reato connesso a condotte di produzione di materiale pedopornografico[40]. In questo caso, però, i giudici hanno escluso che si trattasse di un *overruling in malam partem* in base alla considerazione che il pericolo di diffusione del materiale pornografico realizzato utilizzando minorenni deve ritenersi generalizzato e facilitato dai moderni sistemi di tecnologia informatica applicata, con la conseguenza che «*l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale*».

Quindi, le sezioni unite si sono poste il problema dell'*overruling*, ma lo hanno risolto in termini negativi nel momento in cui hanno ritenuto che la diversa interpretazione della norma penale fosse la conseguenza del mutato "quadro sociale e tecnologico", in cui la riproducibilità e trasmissibilità di immagini e video, a differenza di quanto accadeva all'epoca della precedente decisione del 2000, può seguire immediatamente la stessa produzione per mezzo dell'uso di cellulari, *smartphone*, *tablet* e *computer* dotati di fotocamere e connessione a *internet*.

Il semplice fatto che, nella sentenza *Mordino*, si sia comunque accennato al tema dell'*overruling* consente di ritenere che le problematiche e le conseguenti soluzioni attinenti agli effetti dei mutamenti di giurisprudenza *in malam partem* siano solo rinviate.

Per ora, le soluzioni che sono state individuate nel dibattito culturale, originato soprattutto dalle spinte della giurisprudenza europea[41], sono sostanzialmente due:

a) l'accoglimento del *prospective overruling* con la previsione che la sentenza con cui le sezioni unite mutano la precedente giurisprudenza debba contenere una sorta di clausola che limiti solo al futuro gli effetti dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, in questo modo estendendo, di fatto, l'operatività dell'art. 2 cp[42];
b) il ricorso all'articolo 5 cp, così come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988, sulla scusante dell'*ignorantia legis* inevitabile[43].

Si tratta di due soluzioni alternative, ma concorrenti nell'obiettivo di evitare condanne retroattive di cittadini che hanno fatto affidamento su un assetto del diritto in un certo momento storico.

Probabilmente, la scelta tra queste due opzioni (ma non sono escluse terze soluzioni) impegnerà la Corte di cassazione nei prossimi tempi, in direzione di una maggiore prevedibilità delle decisioni basata sulla cultura del precedente e di una maggiore garanzia per l'affidamento del cittadino.

---

devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. In senso conforme, sez. lav., 27 dicembre 2011, n. 28967, in *Ced*, n. 620029; sez. lav., 11 marzo 2013, n. 5962, in *Ced*, n. 625840; inoltre, cfr. sez. unite civ., 6 novembre 2014, n. 23675, in *Ced*, n. 632844. Recentemente è stata rimessa alle sezioni unite civili una questione con cui si chiede di estendere il concetto di *prospective overruling* anche alla legge sostanziale (sez. I civ., ord. 2 agosto 2018, n. 20472).

39. Sez. unite, 31 maggio 2000, Bove, in *Ced*, n. 216337.

40. Sez. unite, 31 maggio 2018, n. 51815, Mordino.

41. Cfr. M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 98 ss.

42. Su questa opzione insiste A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, *op. cit.*, p. 323.

43. Cfr. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, (www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale), il quale sottolinea l'opportunità di un ricorso maggiore, da parte della giurisprudenza, all'art. 5 cp, anche come risposta alle conseguenze dei mutamenti di giurisprudenza.

Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale

di *Enzo Vincenti*

Il duplice scopo della massimazione (informativo e sistematico) si coniuga, nell'era digitale, con l'obiettivo, perseguito dal legislatore processuale nell'ultimo decennio, di valorizzare il "precedente di legittimità" come criterio e misura della prevedibilità delle decisioni giudiziarie future solo attraverso uno strumento evoluto tecnologicamente che ne consenta la più rapida ed estesa conoscenza, ne organizzi i flussi e, quindi, la renda davvero fruibile. Un tale strumento è rappresentato, anche storicamente, da *ItalgiureWeb*, la banca dati giuridica nazionale informatizzata del Ced della Corte di cassazione, tramite la quale si è potuta realizzare la più significativa simbiosi tra il contenuto (la giurisprudenza, ma non solo) e il suo veicolo di conoscenza (l'informatica), con funzione servente anche della effettività e trasparenza della giurisdizione.

1. In termini generici, possiamo guardare alla massimazione come a quell'attività dell'intelletto che, nel campo delle discipline giuridiche, opera in funzione di ausilio all'esercizio della giurisdizione, a tal fine provvedendo a enucleare dalle pronunce dei giudici il "principio di diritto", ossia la *regula iuris* di soluzione del caso controverso. Essa ha vocazione a farsi regola decisoria anche per casi analoghi, in quanto rappresenta la generalizzazione dell'interpretazione e dell'applicazione di una norma a una fattispecie concreta, concorrendo alla specificazione stessa della portata e del significato del dato normativo[1].

Lo scopo della massimazione è duplice e si alimenta di un fine informativo e di uno sistematico[2].

Il primo consente, attraverso la massima, di avere la rapida conoscenza dei principi di diritto; in un contesto in cui è ingente il numero dei provvedimenti giurisdizionali, la massimazione si fa anche fonte di cognizione della giurisprudenza.

Il secondo fine permette, attraverso la raccolta di un flusso costante di massime, di organizzare un sistema di precedenti.

Così intesa, la massimazione si rivolge a tutte le decisioni che enunciano un principio giuridico ed è, perciò, attività che può investire (e investe) pure le decisioni dei giudici di merito e non soltanto quelle della Corte di cassazione.

Tuttavia, sotto il profilo istituzionale, l'ordinamento ne fa attributo servente alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, individuando in seno alla Corte medesima, alla quale è affidato il compito di assicurare l'esatta osservanza della legge e l'uniformità del diritto oggettivo (art. 65 rd n. 12/1941), un apposito Ufficio (del massimario e del ruolo: art. 68 rd n. 12/1941) al quale è riservata l'analisi sistematica della giurisprudenza di legittimità, «condotta allo scopo di creare le condizioni di un'utile e diffusa informazione (interna ed esterna alla Corte di cassazione), necessaria per il miglior esercizio della funzione nomofilattica della stessa Corte»[3].

A tal fine, l'Ufficio del massimario provvede, tra gli altri compiti, all'«esame delle sentenze civili e penali,

1. G. Amoroso, *Il progetto* Certanet *nel sistema* Italgiure *della Corte di cassazione*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati Maurizio Converso*, TrE-Press, Roma, 2016, p. 24.

2. L. Nazzicone, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, pp. 9-15.

3. Tale è la descrizione dell'attività svolta dall'Ufficio del massimario e del ruolo riportata nel sito *web* della Corte di suprema di cassazione.

pronunciate dalla Corte suprema, per estrarne, in forma di "massime", i principi giuridici enunciati che vanno ad arricchire i precedenti giurisprudenziali»[4].

2. Non è questa la sede per approfondire il tema che vuole contrapposta la "massima" al "precedente" e che è incline, quindi, a configurare il principio di diritto intercettato dalla massima come estraneo alla logica del precedente, in quanto quest'ultimo intrinsecamente legato alla fattispecie concreta[5].

La nozione tecnica di "precedente", alla stregua degli ordinamenti di *common law* in cui essa è piuttosto maturata, presenta certamente quel differenziale di senso rispetto al "principio di diritto" tipico dei sistemi di *civil law*, nei quali il legame con la fattispecie legale è più marcato e, quindi, esibisce quel grado di astrazione – consentanea al ragionamento deduttivo e per sillogismi che la fattispecie stessa sollecita[6] – che consente di affermarne la fruibilità come guida orientativa per classi di casi a venire[7].

In quest'ottica si può, quindi, affermare che la massimazione, anche nel nostro ordinamento, crea il "precedente".

L'assetto ordinamentale emerso nell'ultimo decennio ha investito il precedente oggetto della massimazione istituzionale – e, dunque, proveniente dal formante della giurisprudenza di legittimità – del compito, davvero grave, di rivitalizzare i principi fondamentali della certezza del diritto e della sicurezza giuridica. Tali principi risultano, nel tempo, depotenziati da plurimi fattori, endogeni[8] ed esogeni[9] al nostro sistema giuridico, con possibili ricadute negative sull'effettività stessa del principio costituzionale di eguaglianza[10], per cui la prevedibilità delle decisioni è alla base di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice.

In questa direzione, infatti, si sono mosse le riforme processuali succedutesi dal 2006 al 2016[11], valorizzando eminentemente la funzione nomofilattica della Cassazione e, in tal modo, accreditando il precedente di legittimità come regola "forte" di decisione per controversie giudiziarie future e, dunque, di quella capacità a farsi proiezione tendenziale degli esiti del contenzioso in cui trova applicazione.

Peraltro, il valore e la forza del precedente, quand'anche provenga dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale, si esprime piuttosto sul piano della persuasività[12] e, in ogni caso, non esibisce quella stessa cogenza che esprime la fonte legale (cfr. anche Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230), alla quale il giudice è soltanto soggetto (art. 101 Cost.), persistendo, tuttavia, l'aspirazione a una tendenziale stabilità e ad avere un seguito generale, in armonia proprio con quella funzione nomofilattica esaltata, come detto, dalle riforme processuali più recenti.

Dunque, il legislatore ha inteso implementare lo spazio vitale della funzione nomofilattica sempre più nell'ottica valoriale della certezza giuridica, costituendo il precedente come criterio e misura della prevedibilità e calcolabilità riguardo alla decisione dei

---

4. In tal senso, il decreto del primo presidente del Corte suprema di cassazione, in data 30 ottobre 1971, emesso in attuazione del citato art. 68 rd n. 12/1941 al fine di specificare le attribuzioni dell'Ufficio del massimario.

5. M. Taruffo, *Note sul precedente giudiziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 109.

6. N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 19.

7. R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo, op. cit.*, p. 95.

8. Primo fra tutti, una produzione normativa ipertrofica, asistematica e, sovente, dalla cattiva fattura, che alimenta dubbi interpretativi e soluzioni contrastanti.

9. Il riferimento è, in particolare, all'intermediazione delle fonti sovranazionali, che danno corpo a un'architettura multilivello non sempre agevole da governare (anche se l'attribuzione di un carattere assolutamente "esogeno" al fattore del diritto eurounitario è calzante sino a un certo punto).

10. Principio che, unitamente al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), permea l'essenza dello Stato costituzionale democratico e, quindi, l'esistenza stessa della società civile da esso regolata.

11. In particolare: art. 360-*bis*, n. 1, cpc, sull'inammissibilità del ricorso per cassazione allorquando questo non offra elementi per ripensare l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità al quale il provvedimento impugnato si è conformato; art. 363 cpc, sull'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, allorquando il ricorso sia inammissibile o il provvedimento non ricorribile; art. 374, comma 3, cpc, sull'obbligo, per le sezioni semplici, di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando ritengano di non condividere un principio di diritto da queste ultime già enunciato; art. 384, comma 1, cpc, sull'enunciazione del principio di diritto anche nei casi in cui non si provveda alla cassazione con rinvio.

12. A. Giusti, *Argomentazione giuridica e funzione di nomofilachia*, intervento al Convegno «Concisione e sobrietà negli atti giudiziari», Roma, 5 maggio 2017 (ora disponibile *online*: www.giustiziacivile.com/arbitrato-e-processo-civile/multimedia/concisione-e-sobrieta-negli-atti-giudiziari-la).
Sembra dubitare della forza solo persuasiva del precedente di legittimità, proprio alla luce delle recenti riforme processuali che hanno valorizzato la funzione nomofilattica della Cassazione, R. Rordorf, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati Maurizio Converso*, TrE-Press, Roma, 2016, p. 536.

casi futuri. Ciò è avvenuto con quel grado di stabilità che il dinamismo propulsivo dell'ordinamento giuridico, alimentato dal mutamento dei fattori ambientali (socio-economici) regolati, rende solo tendenziale e che, come tale, l'evoluzione giurisprudenziale sa cogliere in un incessante riequilibrio delle condizioni atte a garantire tutela ai beni/interessi che, a ragione, la reclamino in termini di effettività proprio attraverso lo *jus dicere*.

Un tale obiettivo si coniuga armonicamente con lo scopo della massimazione e con i fini anzidetti, che essa persegue.

Tuttavia, perché una siffatta combinazione possa portare i frutti sperati, essere virtuosa ed efficace, diviene essenziale l'individuazione e la realizzazione dello strumento migliore che consenta la più rapida ed estesa conoscenza della massimazione, ne organizzi i flussi e, quindi, la renda davvero fruibile.

3. Nell'attuale contesto di una società post-moderna[13], calata ormai in un ecosistema tecnologico che, per molti aspetti, già governa il nostro presente, è di immediata evidenza che detto strumento non possa che essere congegnato e governato dall'informatica.

L'immediata evidenza di oggi si specchia, però, in un'intuizione o, comunque, in un'idea lungimirante nata negli anni Settanta del secolo scorso, allorquando si posero le basi per la realizzazione di una banca dati giuridica nazionale informatizzata: quella che attualmente, dopo una continua evoluzione tecnologica, ha assunto la denominazione di «ItalgiureWeb»[14] ed è gestita dal Ced (Centro elettronico di documentazione) della Corte di Cassazione. Ai sensi dell'art. 1 dPR 17 giugno 2004, n. 195, il Ced «svolge un servizio pubblico di informatica giuridica, per diffondere la conoscenza della normativa, della giurisprudenza e della dottrina giuridica».

L'idea[15], poi lucidamente innervata nel contesto istituzionale e da questo alimentata, era dare vita a uno strumento moderno ed efficiente che, in quanto pensato all'interno della giurisdizione – e, sempre all'interno di questa, gestito –, fungesse da volano neutrale per la più estesa e rapida fruizione del dato giuridico (e, in primo luogo, della massimazione): in questi termini, lo stesso dato si sarebbe reso disponibile per il migliore esercizio della giurisdizione, nel solco dei caratteri di indipendenza e autonomia ad essa impressi dalla Costituzione italiana, ma anche patrimonio comune della cultura giuridica europea.

Nel quadro appena tratteggiato può, dunque, apprezzarsi come esito dalla coerenza particolarmente significativa il fatto che il progetto di creazione della prima banca dati giuridica nazionale informatizzata abbia avuto origine e compimento proprio a opera della Corte di cassazione[16] e cioè, come detto, dall'organo giudiziario al quale l'ordinamento assegna – secondo una tradizione condivisa a livello europeo, soprattutto continentale – la funzione di nomofilachia e che, nella sua organizzazione istituzionale, contempla la presenza di un'apposita articolazione cui è affidato il compito della massimazione, assumendo quest'ultima il carattere dell'ufficialità.

Questa simbiosi trova significativa conferma nella stessa giurisprudenza di legittimità, che ha messo in rilievo come la conoscenza della massimazione ufficiale, attraverso la ricerca e la consultazione della banca dati ItalgiureWeb, che ne veicola i contenuti, debba essere anzitutto corredo del collegio giudicante nell'adempimento della funzione nomofilattica di cui all'art. 65 del regio decreto n. 12/1941 e del dovere di prevenire contrasti tra giudicati, in coerenza con il divieto del *ne bis in idem*[17].

Ma la conoscibilità dei contenuti della massimazione e della giurisprudenza della Corte di cassazione, per il tramite della consultazione di Italgiure[18], assume rilevanza processuale anche ad altri fini, come quello della verifica sulla scusabilità dell'erronea attività processuale, fonte di decadenza, posta in essere a fronte di un *overruling* giurisprudenziale, che può

13. Sul concetto di "postmoderno" si rinvia a J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Feltrinelli, 1981; sul rapporto tra diritto e tecnica, si veda E. Severino - N. Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

14. La banca dati è nata come «ItalgiureFind», per poi assumere la denominazione di «EasyFind» negli anni Novanta e infine, nel 2003, di «ItalgiureWeb» (di seguito, nel testo, anche soltanto «Italgiure»).

15. V. Di Cerbo, *Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2017, pp. 93-98 (www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-3_14.pdf).

16. Inizialmente, sotto il profilo organizzativo, nell'ambito dell'Ufficio del massimario, per poi, già prima degli anni Ottanta del secolo scorso, essere gestito e rinnovato, come detto, dal Centro elettronico di documentazione (Ced), che era stato costituito in ufficio alla dirette dipendenze del primo presidente.

17. In tal senso, tra le altre, Cass., sez. trib., 30 dicembre 2011, n. 30780 e Cass., sez. VI civ., 4 dicembre 2015, n. 26793, mutuando l'insegnamento di Cass., sez. unite, 17 dicembre 2007, n. 26482.

18. Più di recente, anche tramite il sito *web* della Corte di cassazione, sebbene solo in forma di *abstract* e per le pronunce di maggior rilievo ed interesse pubblico.

aversi non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo[19].

4. I fini della massimazione, innanzi descritti, hanno trovato modo di svolgersi e realizzarsi (oggi anche con più evidenza) attraverso il sistema Italgiure, quale banca dati giuridica – anzitutto di giurisprudenza, ma non solo[20] – frutto di studi di analisi informatica profondi e complessi, che solo l'agevole fruibilità del motore di ricerca (e anche questo attributo è conseguenza virtuosa di quegli studi) rende al normale utilizzatore poco percepibile.

Con Italgiure si è venuto a realizzare in Italia quello che è stato definito il «diritto computabile»[21], e ciò sebbene si vertesse in una situazione di "precondizioni" ancora non del tutto favorevoli rispetto a quelle che esibisce il nostro presente: nel breve volgere di pochi anni, si è registrato un esponenziale sviluppo della potenza dei *computer*, dei *big data*, delle macchine intelligenti e, quindi, dell'intelligenza artificiale.

Il primo passo è stato, dunque, quello che ha investito la raccolta della giurisprudenza come "dato" e la ricerca concettuale e intelligente di tale dato[22].

A seguito del maturato sviluppo tecnologico, Italgiure è stato in grado di elaborare un cd. "modello di comportamento collettivo", ossia di memorizzare le connessioni logiche utilizzate nella ricerca testuale da parte di ciascun utente (almeno 300.000 comandi giornalieri), per poi fornire agli utenti successivi suggerimenti puntuali per gli schemi di ricerca in tutti gli archivi.

Tale funzione, pertanto, realizza una sorta di "sistema predittivo", la cui implementazione è progettualmente prevista tramite un miglioramento della composizione assistita della frase di ricerca, sia integrando la lista automatica dei suggerimenti con i riferimenti normativi più frequentemente utilizzati – in associazione alle parole della lista –, sia offrendo all'utente la possibilità di selezionare ulteriori termini di ricerca suggeriti automaticamente dal sistema attraverso vocabolari di sinonimi, che tengono conto della polisemia della parola utilizzata[23].

Sempre in una prospettiva servente alla nomofilachia della Cassazione è stato pensato l'inserimento nel sistema di ricerca dell'acronimo «Certalex», che consente di estrarre le massime che contengono i principi individuati come consolidati ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, cpc e dunque, come accennato, i precedenti che, in quanto osservati dal giudice di merito, segnano la sorte del ricorso per cassazione nel senso dell'inammissibilità, qualora non siano prospettate ragioni idonee a determinare un mutamento giurisprudenziale.

Nella medesima prospettiva, ma con accenti di automaticità della selezione del precedente, si colloca il progetto (per ora solo tale) denominato «Certanet», volto alla creazione automatica e costantemente controllata nel tempo di «una differenziazione negli archivi di giurisprudenza tra quei principi di diritto formulati in massime che esprimono un indirizzo, allo stato, conforme e quindi maggiormente affidabile e tutti gli altri principi di diritto che non hanno ancora raggiunto questo *standard* di ripetuta conformità»[24].

---

19. Si veda, in particolare, Cass., sez. II civ., 7 febbraio 2011, n. 3030 e Cass., sez. lav., 28 febbraio 2012, n. 3042.

20. In Italgiure sono inserite, attualmente: circa 510.000 massime civili e 162.000 massime penali, nonché 400.000 sentenze civili e 531.000 sentenze penali (archivio SNPEN); oltre 750.000 riferimenti di dottrina e quasi 40.000 sentenze per ciascuna delle due Corti europee (Lussemburgo e Strasburgo). La banca dati è costruita per archivi nei quali, secondo specifici settori, è raccolta la documentazione giuridica: in particolare (ma senza voler essere esaustivi e con riferimento agli archivi attualmente in uso), massime civili (archivio Civile) e penali (archivio Penale) della Corte di cassazione, sentenze per esteso civili (archivio SNCIV) e penali (archivio SNPEN) della Corte di cassazione, massime e giurisprudenza della Corte costituzionale (anche in questo caso, su due archivi – Costms e Costosn – come per la Corte di Cassazione), giurisprudenza della Corte di giustizia europea (archivio Eurius), giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (archivio Cedu), dottrina (archivio Dottrina, con le indicazioni necessarie a reperire, sulle riviste giuridiche di respiro nazionale, gli scritti di approfondimento giuridico e i commenti alla giurisprudenza), legislazione nazionale (archivio Lexs) ed eurounitaria (archivio Eurlex). Si tratta, però, di "archivi organizzati" e non separati, che consentono di pervenire al cd. «dato giuridico globale» (espressione felice coniata da uno dei primi direttori del Ced), ossia il frutto che nasce da una rete di rinvii per cui è consentita la navigazione non solo tra documenti di uno stesso archivio, ma anche tra archivi diversi in base a numerose chiavi di accesso e di ricerca, interagenti tra loro.

21. G. Sartor, «Il diritto computabile», relazione tenuta al convegno del 27 settembre 2017 in onore di Renato Borruso, Aula magna della Corte suprema di cassazione.

22. Una fase in cui particolare importanza hanno rivestito gli studi di Berni Canani, magistrato che, in questo campo, ricordiamo soprattutto come eminente matematico e precursore di scenari tecnologici futuri. In forza di questi studi, furono concepiti e resi (tuttora) disponibili i canali «*link*» e «*test*»: *il primo* permette di trovare nel documento la "compresenza di termini" più utilizzati dall'utente secondo il comando «*and*»; *il test*, invece, permette di trovare i "termini alternativi" più utilizzati, in base al comando «*or*».

23. Ad esempio, digitando la parola «successione» verranno evidenziati i vari significati principali che essa può assumere: da 1. «trasferimento di diritto» a 2. «sequenza»; in base a questi, l'utente deve poter scegliere tra i gruppi di sinonimi: 1. «traslazione, cessione, alienazione, surrogazione, sub ingresso (...)» e 2. «sequela, catena, serie, sfilza (...)».

24. G. Amoroso, *op. cit.*, p. 30.

L'idea muove dalla constatazione della diversità di posizione degli archivi informatizzati delle massime, che possono offrire sia una visione "statica", là dove vengono registrate e offerte all'utilizzatore le singole massime, sia una visione "dinamica" o "relazionale", in forza del confronto diacronico tra le massime stesse, presenti negli archivi, tramite la «rete dei rinvii di conformità e di difformità» o soltanto di «contiguità»[25].

5. L'ulteriore sviluppo del «diritto computabile» si è avuto nel cd. «*web* semantico giuridico»[26], che ha comportato l'elaborazione di linguaggi comuni e di portali informatici di accesso ai dati rilevanti, finalizzati in primo luogo alla diffusione in ambito europeo dei dati giuridici nazionali concernenti, segnatamente, la giurisprudenza.

In questo ambito, ha avuto un rilievo significativo la realizzazione del progetto Ecli (acronimo dell'espressione «*European Case Law Identifier*»), finalizzato a dare attuazione alle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione europea del 29 aprile 2011 (2011/C - 127/C), volte a favorire l'adozione su base volontaria di un sistema idoneo a garantire l'identificazione univoca, a livello europeo, delle sentenze pubblicate su *internet*, arricchendole con metadati idonei a consentire la successiva indicizzazione sul portale europeo «*e-Justice*».

La Corte di cassazione ha dato tempestiva attuazione al progetto Ecli, e proprio grazie a esso sono state realizzate ulteriori utilità per la ricerca e la consultazione della giurisprudenza in ItalgiureWeb. Al fine di rendere più agevole e rapida la consultazione dei dati contenuti nei vari archivi, all'interno delle decisioni presenti in uno dei due archivi delle sentenze integrali (civili e penali) si è provveduto, fra le sentenze e le norme citate nel documento stesso, a evidenziare con procedure automatiche di ricerca[27] i riferimenti sia alle sentenze della stessa Corte di cassazione sia a quelle della Corte costituzionale. Mediante *link* che puntano agli archivi corrispondenti di ItalgiureWeb, è possibile leggere il testo integrale della sentenza, così da istituire un circuito di pronta fruizione in cui le massime e i testi integrali dei provvedimenti cooperano per la migliore e più ampia conoscenza del dato giurisprudenziale.

6. Proprio per le esigenze della nomofilachia attuale, in un contesto in cui, come detto, l'"incalcolabilità giuridica" è favorita da un governo delle fonti divenuto difficile pure per il loro proliferare e imporsi da un livello sovranazionale[28], l'attenzione di Italgiure si è anche polarizzata sull'implementazione degli archivi della giurisprudenza sovranazionale («Eurius» e «Cedu») contenenti, rispettivamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea e quella della Corte europea dei diritti umani. Ciò è avvenuto nella consapevolezza, altresì, dell'importanza che riveste la conoscenza e la diffusione di tali dati nella costruzione del dialogo tra le Corti europee e i giudici nazionali, in vista della realizzazione di quello spazio comune giuridico destinato a essere il più fertile *humus* per una maturazione dei diritti fondamentali.

Al tempo stesso, in un'ottica di nomofilachia anche "orizzontale"[29] – secondo una logica di circolarità del sapere giurisprudenziale – opera il progetto[30], in fase di avanzata realizzazione, di riattivazione dell'archivio «Merito» di Italgiure, per dare spazio alla più vasta conoscenza della giurisprudenza dei tribunali e delle corti di merito nazionali, attraverso non già una immissione indiscriminata della relativa documentazione giuridica, bensì tramite una ponderata selezione dei contenuti rilevanti della giurisprudenza presente su tutto il territorio, rimessa agli stessi giudici che, nei vari contesti distrettuali, vivono l'esperienza della giurisdizione.

L'esito dell'attività di interpretazione che muove dai giudici del merito mostra tutta la sua forza nel rappresentare l'"effettività della norma", la quale – come la realtà stessa rende evidente – è forgiata, all'inizio, da un pensiero diffuso, che si forma ascoltando le istanze della comunità territoriale e ne metabolizza le esigenze di giustizia, sia pure in un necessario saldo ancoraggio ai valori fondanti indicati in Costituzione e segnati anche dalle fonti sovranazionali.

Tuttavia, l'interpretazione così generata risulterebbe monca ove non potesse, alla fine, connotarsi

25. G. Amoroso, *op. cit.*, p. 26.

26. G. Sartor, *op. cit.*

27. Basate su principi di intelligenza artificiale, a tal fine beneficiando di un progetto realizzato dalla Cassazione con l'Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica (Ittig), organo del Consiglio nazionale delle ricerche (Cnr).

28. Uno – forse il più rilevante – dei fattori endogeni ai quali si faceva cenno in precedenza.

29. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo*, *op. cit.*, p. 31.

30. Csm, delibera del 9 maggio 2018.

di uno dei suoi caratteri imprescindibili: quello della proiezione nel futuro e, dunque, della tendenziale stabilità. Di qui – per l'appunto – la saldatura con la nomofilachia del giudice di legittimità, attraverso il principio da questo enunciato e la massima che lo rinviene, così da compendiare la profondità dell'esperienza diffusa in quella esegesi che non trova ulteriori gradi di interferenza, diventando l'espressione di un vissuto complessivo e, finalmente, arricchendo di significato non contingente il precipitato normativo somministrato dal legislatore e originariamente "letto" dal giudice territoriale.

La riattivazione di «Merito», realizzato secondo una logica di selezione dei contenuti, come detto, ragionata e indipendente[31], consentirebbe nel modo più efficace – proprio in quanto parte del circuito organizzato di Italgiure[32], interagente con gli archivi delle massime di legittimità – quella circolarità di sapere giurisprudenziale sopra evocata, alimento anch'essa dell'attività nomofilattica della Corte di cassazione.

A questo obiettivo, infine, concorre pure la realizzazione di una banca dati – denominata «SentenzeWeb» e aperta al pubblico il 31 luglio 2014 – delle sentenze civili e penali della Cassazione pubblicate negli ultimi cinque anni, liberamente fruibile da tutti i cittadini attraverso il sito *web* della stessa Corte di cassazione. SentenzeWeb è stata pensata nella prospettiva di una sempre maggiore e aperta diffusione della conoscenza della giurisprudenza, al fine di rafforzare i valori della stabilità e certezza del diritto – obiettivo che si è ritenuto conseguibile anche attraverso una comunicazione diretta, e non mediata, all'intero corpo sociale.

7. Quel che l'esperienza attuale ci consegna, attraverso questa sempre più evoluta combinazione simbiotica tra il contenuto (la giurisprudenza) e il suo veicolo di conoscenza (la banca dati ItalgiureWeb), è l'idea ancora vitale della più agevole ed estesa fruizione del "dato giuridico" al servizio di una giurisdizione che, proprio con l'ausilio di quel sistema, può implementare la sua effettività e trasparenza.

Italgiure ha costituito e costituisce tuttora uno strumento formidabile di ausilio nella costruzione della nomofilachia della Cassazione, veicolando la conoscenza della massimazione, della quale organizza i flussi, al fine di renderla ampiamente fruibile in modo rapido.

Si è, così, venuto a creare quel legame intenso tra diritto *computabile* e diritto *calcolabile* che, nell'ottica stessa divisata dal legislatore del secondo millennio, dovrebbe segnare i percorsi futuri della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, lasciando pur sempre al giudice il monopolio dell'interpretazione e le chiavi della decisione[33].

Giudice che, nella messe di precedenti immessi nel sistema informatizzato e da questo governati come «mucchio»[34], dovrà essere attrezzato a mantenere nelle proprie mani il "potere della selezione" che, nell'era digitale, si annida nella residualità del mucchio stesso e non nell'immensa datità[35].

31. Obiettivi che ispirano la citata delibera del Csm.

32. Cfr. nota n. 20.

33. La considerazione lambisce il tema – che eccede i confini del presente scritto – della figura del "giudice-robot", maturata, in un certo immaginario, come la rappresentazione icastica di una soluzione che si vorrebbe davvero capace di realizzare l'obiettivo di rendere efficiente lo svolgimento dell'attività giudiziaria. A tale immaginario si contrappone, a ragione, il carattere ontologicamente etico e responsabile della decisione umana, là dove tali connotati non può possedere la macchina intelligente.

34. M. De Felice, *Su probabilità, "precedente" e calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo, op. cit.*, p. 39.

35. «Oggi avere potere significa sapere che cosa ignorare»: così chiosa R. Calasso, *L'innominabile attuale*, Adelphi, Milano, 2017, p. 82.

Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi *

di *Claudio Castelli* e *Daniela Piana*

La giustizia predittiva, di cui già oggi si discute in molti Paesi e che viene presentata come un Giano bifronte, un grande rischio di riduzione ad una gestione automatizzata degli *small claims* ovvero di una differenziazione delle risposte giudiziarie che ha profili di potenziale discriminazione, è un orizzonte non più soltanto futuribile anche nel nostro Paese. Discuterne, darsi gli strumenti conoscitivi e quindi di *governance* per potere volgere quella che è una opportunità di cambiamento in una reale condizione di potenziamento della prevedibilità della trasparenza e del coordinamento fra sedi giudiziarie, nel pieno rispetto delle garanzie costituzionali di autonomia del giudice, è una priorità che questo lavoro mette al centro del dibattito della magistratura italiana e di tutti i protagonisti del mondo della giustizia.

1. Il potere trasformativo della rivoluzione digitale

Il potenziale di trasformazione dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni pubbliche portato dalla introduzione delle tecnologie costituisce ad oggi uno dei temi portanti della agenda internazionale e nazionali in tutte le aree del globo, indipendentemente dal fatto che si tratti di aree caratterizzate da forme di governo democratico o da regimi politici ibridi o autoritari. Che vi sia un impatto ancora largamente inesplorato derivante dall'utilizzo diffuso delle tecnologie del digitale all'interno della erogazione di servizi giuridici, di gestione dei procedimenti giudiziari, della dematerializzazione delle procedure di richiesta e di offerta di soluzioni di controversie economiche e commerciali, è questione che resta da discutere in particolare sul versante del significato assunto dal punto di vista del cittadino. Non vi sono dubbi infatti che una più intensa diffusione delle tecnologie possa, se adeguatamente governata ed accompagnata da misure di carattere professionale e formativo, coadiuvare le politiche di miglioramento della efficienza della *governance* giudiziaria. Tempi, costi e modalità di gestione dei fascicoli sono, per fare un esempio, gli aspetti maggiormente considerati dalle organizzazioni di carattere intergovernativo o dai *network* giudiziari impegnati nel monitoraggio della qualità della giustizia. Quale è tuttavia la qualità che percepisce il cittadino? Quali sono gli aspetti che possono essere presi in considerazione per valutare se e come una giustizia ad alta intensità tecnologica (una giustizia *high-tech*) sia anche una giustizia di migliore qualità per il cittadino?

È in questo modo che deve essere posta la questione del significato e delle criticità ovvero delle potenzialità di quella che viene chiamata forse con una espressione ormai troppo generica "giustizia predittiva". Secondo la definizione che ne fornisce Antoine Garapon «la giustizia predittiva è ancora allo stato di progetto», ossia è in una fase embrionale in cui si inizia a verificare sul campo la possibilità di tecnologie applicate a ambiti di tipo giuridico, giurisprudenziale o giudiziario. Non siamo dinnanzi ad una applicazione di programmi di *software* che "girano" su piattaforme su cui sono disponibili i fa-

* C. Castelli-D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, già pubblicato su *Questione giustizia on line*, 15 maggio 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php.

scicoli digitali e che hanno come funzione dominante quella di gestire i passaggi, la scrittura, la revisione, la condivisione, la validazione del fascicolo. Si tratta di algoritmi che hanno come campo di applicazione contenuti decisionali, testi di sentenze, decreti, atti del giudice in genere, banche dati giurisprudenziali, appartenenti a sistemi anche molto diversi e distanti fra loro per sensibilità culturale. Tali algoritmi sono strutturati come funzioni i cui argomenti sono appunto tali ambiti e i cui risultati sono "probabilità" di costo, orientamento decisionale, *range* di penalità, *range* di indennizzi, etc. La giustizia predittiva è dunque in verità una *label* molto sintetica con cui si descrive un ventaglio di opzioni che hanno in comune la applicazione di sofisticate tecnologie sia con finalità di carattere analitico/induttivo (si scoprono *pattern* decisionali o *pattern* comportamentali analizzando e processando dati che riguardano casi e decisioni già avvenuti) sia con finalità prospettico-predittivo [si individuano propensioni e su questa base vengono valutate le probabilità con le quali si può prevedere che la decisione del giudice – in caso di soluzione giudiziale delle controversie – o del mediatore – in caso di attivazione di meccanismi di Adr (*Alternative dispute resolution*) – converga su un punto che possiamo definire focale]. In altri termini non si tratta di predire con esattezza puntuale il dispositivo di una sentenza, ma di individuare l'orientamento del ragionamento del giudice. Poiché tale ragionamento non ha mai la natura di un sillogismo lineare, ma si compone di passaggi analogici deduttivi induttivi, la predizione sarà focale e non puntuale.

Anche così tuttavia il potenziale degli applicativi ad oggi sviluppati per realizzare ciò che viene sinteticamente definito come giustizia predittiva è di alta significatività rispetto all'impatto che possiamo attenderci su tre dimensioni fondamentali nella legittimazione della giustizia:

- La risposta alla domanda di giustizia
- La tempestività
- La consistenza

A livello comparato sono soprattutto i primi due aspetti ad avere ricevuto attenzione. Come noteremo l'Italia invece sta portando la propria attenzione sulla consistenza. Citiamo a titolo esemplificativo l'esperienza olandese e quella francese[1]. L'Olanda si qualifica come il primo Paese fra quelli europei di tradizione di *civil law* ad avere avviato una ampia strategia di riforma del sistema giustizia in una ottica di servizio reso al cittadino e alla società economica. A partire dal 2002 (Langbroek, 2005) e a seguire fino ad oggi il percorso di trasformazione del sistema giudiziario ha visto la creazione di un Consiglio della giustizia avente come campo di giurisdizione la gestione e la valutazione del funzionamento del sistema, la valorizzazione delle esperienze di innovazione e l'esercizio di una continuativa (possibile anche in ragione delle razionalità fortemente consensuali che caratterizzano la pubblica amministrazione olandese) funzione regolativa da parte del centro. Mentre i Paesi del Sud avviano le innovazioni tecnologiche in una ottica di risposta ad una pressione funzionale e ad una pressione esterna, i casi continentali – e l'Olanda è in tal senso emblematica – introducono le innovazioni tecnologiche anche attraverso una razionalità che qualificheremmo della appropriatezza culturale interna. I casi di sperimentazione di *cyber-justice* che meritano la attenzione sono sostanzialmente due, di cui uno particolarmente importante per la comparazione con l'Italia. Il primo riguarda la gestione *on-line* dei casi di mediazione ossia di soluzione extra-giudiziale delle controversie di carattere civile (diritto della famiglia). Rechtwijzer nasce da una elaborazione della università di Twente e di Hiil (*Hague Institute for the Internationalisation of the Law*), una piattaforma di consulenza presente a livello internazionale nelle politiche di promozione dello stato di diritto ed avente sede a L'Aja. Si tratta di un dispositivo telematico che crea una interazione *two ways* fra utente mediatore e assistente legale, in via totalmente digitale e dematerializzata. Fornisce servizi di *triage, counseling*, mediazione in senso proprio, monitoraggio della fase esecutiva *(Fig. 1)*.

La piattaforma costa 90 euro per l'accesso, 360 per la mediazione, 240 per la soluzione della controversia, 300 per la revisione delle decisioni prese in sede giudiziale. Dal 2015 è stata prevista l'estensione alle controversie per diritti di proprietà, controversie condominiali, e a controversie attinenti ai servizi alla persona.

Sempre in Olanda, nel 2013, il Ministero della sicurezza e della giustizia, in cooperazione con il Consiglio per la giustizia, avvia un programma di modernizzazione che comprende anche la procedura digitale obbligatoria per gli avvocati in materia civile e commerciale (il programma è intitolato significativamente «Qualità e innovazione»). Per rendere possibile la attuazione di questa strategia si avvia una revisione concomitante e diretta dalla stessa *ratio* del quadro legislativo. Questo ultimo viene adattato alle esigenze di carattere tecnologico nel 2016, facendo sì che formante processuale e formante tecnologico siano ripensati come un sistema (*eKantonrechter*).

1. Non sono trattati qui i casi già molto diffusi negli Stati Uniti per garantire nella comparazione la validità della clausola *ceteris paribus*, essendo il *ceteris* riferito alle condizioni dettate dal diritto comune europeo.

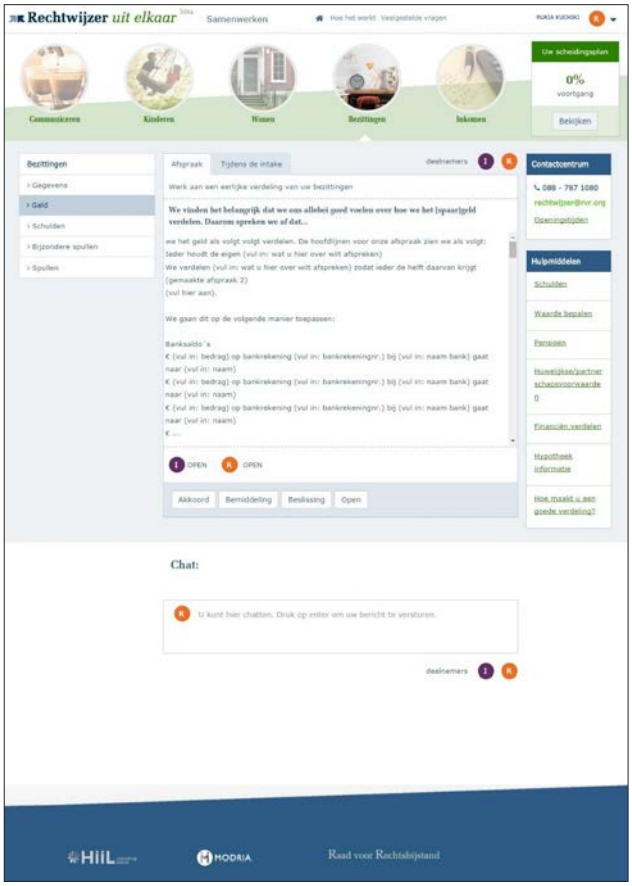

Fig. 1 - La piattaforma di consulenza

Il governo del cambiamento è fondato su due condizioni: la previsione di una fase di sperimentazione (8000 casi ad oggi sono stati gestiti in via telematica) sia per materia sia per sedi; la partecipazione di tutte le componenti professionali alla fase di progettazione sia della legislazione sia del dispositivo tecnologico. Interviste svolte nel mese di dicembre 2017 avvalorano l'ipotesi interpretativa secondo la quale entrambe queste condizioni hanno rappresentato la *conditio sine qua non* per portare a regime l'innovazione tecnologica. In tutti i casi di richiesta di asilo sono state adottate procedure di *case filing* e *case management* telematiche. Nel settembre 2017 è stata avviata una sperimentazione per tutte le procedure civili, obbligatoria in due sedi circondariali. Il processo di completamento della fase di attuazione dovrebbe avvenire nel 2020.

Il dibattito istituzionale francese sul rapporto fra tecnologie e settore della giustizia ha assunto una dimensione nazionale e sistemica a valle della adozione della «loi 2016-1321» avvenuta il 7 ottobre 2016, la cosiddetta «legge per la Repubblica digitale» («*loi pour une République numérique*»). Fra le disposizioni previste dalla norma di legge l'accesso alle banche dati dell'*open government* fra cui anche i dati aggregati sulle controversie e i procedimenti giudiziari, la elaborazione di algoritmi che rendano possibile l'utilizzo delle banche dati in una prospettiva diagnostica dei bisogni del Paese in termini di servizi pubblici e la strategia di trasparenza verso cittadini e *stakeholders* delle procedure che governano decisioni in materia di *cyber-security* e di *cyber-justice*. Le potenzialità trasformative sono da verificarsi. Quello che si osserva nondimeno è una forte mobilitazione sia del mercato delle imprese di consulenza legale impegnate nella elaborazione di applicativi *software* e di dispositivi di «*aide à la décision*» e di «supporto al *legal counseling*» cosi come la mobilitazione sul piano della ideazione e della formazione da parte del Conseil National des Barreaux. Soltanto nell'autunno di quest'anno l'Institut Montaigne[2] ha pubblicato un rapporto di valutazione e prospettiva sulla cd. "giustizia predittiva" che risente della prospettiva aperta dalla legge suddetta e che riflette su tendenze evolutive del settore giustizia anche in relazione alla enfasi posta sui cosiddetti *big data* e sulle applicazioni dell'intelligenza artificiale al settore dei servizi giuridici. Al momento sul piano pratico si registrano alcune esperienze di risposta alle domande di *legal counseling* gestite in via totalmente dematerializzata attraverso piattaforme elettroniche che concorrono a costruire il proprio prestigio attraverso la qualità dei servizi ma soprattutto le garanzie in termini di sicurezza di *privacy* e di conoscenza basata su uno *screening* preliminare dei casi e degli ambiti di *forensics* aggregati a livello globale. In taluni casi le potenzialità delle piattaforme di soluzione delle controversie si estendono sino alla eliminazione delle funzioni di intermediazione della figura del rappresentante legale. *Demander Justice*, per esempio, è una soluzione digitale di gestione delle controversie che propone la predisposizione degli atti da depositare presso gli uffici giudiziari in cinque minuti e che si pone come sostituiva rispetto al servizio legale in senso tradizionale. Non essendo ancora presente negli uffici di primo grado il processo civile telematico come noi lo conosciamo in Italia, la interazione con gli uffici giudiziari non può pensarsi in Francia come totalmente dematerializzata fatto salvo per la Corte suprema di cassazione.

L'esperienza della dematerializzazione del deposito atti e della gestione dei fascicoli e di tutto il documentale endoprocedimentale presso la Cassazione ha inizio nel 2013 con una iniziativa gestita da un *team* ristretto di dieci persone comprensive di avvocati, consiglieri di Cassazione, tecnici e ingegneri

2. www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/justice-faites-entrer-le-numerique-rapport.pdf.

informatici. Il percorso è stato gestito in via endogena (tutti gli applicativi sono stati elaborati pensando alla situazione organizzativa specifica della Cassazione) e attraverso una sinergia costante all'interno del gruppo di lavoro. Quando si è passati dal materiale al digitale sono stati presi in considerazione soltanto i procedimenti sopravvenienti mentre l'arretrato è stato gestito nella modalità tradizionale cartacea. Sul piano legislativo due revisioni normative hanno accompagnato la dematerializzazione della procedura di ricorso in Cassazione. Nel 2000 viene prevista la firma elettronica digitale anche nel contesto del settore giustizia e nel 2005 viene approvato il decreto legislativo che modifica il diritto processuale per la parte attinente il ricorso in Cassazione al fine di renderlo compatibile con il *medium* tecnologico digitale. Nel 2007 viene sottoscritta una convenzione quadro fra la Corte di cassazione e l'Ordine degli avvocati presso il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione per gestire la procedura di ricorso in via digitale. Nelle materie civili commerciali e sociali il deposito di atti avviene in via digitale gestiti attraverso un applicativo chiamato «Nomos». La gestione interna degli atti e del documentale avviene analogamente in via digitale attraverso una elaborazione progressiva del fascicolo *(Fig. 2)*.

La dematerializzazione dei fascicoli costituisce un fattore coadiuvante l'attuazione della prima sperimentazione di giustizia predittiva all'interno della Corte di appello di Rennes e di Douai. La Predictice – società specializzata in *legtech* – ha messo a disposizione uno strumento di carattere informatico che avvalendosi di algoritmi di calcolo permette di prevedere la probabilità di orientamento decisionale del giudice. La base dati sulla quale l'algoritmo viene applicato è costituita dalle decisioni delle Corti di appello e dalle decisioni della Cassazione. Anche se la valutazione non è stata positiva il grado di interesse per le potenzialità di uno strumento di questo tipo resta elevato sia da parte dei *cabinets* sia da parte delle grandi aziende. Non è un caso che una fra queste sia Axa, uno dei colossi internazionali nel mercato assicurativo *(Fig. 3)*.

È interessante vedere dalla figura come funziona il dispositivo di calcolo e quale è l'esito che ci si può aspettare di potere avere dal suo utilizzo. In questo contesto giustizia predittiva significa soprattutto possibilità da parte degli operatori di ridurre il rischio di "errore" in virtù di una più solida conoscenza dei *trend* decisionali passati. Va notato che in tale prospettiva il concetto stesso di aiuto alla decisione è pensato per essere orientato verso la continuità giurisprudenziale. Un avvocato potrà dunque valutare di portare avanti una determinata strategia partendo dal dato fornito dall'algoritmo solo se si muove in un sistema giustizia dove la probabilità che il singolo

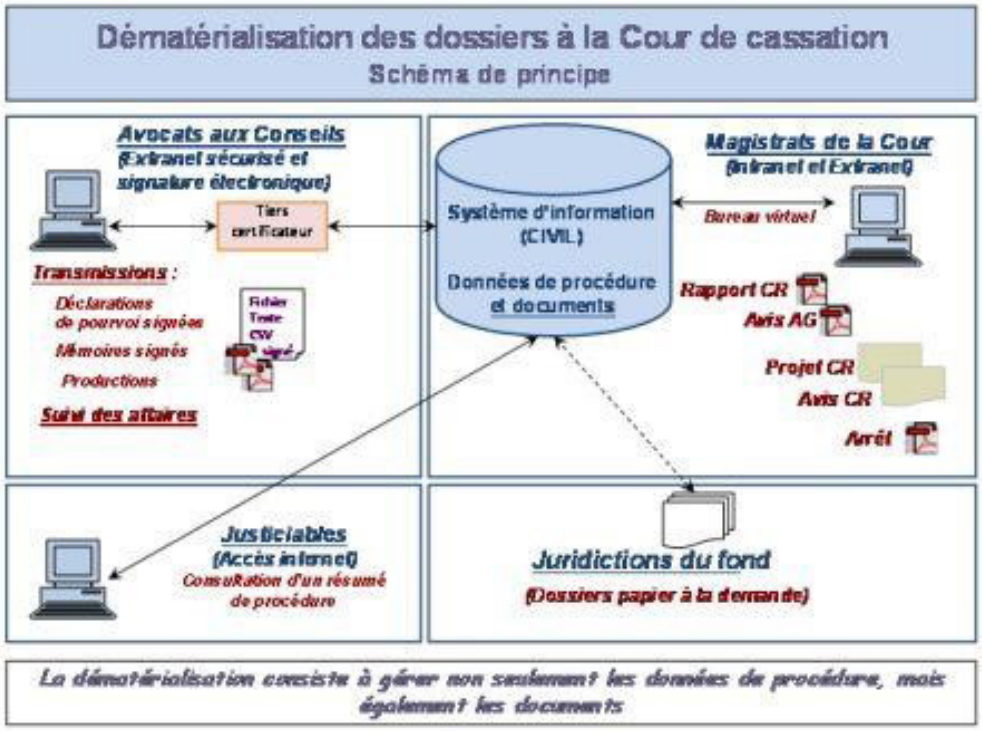

Fig. 2 - Il processo di digitalizzazione avanti la Corte di cassazione che riguarda anche tutti i documenti

Fig. 3 - Modalità di funzionamento dello strumento informatico in un caso concreto

giudice si discosti dal *trend* sia bassa. In sistemi ad alto tasso di innovazione giurisprudenziale ovvero ad alto tasso di varianza inter-circondariale e intra-distrettuale il valore diagnostico di una analisi dei *trend* decisionali sarà necessariamente ridotto.

Sul piano internazionale l'attenzione delle istituzioni impegnate nel monitoraggio e nella valutazione delle politiche di sviluppo, dei programmi di promozione della qualità della giustizia nonché delle strategie di miglioramento della *governance* e dei servizi pubblici si è concentrata su due aspetti, la diffusione delle tecnologie e l'impatto della tecnologia sulla eguaglianza delle condizioni di accesso dei cittadini ai servizi alle informazioni alle arene decisionali. Le due parole chiave sono dunque sviluppo e uguaglianza. Così ad esempio vengono declinati i temi relativi all'obiettivo 16 di Agenda 2030 il programma di sviluppo sostenibile adottato dalle Nazioni Unite nel settembre del 2015[3]. Ancora il Consiglio d'Europa attraverso la Commissione per la valutazione dell'efficienza dei sistemi giudiziari (Cepej) ha posto alla attenzione le condizioni di efficacia e di efficienza che un utilizzo responsabile delle tecnologie nel settore giustizia può promuovere[4]. Resta invece embrionale a livello internazionale il monitoraggio del fenomeno che viene descritto come "giustizia predittiva", sia nella sua parte inerente lo sviluppo di strumenti informatici di ausilio alla decisione del giudice, sia nella sua parte inerente lo sviluppo di strumenti informatici di orientamento definizione ausilio o integrazione delle attività di rappresentanza legale.

2. La domanda di qualità della giustizia in Italia

I tempi della giustizia sono la costante lamentela e richiesta che accompagna ogni ragionamento sulla giustizia in Italia, scontando tempi spesso non ragionevoli e confondendo i tempi ragionevoli di cui all'articolo 111 Costituzione e dell'articolo 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo con i tempi immediati, senza tener conto che tempi troppo rapidi vanno a detrimento delle garanzie e del contraddittorio.

È una costante che è stata pesantemente introiettata dai giudici e dagli uffici giudiziari italiani che in questi anni hanno accettato la sfida sui tempi, migliorandoli costantemente e sfociando a volte in fenomeni di cieco produttivismo, indifferente ad esiti e qualità. Ma a ben vedere la richiesta della società è più complessa, ovvero di avere decisioni celeri, ma nel contempo di qualità. Se è facile quantificare e monitorare i tempi, non lo è altrettanto per la qualità. Difatti gli unici strumenti che abbiamo per misurarla in modo oggettivo è il tasso di resistenza agli ulteriori gradi di giudizio oltre che, probabilmente, il livello di accettazione sociale delle decisioni. Entrambi sono parametri estremamente insidiosi, in particolare il secondo. Difatti la percentuale di conferma o di resistenza di una decisione nei successivi gradi di giudizio è sicuramente significativo, ma sconta il fatto che le decisioni dell'appello e della Cassazione sono migliori solo per convenzione, oltre che per una serie di parametri con cui vengono adottate (il collegio, la maggiore esperienza dei giudici, la relativa lontananza dal fatto). Convenzione inevitabile, anche perché occorre porre fine ad una controversia, ma pur sempre una convenzione, dato che vediamo sorgere spesso anche tra le diverse sezioni della Corte di cassazione contrasti e decisioni difformi.

3. http://unric.org/it/agenda-2030/30812-obiettivo-16-pace-giustizia-e-istituzioni-forti-.

4. www.coe.int/t/DGHL/COOPERATION/CEPEJ/thematiques/ICT/default_en.asp.

Comunque l'esame degli esiti di un procedimento sia in primo grado che in appello è un dato indicativo molto serio ed interessante che dovrebbe essere conosciuto in ogni ufficio e che dovrebbe stimolare ed orientare la riflessione in ogni sezione e sede proprio al fine di migliorare la qualità.

Ancora più problematica è l'analisi del livello di accettazione sociale delle decisioni, perché si scontra e sconta molteplici fattori, anche di natura politica e massmediatica. Non solo, ma specie in un'epoca come l'attuale in cui dominano notizie false e un trionfo del populismo sulle diverse competenze e professionalità il rischio sarebbe quello di farsi condizionare dagli istinti, prima ancora che dalle opinioni del pubblico. Questo semmai pone con forza la necessità di una politica della comunicazione degli uffici giudiziari che possano spiegare e chiarire la loro attività ed i loro orientamenti. Non dobbiamo mai dimenticare sotto questo aspetto i moniti di Luigi Ferrajoli sul pericolo per la giurisdizione di ricercare il consenso[5].

La scarsa attenzione sulla qualità è comunque evidenziata dal semplice fatto che mentre è facilissimo trovare dati ed analisi sui tempi della giustizia (vedi in particolare i fondamentali censimenti ministeriali), non esistono in pratica dati nazionali pubblici né sull'esito dei procedimenti, né sul tasso di impugnazione, né sul tasso di resistenza dei provvedimenti.

Nondimeno dobbiamo riscontrare come sia sempre meno accettata a livello sociale l'alternanza degli esiti giudiziari. L'apparenza è che il ribaltamento di una sentenza di primo grado in appello non sia il fisiologico risultato di un sistema di garanzie, ma la negazione della certezza del diritto, sia per i tempi più prolungati, sia per l'opinabilità che ogni decisione viene così ad avere. In tal modo si è esteso oltre ogni misura di ragionevolezza il concetto di errore giudiziario. Per errore giudiziario si computa qualsiasi difformità dall'esito definitivo sia esso relativo a persone soggette alle indagini colpite da misure cautelari e poi assolte, sia pronunce di primo grado o di appello smentite nei gradi successivi. Non si accetta l'idea che il sistema, basandosi su esseri umani e su interpretazioni inevitabilmente molteplici, ha previsto le impugnazioni proprio per ridurre al minimo il rischio di errori. Non solo, ma che è sbagliato ritenere come errore la valutazione che viene fatta in una fase processuale (quella cautelare) sulla base di elementi diversi da quelli poi del merito. O ancora che l'attività dell'interprete in un'epoca multi-fonte come l'attuale è *in primis* un'attività di ricostruzione e di coordinamento delle fonti e delle normative applicabili e come tale è sempre meno un'attività meccanica e sempre più un percorso in cui la discrezionalità e la professionalità vengono esaltate.

Così emergono le forti polemiche sugli errori giudiziari che diventano strumento di attacchi politici che si inseriscono in quell'alveo, mai abbandonato, degli affondi contro la magistratura, alla sua indipendenza e ai suoi orientamenti con affermazioni che risultano inquietanti e che inevitabilmente gettano discredito e sfiducia sulla giustizia.

Viene segnalato che per ingiusta detenzione i risarcimenti effettuati dal 1988 ad oggi ammonterebbero a 630 milioni di euro per 24.000 persone (www.errorigiudiziari.com), ma al di là dell'affidabilità del dato non ci si domanda come migliorare la qualità e ridurre un dato almeno in apparenza così preoccupante, ma si utilizza questo come un maglio contro una magistratura evidentemente "cattiva" senza cercare ragioni e rimedi.

Quanto non è accettabile in queste polemiche non è la segnalazione per mettere in luce un problema esistente, ma risolvere il tutto in polemica, quando invece quello che servirebbe è un intervento complessivo che cerchi di far guadagnare al sistema una maggiore affidabilità e qualità.

Il primo passaggio dovrebbe essere la consapevolezza, ovvero il costante monitoraggio dei dati e degli orientamenti, la loro diffusione negli uffici giudiziari, il confronto. Per fare un esempio, evitare carcerazioni ingiuste per decorrenza termini dovrebbe essere facilissimo con gli attuali sistemi informatici, ma il relativo programma ministeriale è in fase di sperimentazione da diversi anni e tutti si debbono arrangiare con scadenzari cartacei o artigianali.

Il secondo è l'attenzione alla qualità con lo stesso rilievo che viene giustamente dato ai tempi. Ovvero sapere il tasso di conferma delle decisioni del singolo giudice e dell'ufficio, discutere gli orientamenti, verificare da cosa dipendono eventuali anomalie, come un tasso eccessivo di riforme o, per quanto riguarda le Procure, un tasso eccessivo di assoluzioni. I motivi delle difformità possono essere del tutto giustificati o addirittura nobili, quali la diversità di orientamenti giurisprudenziali. Il problema è che bisogna saperlo e discuterne.

2.1. La prevedibilità della giurisprudenza

La prevedibilità delle decisioni è un enorme valore[6]. Per lungo tempo si è vista la prevedibilità

5. L. Ferrajoli, *Giurisdizione e consenso*, www.paroledigiustizia.it/archivio_interventi/intervento1.pdf.

6. In materia il contributo ed il dibattito dottrinale sono enormi. Solo per citare alcuni contributi: V. Zagrebelsky, *Dalla varietà della giurisprudenza alla unità della giurisprudenza*, in Cass. pen. 1988, p. 1576; G. Gorla, *Precedente giudiziario*, in Enc. Giur. Treccani, vol.

come un corollario del conformismo e come un ostacolo a quel costante adeguamento della giurisprudenza alla realtà sociale del tutto fisiologico in una società soggetta a costanti cambiamenti come l'attuale. Valutazione sbagliata perché quanto si vuole rimarcare valorizzando la prevedibilità è il messaggio di certezza e stabilità che ne esce e gli inevitabili costi che mutamenti di giurisprudenza sotto vari aspetti producono. Non solo, ma quanto *in primis* si vuole evitare sono i contrasti inconsapevoli. Contrasti oggi ben più diffusi delle diversità di orientamenti giurisprudenziali. I terreni sono allora due: i contrasti inconsapevoli da un lato e le differenze di orientamenti giurisprudenziali coscienti dall'altro. In entrambi i casi occorre affrontarli con la circolarità della giurisprudenza distribuendo informazione e conoscenza. Fatto per nulla scontato. In particolare nei grandi uffici, anche grazie alla natura monocratica della stragrande parte dei giudizi, è ben difficile che si sappia quanto succede nella porta accanto ed anche il dirigente ha limitati strumenti per saperlo. Per questo è stato introdotto l'articolo 47-*quater* Ordinamento giudiziario, che tra i vari compiti del presidente di sezione delinea quello di curare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione. Al riguardo la Circolare sulle tabelle, da ultimo la Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019 (Delibera di *plenum*, 25 gennaio 2017) all'articolo 97 prevede l'obbligo di riunioni periodiche dirette a questo scopo[7].

Norma di enormi potenzialità perché introduce uno strumento che stimola conoscenza e confronto, senza imposizioni in via gerarchica, ma nel contempo responsabilizzando i vari soggetti interessati. Il presidente di sezione, che ha l'obbligo di tenere le riunioni e di affrontare interpretazioni e diversità di orientamenti, ed i giudici che dovranno essere disposti a rimettersi in gioco, a discutere i propri orientamenti e a valutarne la congruità. Processo comunque virtuoso dato che, come ho riscontrato direttamente più volte, a fronte di divergenze interpretative i giudici portatori di tesi di minoranza si sono personalmente e spontaneamente adeguati ritenendo più costoso per la sezione ed il sistema restare attaccati alla propria interpretazione, piuttosto che giungere ad un orientamento di ufficio e ad una relativa organizzazione condivisa, molto più forte e solida verso l'esterno.

Diverse sono le ipotesi per molti versi fisiologiche di contrasti giurisprudenziali pienamente coscienti, derivanti da diverse opzioni interpretative. Sotto il primo profilo, l'informazione è il primo dato fondamentale che consente di acquisire consapevolezza e di passare sul terreno del confronto. Sotto il secondo, il confronto è il piano fondamentale sia per verificare le tesi reciproche, sia per affinarle. Ma anche su questo terreno si trovano soluzioni che vanno in una direzione di unità e prevedibilità. In molti casi a fronte di diverse tesi si è aspettata e sollecitata l'interpretazione della Cassazione, o una interpretazione un minimo consolidata della Cassazione, per adeguarsi superando conflitti in apparenza insanabili.

Ovviamente vi sono situazioni ben diverse: quelle di una giurisprudenza già consolidata che solo nuove evenienze o una profonda riflessione possono mettere in dubbio e cambiare, o quelle di orientamenti in divenire ed in costruzione specie a fronte di modifiche normative, nuovi diritti e cambiamenti nella società.

La consapevolezza che deve esserci è che la prevedibilità ha due ulteriori formidabili conseguenze: da un lato contiene la domanda e dall'altro è un fondamentale messaggio sociale.

Contiene la domanda perché ogni mutamento o incertezza sulla giurisprudenza stimola nuove domande, altrimenti viste senza speranza.

Lancia un messaggio sociale perché la prevedibilità di tempi e orientamenti dà certezza alla collettività sulla giustizia e sul diritto vivente.

XXXVI, 1991; U. Mattei, *Precedente giudiziario e* stare decisis, in Dig. Disc. Priv.-Sez. civile, vol. XIV, 1996; M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in Riv. Trim. Dir. e proc. civ., 2007, p. 712; A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007; A. Cadoppi, *Giudice Penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice penale*, 2014, pp. 14 ss.; G. Costantino, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, Relazione all'XI assemblea degli osservatori civili, 2016; L. Salvaneschi, *Diritto giurisprudenziale e prevedibilità delle decisioni: ossimoro o binomio*, Relazione all'XI assemblea degli osservatori civili, 2016; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, 19 dicembre 2016, www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale; XII Assemblea Nazionale degli Osservatori – Roma 2017 Gruppo di lavoro – Prevedibilità delle decisioni e dialogo fra i diversi gradi della giurisdizione.

7. Articolo 97 – Modalità organizzative per lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali e la verifica dell'andamento del servizio.
1. La proposta tabellare indica le modalità organizzative con le quali i Presidenti di sezione intendono realizzare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno delle sezioni e verificare l'andamento del servizio, allo scopo di raccogliere suggerimenti e approntare i più opportuni rimedi.
2. Ferma restando la facoltà di individuare le modalità più opportune per attuare detti scopi, è realizzato un incontro tra i magistrati assegnati alla sezione con cadenza almeno bimestrale, dandone tempestiva comunicazione al dirigente dell'ufficio, al quale è inviata una relazione sull'esito delle riunioni con allegati i relativi verbali.

2.2. Le banche dati sulla giurisprudenza come miniera di dati

L'Italia ha una grande esperienza e tradizione in tema di banche date giurisprudenziali. Il Centro elettronico di documentazione (Ced) della Corte suprema di cassazione è stato costituito tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta del secolo scorso. La sua estensione è amplissima contenendo archivi, mediante i quali è possibile effettuare un'ampia ed esaustiva ricerca, oltre che giurisprudenziale, anche legislativa e dottrinale senza contare la normativa regolamentare, le circolari ministeriali, i contratti collettivi, le ordinanze e i regolamenti comunali e di altri enti.

Tra gli anni Sessanta e Settanta, il Centro prese ad organizzare, in modo automatizzato (con il sistema dell'*information retrieval*), le massime della Corte suprema di cassazione in particolare e i documenti giuridici in generale dando vita al sistema Italgiure Find. La prima dimostrazione pubblica delle potenzialità del computer del centro fu data il 21 marzo 1969, il nuovo calcolatore entrò in funzione il 1° ottobre 1969 e i primi collegamenti con alcuni uffici giudiziari risalgono al 1973[8]. Italgiure è stata una delle prime, se non la prima banca dati della giurisprudenza di legittimità a livello mondiale. La banca dati della Cassazione per completezza del dato (35 milioni di documenti) e canali di ricerca è stata ed è un canale fondamentale oltre che svolgere il fondamentale ruolo di servizio pubblico di informatica giuridica. Non è però mai riuscita a sfondare nel campo della giurisprudenza di merito. I problemi erano molteplici e si erano rivelati insormontabili: la mera volontarietà dell'inserimento e le difficoltà di classificazione. Tant'è che l'Archivio Merito contenuto in Italgiure non è più stato alimentato dal 2004-2005 e solo in questo periodo si sta ridiscutendo di come ristrutturarlo.

La creazione di un archivio della giurisprudenza di merito è stato riproposto in un atto normativo dall'articolo 7 (Banca dati della giurisprudenza di merito) del decreto ministeriale *Misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo* (1 ottobre 2015). Tale norma affida alla direzione generale dei sistemi informativi ed automatizzati dello stesso Ministero lo svolgimento di tutte le attività necessarie per assicurare, a decorrere dal 31 dicembre 2016, l'avvio della banca dati della giurisprudenza di merito e la fruibilità dei dati in essa contenuti su base nazionale. Il compito dato alla Dgsia (Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati) è quello di svolgere tutte le attività per consentire l'inserimento dei metadati di classificazione nella banca dati e di agevolare la ricerca dei provvedimenti giurisdizionali ivi contenuti, potenziando i canali di ricerca. Sempre secondo la norma i criteri di selezione dei provvedimenti da inserire nella banca dati sono stabiliti con cadenza annuale dal presidente della Corte di appello o del Tribunale che si avvalgono per la realizzazione di coloro che svolgono il tirocinio formativo ai sensi dell'articolo 73, dl 21 giugno 2013, n. 69 o dell'articolo 37, comma 5, dl 6 luglio 2011, n. 98 o che fanno parte dell'ufficio per il processo a norma dell'articolo 50, comma 1-*bis*, dl 24 giugno 2014, n. 90.

La disciplina per molti versi apprezzabile ha incontrato diversi ostacoli. In primo luogo la difficoltà di riuscire a far diventare fruibile e a classificare l'archivio giurisprudenziale già esistente nella *consolle* civile. In secondo luogo creare lo stesso archivio nel settore penale. Queste difficoltà non sono solo tecnologiche, come farebbe pensare il tipo di direzione cui sono state affidate, ma anche di contenuti, proprio perché riguardano la classificazione dei provvedimenti, che richiede ovviamente parametri chiari. Sotto questo profilo lascia ampiamente perplessi l'attribuzione a presidenti di Corte di appello e di Tribunale della scelta dei criteri di selezione dei provvedimenti. Se l'intenzione, come dice il titolo della norma è di creare una banca dati, presumibilmente nazionale, della giurisprudenza di merito è irrazionale che i criteri possano essere diversi da luogo a luogo. Semmai si potrebbe decidere un nocciolo di materie e provvedimenti comuni a livello nazionale e lasciare uno spazio sussidiario a ogni Corte di appello. Ma in tal modo il rischio è non solo di scontare le diverse visioni locali, ma anche di dipendere da diverse opinioni, senza promuovere quel confronto nazionale della giurisprudenza quanto mai fecondo e produttivo.

L'attualità della questione è altresì dimostrata dalla recentissima delibera 31 ottobre 2017 del Csm: «*Linee guida volte alla individuazione delle modalità di ricostituzione di una banca dati della giurisprudenza di merito*». La delibera si muove nella direzione di riaprire l'archivio di merito nell'ambito di Italgiure Web col fine di valorizzare la giurisprudenza di merito e di stimolare un fecondo confronto tra giurisprudenza di merito e di legittimità. Come criterio di selezione della giurisprudenza di merito di propone di inserire nell'archivio i provvedimenti aventi ad oggetto:

- decisioni che facciano applicazione di disposizioni di nuova introduzione;
- decisioni che costituiscano prima applicazione

8. Notizie riprese dal saggio di G. Oberto, *Appunti per un corso di informatica giuridica. Capitolo III. Il CED della Corte suprema di cassazione*, www.giacomooberto.com/appunti/lezione3.htm.

di orientamenti innovativi della Corte di cassazione, a maggior ragione se espressi a Sezioni unite;
- decisioni che costituiscano prima applicazione di pronunce della Corte costituzionale;
- decisioni riguardanti materie non oggetto di pronunce di Cassazione, a condizione che nell'archivio non siano già presenti provvedimenti dello stesso distretto sulla medesima materia e di analogo tenore;
- decisioni che costituiscono espressione di soluzioni concrete adottate dai giudici della cognizione su temi decisori particolarmente rilevanti.

L'idea sarebbe di inserire i provvedimenti in forma integrale e non massimati, sia per la difficoltà di individuare criteri omogenei di classificazione, sia per motivi di semplificazione. L'approvvigionamento generale dei provvedimenti avverrebbe tramite l'archivio nazionale in corso di creazione da parte del Ministero o gli archivi distrettuali costituiti mediante il deposito di sentenze a *consolle* nell'ambito del processo telematico. Ciò in un'ottica di collaborazione e sinergia con la Direzione generale sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia. I provvedimenti civili da inserire nella banca dati verrebbero selezionati a livello locale a cura di strutture distrettuali e quindi inoltrati all'ufficio dell'archivio di merito centralizzato. Ai fini dell'inoltro dovrebbe essere utilizzata una nuova funzionalità di *consolle* creando un *software* applicativo sulla *consolle* assistente che consenta l'inserimento diretto del provvedimento selezionato dall'archivio locale a quello nazionale di Italgiure Web. Per il settore della sorveglianza il Sistema informativo Ufficio di sorveglianza prevede la possibilità di acquisire tutti i provvedimenti in formato "pdf" su base distrettuale. Per il settore penale di merito l'archivio nazionale di provvedimenti in formato non digitale dovrebbe essere creato con l'ausilio della Dgsia. La selezione dei provvedimenti non verrebbe opportunamente lasciata ai singoli magistrati estensori o ai presidenti di sezione (modalità che già in passato si era rivelata fallimentare), ma verrebbe previsto che ogni ufficio o sezione con l'ausilio dell'ufficio del processo sia chiamato, sistematicamente, sotto la responsabilità del presidente a impiegare le riunioni sezionali mensili anche al fine di raccogliere i provvedimenti di interesse, secondo i criteri di selezione prima indicati. Il materiale individuato verrebbe poi raccolto a livello distrettuale dall'Ufficio distrettuale innovazione (che potrà avvalersi di un *team* operante a livello distrettuale) per l'implementazione dell'archivio di merito di Italgiure Web. Sempre a livello distrettuale verrebbe poi operato un controllo finale in ordine al rispetto dei criteri di selezione dei provvedimenti individuati per l'archivio e il materiale potrà essere omogeneizzato e raffinato. Altro canale sarà quello dei provvedimenti pubblicati sulle riviste giuridiche. Le chiavi di ricerca dovranno essere *full text*. Il singolo documento prima di essere inserito nell'archivio dovrà essere trattato da soggetti altamente specializzati da individuarsi in aziende private, ovvero in istituti di ricerca connessi ad istituzioni universitarie, adeguatamente finanziate. Il trattamento dei dati dovrà assicurare un amplissimo campo di ricerca (per parole/lemmi, per parti della sentenza, per riferimenti normativi, per riferimenti giurisprudenziali, per materia o sub-materia), oltre che l'inserimento di *link* verso altri archivi, l'inserimento di metadati, oltre che l'anonimizzazione dei documenti.

Progetto ambizioso che il Consiglio si impegna anche a finanziare con propri fondi già accantonati. Progetto che presenta alcuni punti deboli in particolare a livello locale. Difatti affidare ad ogni distretto la raccolta dei provvedimenti si scontra con diverse difficoltà. Anzitutto di risorse dato che il lavoro viene affidato alle singole sezioni, adiuvate dall'Ufficio per il processo, e, come centralizzazione ai Rid (Referenti informatici distrettuali). Questo può comportare una realizzazione a macchia di leopardo priva di quella omogeneità e standardizzazione necessarie. Probabilmente sarebbe stato prezioso da un lato coinvolgere la formazione decentrata, ma ancor più arrivare ad un accordo nazionale con le università per avere il loro apporto e supporto. Ma per fare questo c'è ancora la possibilità ed il tempo, dato il carattere aperto della proposta consiliare. Infine va realizzata una piena sinergia tra la banca dati preventivata nel decreto ministeriale, su cui lavora la Dgsia, e il progetto del Consiglio. È evidente come qualsiasi duplicazione sarebbe un intollerabile spreco.

La delibera affronta inoltre uno dei punti più delicati che deve affrontare ogni banca dati, ovvero la tutela della *privacy*. È noto che gli articoli 51 e 52 del testo unico sulla *privacy* in materia di provvedimenti giudiziari prevedono che l'interessato ha il diritto, mediante apposita e specifica istanza prima della definizione del grado di giudizio, di far apporre da parte della cancelleria sull'originale della sentenza, un'annotazione volta a precludere l'indicazione delle sue generalità e degli altri dati identificativi dei provvedimenti destinati alla diffusione ad un pubblico vasto ed indeterminato. L'anonimizzazione è altresì sempre necessaria laddove si tratta di materie in cui la pubblicazione del provvedimento tratta dati sensibili o rischierebbe di ledere i diritti dei soggetti ivi riportati. Il Primo presidente della Corte di cassazione, riprendendo le «linee guida in materia di trattamento di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica»

dettate dal Garante della *privacy*, con proprio documento del 2 dicembre 2010 ha prescritto, in caso di riproduzione dei provvedimenti per finalità di informazione giuridica, l'adozione di accorgimenti volti all'oscuramento dei dati identificativi in essi contenuti qualora abbiano ad oggetto materie espressamente definite, quali – a titolo esemplificativo – i provvedimenti concernenti minori, stato civile, famiglia, reati a sfondo sessuale o prostituzione.

L'esperienza della Corte di cassazione è particolarmente preziosa gestendo l'unica grande banca dati di giurisprudenza nazionale. Se ne trae che i provvedimenti giudiziari, sia pure non definitivi, non necessitano di una generalizzata anonimizzazione, indispensabile soltanto qualora rientrino nelle categorie individuate negli allegati al citato decreto del Primo presidente. Inoltre i provvedimenti contenenti dati sensibili verranno inseriti nella banca dati soltanto se di reale interesse giuridico-scientifico. L'anonimizzazione dovrebbe essere eseguita direttamente da parte del magistrato estensore, anche se successivamente la stessa delibera affida tale compito alle aziende private o istituto di ricerca cui verrà affidato il trattamento informatico dei documenti.

Quanto emerge è una enorme cautela che va oltre quanto previsto dalla legge, anche per il rischio che per sviste o errori vengano pubblicati dati sensibili in violazione della legge. Tant'è che viene previsto che «fino a che non saranno realizzate prassi che diano massima certezza circa la tutela delle sopra indicate esigenze, che la consultazione dell'archivio di merito sia riservata – almeno in un una prima fase – ai soli magistrati». In tal modo il valore di servizio pubblico di informatica giuridica viene perso, anche se quanto viene proposta non è una rinuncia, bensì un percorso graduale.

2.3. La circolarità della giurisprudenza come requisito di qualità

Può sembrare assurdo, ma oggi normalmente i pubblici ministeri ed i giudici spesso non sanno l'esito del procedimento da loro curato nella fase o grado successivo. Non vi è alcun sistema automatico. La prassi una volta in uso in molti uffici di inviare al giudice di primo grado la copia della sentenza di appello è entrata in crisi per la crescente mancanza di personale, né si è realizzato un programma informatico legato ai registri e alla *consolle* che consenta questo in automatico. Le esperienze virtuose al riguardo sono davvero poche[9]. Vi sono anche elementi oggettivi che non incoraggiano: i tempi delle impugnazioni che fan sì che la pronunzia di secondo grado intervenga a volte dopo anni, le modifiche normative e di giurisprudenza che più il tempo passa, più rendono diversi gli stessi presupposti del giudizio. Non di meno la circolarità della giurisprudenza non solo ha il grande pregio di abbandonare quella visione monistica ed isolata del giudice che il passaggio massivo al rito monocratico ha incoraggiato, ma stimola il confronto giurisprudenziale e migliora la qualità di tutti, compresi i giudici di impugnazione. In primo luogo la pubblicità del provvedimento serve perché costringe tutti a mantenere un livello qualitativo se non elevato, dignitoso. Ed in un ambiente, come quello dei magistrati in cui conta moltissimo l'incentivo reputazionale questo svolge un ruolo importante. Inoltre inviare al giudice, i cui provvedimenti sono impugnati, esito e motivazione di tutte le ordinanze o sentenze di riesame, appello o Cassazione, rende consapevoli di quanto viene condiviso e quanto disatteso, ben al di là della mera riforma del provvedimento. Inviare solo i provvedimenti difformi, come nel passato veniva fatto, è limitativo e per certi versi punitivo. Punitivo perché sembra un tacito rimprovero al giudice impugnato, quando il risultato che si persegue è del tutto diverso, ovvero stimolare la capacità di verifica dei propri orientamenti e di migliorare la qualità, magari solo per esporre meglio ed in modo più argomentato e convincente le proprie tesi. Limitativo perché l'esito spesso significa ben poco: ci sono sentenze confermate nonostante la propria pochezza e altre riformate solo per modifiche intervenute o per fisiologici differenti orientamenti, ma di grande qualità.

Circolarità vuol dire consapevolezza ed è ben difficile avere consapevolezza quando un pubblico ministero non sa il tasso di accoglimento delle proprie accuse ed un giudice non sa né il tasso di impugnazione, né il tasso di resistenza dei propri provvedimenti. Assicurare questi dati, ma soprattutto la disponibilità dei provvedimenti comporterebbe un intero salto di qualità per l'intero sistema.

Su questo non c'è stata sinora sufficiente attenzione generale. Non solo non vi sono a livello nazionale statistiche o ricerche su esito dei procedimenti, tasso di impugnazione e tasso di riforma, ma anche a livello informatico non è stata prevista la trasmissione automatica della sentenza depositata digitalmente in appello al giudice di primo grado. Nel settore civile, ove l'uso della consolle è ormai generalizzato, sarebbe bastato prevedere l'invio automatico al primo giudice della sentenza di appello depositata digitalmente tramite la compilazione di un semplice "flag". Non è stato pensato, ma non per resistenze

9. A Firenze è istituita una cancelleria telematica che segnala se c'è stata una riforma di una sentenza. A Bologna nella *consolle* dei giudici di secondo grado c'è un raccordo con gli atti di primo grado.

ministeriali, ma perché sino ad oggi nessuno l'ha posto come priorità.

Quanto possa essere prezioso sapere l'orientamento del giudice del giudizio o dell'impugnazione è stato direttamente verificato sul campo in una delle poche ricerche condotte qualche anno fa e pubblicate nel Bilancio sociale 2013 del Tribunale di Milano[10]. Nell'ambito di un'analisi sull'efficacia della propria attività finalizzata sia a verificare la qualità del proprio lavoro, sia a monitorare il livello di conferma successiva avanti al Tribunale l'Ufficio gip aveva svolto una ricerca. Ne era risultato che il 28% delle richieste di misure cautelari avanzate dalla Procura della Repubblica nel primo semestre 2013 erano state respinte (26% nel 2012), che era molto basso il tasso di annullamento (4,45% nel 2012 e 4,02% nel primo semestre 2013) e di riforma parziale (9,19% nel 2012 e 11,39% nel primo semestre 2013) delle ordinanze cautelari. Ma il tratto più interessante è stata la verifica nel merito dei procedimenti in cui gli imputati erano stati originariamente colpiti da misure cautelari, al di là del fatto se successivamente comunque la misura cautelare fosse stata revocata o attenuata. Il riscontro è stato condotto sia relativamente ai processi celebrati avanti al gup che in dibattimento. I casi di assoluzione si sono attestati intorno al 3% del totale. Non si tratta di "errori giudiziari", ma la diversa valutazione dipende dal fatto che il materiale probatorio su cui si fonda il giudizio è diverso e più ampio rispetto a quello della fase delle indagini e che la valutazione della prova è differente: piena nel giudizio, rispetto a quella sommaria tipica della fase cautelare. Le differenti valutazioni, anche per il prezioso apporto del contraddittorio e dalla difesa sono quindi fisiologiche. Nondimeno proprio la finalità di miglioramento dell'attività dell'ufficio e di analisi di qualità aveva portato a fare un approfondimento ulteriore per valutare per quale tipologia di reato e di procedimenti si erano avute le assoluzioni. Si era anche riscontrato che l'orientamento dell'ufficio era sufficientemente omogeneo e che sia l'annullamento o modifica delle ordinanze che le successive assoluzioni si distribuivano equamente tra tutti i giudici dell'ufficio. Dati che denotavano due problematiche che sicuramente dovevano essere oggetto di riflessione per migliorare la propria attività.

Da un lato difatti le assoluzioni in procedimenti in cui era stata emessa una misura cautelare erano relativi a reati che affondavano in conflitti familiari in cui più diffuse sono le ritrattazioni, la modifica di versioni, la remissione di querela che incidono inevitabilmente sull'esito del processo. Dall'altro riguardavano in alcuni casi posizioni marginali di soggetti indagati per associazione a delinquere, posizioni che nell'ambito di associazioni con molti aderenti rischiano di rimanere secondarie e di non essere debitamente approfondite. Questi risultati hanno portato ad una maggiore consapevolezza ed attenzione sul proprio operato, nella tensione di costante miglioramento. Servirebbero più monitoraggi, approfondimenti e riflessioni di questo tipo rispetto alla costante polemica sugli "errori giudiziari".

2.4. La pubblicazione di dati su tempi e orientamenti: verso la giustizia predittiva

Banche dati della giurisprudenza, monitoraggi ed estrazione degli orientamenti per materie e tipologie di affari consentono di andare verso l'esterno costruendo un ponte di comunicazione e comune interesse con la collettività.

Si può essere in grado di sapere con ragionevole certezza sia i tempi previsti in un tribunale o corte perché una causa venga definita ed anche quali sono gli orientamenti in materia dell'ufficio. Questo garantisce una totale trasparenza, ma viene ad essere anche un potente segnale per gli utenti ed i cittadini e può contribuire al contenimento della domanda: è evidente che sapere prima tempi e probabilità di un esito porta a evitare cause temerarie e a cercare conciliazioni o transazioni. Questo impone di rendere trasparente e pubblica la tempistica materia per materia, come quello di trarre dai provvedimenti emessi più che le massime, i principi di diritto e la casistica che possono aiutare chi abbia problematiche simili. Ovviamente questo comporta un lavoro di studio e di elaborazione che può essere condotto solo materia per materia e partendo da poche materie per poi man mano espanderle. Non solo, ma questo può essere adeguatamente realizzato solo inserendo ulteriori risorse esterne in un ambito notoriamente "povero" quale quello della giustizia. Ma è un tipico terreno su cui potrebbe essere prezioso e possibile il coinvolgimento delle università che vedrebbero in tal modo valorizzate ed impegnate loro risorse.

L'altro terreno sviluppabile, su cui possono ben esservi perplessità, è quello di ricavare la probabilità dell'esito di una causa in un certo tribunale o corte, alla luce dei precedenti e degli orientamenti. Questo terreno, molto avanzato in Francia, laddove hanno cominciato a lavorare con algoritmi, facendosi pagare l'analisi, può non risultare convincente per la inevitabile difformità tra caso e caso e per la grande imprecisione di un dato del genere, ma va sperimentato e verificato alla prova dei fatti.

10. www.tribunale.milano.it/files/BRS%20Tribunale%20Milano%202013.pdf, pp. 59-60.

2.5. Un possibile progetto sulla giustizia predittiva

Dobbiamo quindi puntare su trasparenza, consapevolezza e circolarità della giurisprudenza. Attraverso banche dati condivise della giurisprudenza possiamo avere trasparenza alle decisioni, conoscenza da parte del singolo giudice del livello di resistenza e accoglimento dei propri provvedimenti, riscontro da parte del presidente di sezione e del dirigente dell'ufficio e più in generali degli operatori delle diverse tesi giurisprudenziali esistenti, informazione per gli operatori e per i cittadini sugli orientamenti giurisprudenziali dell'ufficio e la probabilità di accoglimento di domanda avanzata in una certa materia ovvero la possibilità che un reato venga ravvisato e la gamma di pene irrogate.

Ciò verrebbe ad essere prezioso anche per contenere la domanda e per avere complessivamente un effetto preventivo oltre che creare un rapporto di trasparenza e di collaborazione attiva col territorio.

Non si tratta di controllare la giurisprudenza, ma di acquisire consapevolezza della stessa e di aiutare in modo propositivo tutti a migliorare il loro lavoro. Del resto la norma di quell'articolo 47-*quater* Ordinamento giudiziario non esalta il conformismo delle decisioni, ma tende ad evitare le divergenze inconsapevoli, cercando di superare l'inevitabile difformità che esiste nelle diverse giurisprudenze attraverso il confronto e l'acquisizione del valore della prevedibilità delle decisioni.

Il modello che dovrà essere seguito è bifasico. Estremamente elastico ed aperto nel momento di elaborazione e costruzione di un orientamento a seguito di modifiche normative (come sappiamo per nulla episodiche nella nostra epoca), di cambiamenti sociali e della creazione e realizzazione di nuovi diritti. Fondato sul consolidamento e lo *stare decisis* quando vi è una giurisprudenza stabile. Ovviamente la stabilità della giurisprudenza non significa immutabilità, ma richiede per avanzare possibili modifiche una profonda riflessione ed un'adeguata motivazione, oltre che una consapevolezza sui costi che comporta l'abbandono di una certezza per il sistema.

I passaggi progettuali che possono essere proposti sono graduali proprio per evitare che l'analisi della giurisprudenza possa diventare un momento di censura ed anzi possa costituire arricchimento per tutti.

La prima mossa è consentire al singolo giudice di avere conoscenza dell'esito delle impugnazioni sui propri provvedimenti. Questo riguarda ovviamente le sentenze e le ordinanze definitorie, ma anche un terreno delicatissimo, su cui è bene estendere questo servizio, quale quello delle misure cautelari personali.

Far sì che il giudice delle indagini preliminari possa sapere non solo l'esito dell'impugnazione del suo provvedimento avanti al Tribunale del riesame o alla Cassazione, ma anche la decisione assunta nel processo di primo grado e secondo grado. Identica sorte quanto al Tribunale del riesame.

Ciò può aiutare a verificare quali sono tipologie e problematiche che richiedono maggiore attenzione e migliorare complessivamente la nostra attività.

Il secondo passaggio riguarda l'estrazione di dati, ovvero individuare tipologie di materie e di affari, verificare gli esiti decisori, seguire l'andamento degli stessi in secondo grado e in Cassazione.

Identica estrazione dovrebbe essere svolta per quanto concerne sia il tasso di accoglimento delle richieste di emissioni misura cautelare, sia il tasso di loro conferma da parte di Tribunale del riesame e di Cassazione, sia l'esito dei processi in cui una persona soggette le indagini sia stata colpita da una misura cautelare.

Tali dati, superando le polemiche strumentali su ingiusta detenzione ed errori giudiziari, ci darebbero preziose indicazioni su come possiamo, pur nell'ambito delle inevitabili diverse interpretazioni e prospettazioni, migliorare la nostra attività.

Il terzo passaggio sarebbe la realizzazione di un massimario ragionato, come tale preziosissimo per orientare, consolidare, mutare giurisprudenza. Massimario e banca dati che sono la base per consentire e sviluppare quel confronto giurisprudenziale espressamente previsto dall'articolo 47-*quater* Ordinamento giudiziario, costruito proprio per evitare contrasti inconsapevoli e per favorire la prevedibilità della giurisprudenza. L'obiettivo deve essere la piena consapevolezza degli orientamenti giurisprudenziali dei diversi gradi e dei tempi della giustizia sia interna che esterna. Interna per consentire la conoscenza ed il confronto dei diversi orientamenti e la verifica sulla loro capacità di resistenza ai successivi gradi di giudizio. Esterna per giungere a poter offrire alla collettività per ogni tema o branca di materie quali sono i diversi orientamenti e se esiste una giurisprudenza consolidata cui fare affidamento, nonché i tempi prevedibili che sede per sede e materia per materia la giustizia può offrire. Ciò consente vere e proprie analisi di settore, che aiutano le sezioni ad orientare il proprio lavoro e danno informazioni essenziali all'esterno.

2.6. Riflessioni conclusive: verso una qualità in due tempi?

Dal punto di vista della architettura dei sistemi di giustizia e dei principi che ne informano le azioni e le decisioni la trasformazione digitale rappresenta una inedita sfida e una opportunità. Ma soprattutto ci chiede di riflettere – ancora una volta – sul rapporto che intercorre fra autonomia del giudizio del giudice e andamenti intelligibili della giurisprudenza. Dal pun-

to di vista del cittadino entrambi gli aspetti sono fondamentali e fondanti la legittimazione della funzione giudiziaria. È massimamente auspicabile che il giudice si avvalga del massimo grado di libertà possibile e di autonomia da ogni forma di indebita influenza per giudicare e dirimere una controversia. È solo così che siamo certi che indipendentemente da chi siamo, da quale posizione sociale, economica, culturale, religiosa occupiamo, da come si configura l'assetto delle prove, saremo posti dinnanzi ad un giudizio imparziale. E tuttavia saremmo molto poco favorevoli ad accettare l'idea che senza delle ragioni forti e intelligibili dinnanzi a casi simili, a simili controversie, a situazioni che si configurano come appartenenti alla stessa tipologia di procedimenti i giudizi divergano in modo evidente ed immotivato da un caso ad un altro. Se così è allora insieme alla imparzialità vorremmo la intelligibilità, la quale è ampiamente coadiuvata dalla possibilità di mettere a confronto il giudizio del caso *n* con il giudizio del caso *n+1*, essendo che *n* e *n+1* appartengono allo stesso tipo di situazione e cadono sotto la stessa normativa.

Questo ragionamento di massima va però declinato all'interno della specificità dei sistemi giuridici e giudiziari, tenendo conto di un fattore rilevante: la variabilità della normativa stessa. In ambiti in cui la revisione del quadro normativo costringe le istituzioni che sono responsabili della attuazione di questa ad una azione di aggiustamento, interpretazione e adattamento funzionale la possibilità di prevedere gli orientamenti giurisprudenziali si riduce a fronte degli ambiti o dei periodi nei quali la normativa è consolidata. Per questo si ritiene che sarebbe opportuno rilevare la qualità della giustizia resa al cittadino tenendo conto della distinzione fra tempi caratterizzati da alta varianza della normativa e tempi caratterizzati da un quadro normativo stabile. Se nel primo momento è auspicabile l'adattamento e la flessibilità, nel secondo la prevedibilità appare non solo più verosimile da ottenere, ma anche preferibile da proporre al cittadino. È una prospettiva che riflette sugli indicatori di qualità e sulla analisi integrata di sistemi giudiziari e sistemi giuridici sia in chiave diacronica sia in chiave comparata.

La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale

di *Claudio Costanzi*

La progressiva affermazione della prova scientifica nel processo penale come nuova regina *probationum* ha innescato una lenta, ma inesorabile sollecitazione delle logiche qualitative del ragionamento probabilistico, così come descritte dalla sentenza Franzese. Gli argomenti allora utilizzati per confutare gli sterili e opposti approcci quantitativi all'accertamento del nesso causale si scontrano con i recenti tentativi di applicare la matematica alla valutazione e combinazione delle prove. Dagli Stati Uniti d'America e dalla Scandinavia è giunta l'eco travolgente di raffinate teorie per l'algoritmizzazione del giudizio attraverso la quantificazione della credenza soggettiva in un'ipotesi alla luce delle risultanze istruttorie. Compito del giurista e del legislatore è analizzare tali approcci comprendendone il funzionamento, approntando i necessari strumenti per resistere al rischio di degenerazioni meccanicistiche del ricorso ai *big data*, senza rinunciare agli indubbi vantaggi che i *mathematical tools* offrono al processo. Invero, l'attuale diffusione anche su scala europea di applicazioni sperimentali del teorema di Bayes e dell'E.V.M. sta cambiando silenziosamente il ragionamento probatorio, proponendo sfide inimmaginabili fino al decennio scorso.

Premessa

Uno storico contributo di Piero Calamandrei si apriva con una laconica constatazione del giurista tedesco Wach: «tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza»[1]. Invero, il «carattere inevitabilmente probabilistico»[2] di qualsiasi giudizio abduttivo impone di ridefinire l'euristica processuale, al pari di quella scientifica e storica, come «selezione della migliore e *più verosimile* ipotesi ricostruttiva del fatto di causa»[3] alla luce di tutte le evidenze probatorie[4]. In questo contesto, il giudice è onerato

1. P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, III, 1955, p. 164, in richiamo a A. Wach, *Vorträge* über die Reichs-*Civilprocessordnung*, II ed., A. Marcus, Boan, 1896, p. 226.

2. F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 54.

3. G. Canzio, *Il giudizio di cassazione tra verità e dubbio*, in L. Zilletti - E. Rosso (a cura di), *Il giudizio di cassazione nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 36 ss.

4. Cfr. C. Zaza, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Giuffrè, 2008, p. 50. Come noto, assai raramente il processo conosce casi in cui un conseguente sia *univocamente* derivabile da un solo antecedente, sicché all'epistemologia giudiziaria viene richiesto di compiere una scelta tra le diverse ipotesi ricostruttive. Non può essere, infatti, revocato in dubbio che gli impulsi retroduttivi che innervano il giudizio «costituiscono il *supporto indispensabile*» (F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 54) per risalire dal *probans* noto al *probandum* ignoto. In particolare, il ragionamento probatorio si caratterizza piercianamente per un ben più articolato compendio di fattori inferenziali: «dall'abduzione, che consente la formulazione di nuove ipotesi, alla contestazione dialettica delle ipotesi stesse, da passaggi deduttivi ad inferenze probabilistiche, dal ricorso alle nozioni del senso comune all'uso di prove scientifiche» (M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 327 ss.). A ben guardare, infatti, la formulazione abduttiva di un'ipotesi è solo il primo degli ingranaggi del meccanismo conoscitivo, improntato alla selezione, tra tutte le possibili spiegazioni casuali, della «*inference to the best explanation*» idonea a superare la soglia del ragionevole dubbio. Sul punto, ci si limita a limitare a rinviare a H. Putnam, *Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979 e C. Pizzi, *Diritto, abduzione e prova*, Giuffrè, Milano, 2009.

dell'individuazione non solo degli strumenti probatori più idonei a «far ricomparire presente quello che è passato»[5], ma, ancor prima, di una teoria della conoscenza pienamente compatibile con le logiche del probabile entro cui si declina l'accertamento dei fatti. Si tratta di una ricerca solitaria, condotta in assenza di indicazioni precise da parte di un legislatore che ha ostracizzato quasi completamente il termine "verità" dal linguaggio normativo[6].

Il lungo percorso che la giurisprudenza ha compiuto verso lo sviluppo di una teoria della probabilità in grado di razionalizzare l'incertezza sottesa al giudizio abduttivo appare costellato di complesse questioni epistemologiche raramente attenzionate dal dibattito giuridico del nuovo secolo. L'indiscutibile pregio scientifico della probabilità logico-qualitativa, affermatasi con la sentenza n. 30328/2002, Franzese[7], ha repentinamente oscurato l'attenzione della dottrina per l'universo degli approcci quantitativi alla probabilità e al ragionevole dubbio. Purtuttavia, il proliferare di algoritmi decisori sostanzialmente fondati sull'applicazione nel processo dei *big data* per la ricostruzione dei fatti o per valutazioni prognostiche impone quantomeno di riconsiderare i termini dello scontro dialettico tra concezione qualitativa e quantitativa.

1. Probabilità ed epistemologia moderna

Assai frequentemente nelle scienze analitiche si rinviene un'accezione oggettivo-statistica della probabilità[8], rappresentata come una mera caratteristica ontologica di tutti fenomeni del mondo reale, esprimibile come semplice calcolo della *frequenza dell'accadere*. In questi termini, alla probabilità di un fenomeno o un'ipotesi è sempre possibile fornire un valore numerico, entro un intervallo 0→1, ovvero attraverso il ricorso alla formula percentuale del tipo *n*%, ove 0 (0%) descrive l'assenza di probabilità e 1 (100%) corrisponde alla certezza.

A essa si contrappone un'accezione di probabilità in senso *soggettivo*[9], tipica delle scienze sociali, che mira a razionalizzare il convincimento in termini di "gradi di credenza" di un soggetto, relativamente alla possibilità che un certo evento si sia realizzato o si realizzi[10]. In questo senso il libero convincimento del giudice, lungi dal sostanziarsi in una mera constatazione statistica, può essere ridefinito come *personal degree of belief*, o «grado di convincimento razionale», al quale è razionale ritenere vera una proporzione che asserisce un fatto incerto[11]. A differenza della concezione meramente oggettiva, una simile accezione di

5. G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità* (1950), in ID, *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 6.

6. Nemmeno la mera positivizzazione del ragionevole dubbio e l'articolo 497 cpp sembrano, a ben guardare, smentire tale radicato disinteresse. Cfr. chiaramente F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale,* in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2013, p. 609.

7. Cass., Sez. un., sentenza n. 30328/2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3643 ss.

8. Sulla probabilità oggettiva si v. A. I. Goldman, *Epistemology and Cognition*, M.I.T. Press, Cambridge-London, 1986, pp. 312 ss.; G. Shafer, *The construction of Probability Arguments,* in *B.U.L. Rev.* 1986, pp. 799 ss., nella trad. It. ID, *La costruzione degli argomenti probabilistici*, in P. Tillers - E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 275 ss. e C. R. Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, in *Ind. Law Journal*, 1982, p. 3.

9. Uno dei primi autori a parlare di probabilità "soggettiva" è Ramsey, in F.P. Ramsey, *Verità e probabilità* (1926), in ID, *I fondamenti della matematica e altri scritti di logica*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1964. Di poco successivo, e autonomo rispetto al precedente inglese, è il contributo di De Finetti, in B. De Finetti, *Sul significato soggettivo della probabilità,* in *Fundamenta Mathematicae*, XVII, 1931, pp. 298 ss. Nella stessa direzione anche L.J. Savage, *The Fundations of Statistics*, John Wiley & Sons, New York, 1954, che però suggerisce l'abbandono dell'ambigua formula "probabilità soggettiva", in favore di una "probabilità personale", per altro già chiaramente espressa nella precedente formulazione come *personal degree of belief*.

10. Sulla sostanziale equiparabilità sotto il profilo della accezione soggettiva e della stima della probabilità in termini di previsione di eventi futuri o abduzione di eventi passati, v. R. Eggleston, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 10 ss. e pp. 315 ss. Si rinvia a quanto si dirà nel paragrafo conclusivo del presente contributo circa l'algoritmo prognostico *Compas*. Sulla necessità di distinguere la struttura del ragionamento abduttivo da quello deduttivo previsionale, si rinvia a F. Caprioli, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. Pavarini - L. Stortoni (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bononia University Press, Bologna, 2013, pp. 21 ss, nel quale si legge che «non si tratta di ricostruire un comportamento umano appartenente al passato ma di prevedere un comportamento umano futuro. Il giudice dunque non ragiona abduttivamente, come fa quando è chiamato a stabilire se l'imputato è innocente o colpevole: non formula ipotesi sulla base delle evidenze a sua disposizione per poi scegliere l'ipotesi migliore, non cerca spiegazioni di fatti del presente (le prove) in fatti del passato. Come ogni ragionamento prognostico, la valutazione di pericolosità sociale ha natura deduttiva: muove dall'antecedente al conseguente, dalla causa all'effetto e non viceversa». *Contra* M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile,* Il Mulino, Bologna, 2001, p. 334.

11. Trattandosi di un dato difficilmente *quantificabile* è stato suggerito il ricorso alla cd. "propensione a scommettere" della teoria dei giochi, più avvezzi a gestire gradi soggettivi di convincimento e di valutazione. In questo senso F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 56. Cfr. anche M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 1992, p. 179, il quale nota come il coinvolgimento della teoria dei giochi e delle scommesse

probabilità coniuga il grado soggettivo di adesione a una ipotesi al grado di attendibilità che quest'ultimo acquisisce «in base alla frequenza relativa degli eventi della classe in cui rientra il fatto da accertare»[12].

Abbandonato l'arido alveo della concezione meramente oggettiva, l'epistemologia giudiziaria si è mossa, inevitabilmente, nel solco della concezione soggettiva della probabilità.

Ciò posto, sarebbe eccessivamente semplicistico ritenere che l'accezione soggettiva non sia in nessun caso esprimibile come valore numerico compreso entro l'intervallo 0→1. La quantificazione di credenze, per quanto razionali, appare sin da subito un'attività oscura e approssimativa. Eppure, a partire dal tentativo di esprimere la probabilità di una ipotesi come *personal degree of belief*, irrorata di libero convincimento di un giudicante, si è sviluppata la dialettica contrapposizione tra concezione *qualitativa* e concezione *quantitativa* della probabilità, di cui si dirà ampiamente *infra*.

Preliminarmente, tra le molteplici teorie della probabilità[13], la concezione *quantitativa* (o pascaliana[14]) si contraddistingue per il tentativo di offrire la *misura* dell'incertezza nella conoscenza *personale* «di un fenomeno del quale non si possa predicare né la falsità (o inesistenza) né la verità assoluta (o esistenza)»[15], onde consentire l'individuazione della *best inference* attraverso il riscorso a leggi universali o statistiche solo se dotate di un coefficiente probabilistico prossimo al 100%. Per potersi dire sufficientemente provato il nesso di causalità, occorrerebbe la «"pratica certezza" o "pratica verità"»[16], raggiungibile, in ottica quantitativa, solo facendo ricorso a leggi statistiche di copertura quasi universale.

Sulla scorta di tali considerazioni, nel «regno del ragionamento "incerto"»[17], quale quello delle cause in tema di colpa medica omissiva, un orientamento della Quarta sezione della Suprema corte ha ritenuto sufficiente fondare il ragionamento probatorio su mere stime probabilistiche a carattere quantitativo, idonee a fornire il dato della frequenza di un certo fenomeno e, nel complesso, dell'ipotesi accusatoria alla luce delle prove acquisite[18].

Un secondo orientamento, più risalente e maggioritario, ha ritenuto sufficiente ai fini della giustificazione di una pronuncia di colpevolezza un'«"apprezzabile probabilità", anche piccola»[19] di sussistenza del nesso causale[20]. Si tratta, in estrema sintesi, di un'applicazione della teoria dell'aumento del rischio, per la quale sussiste il nesso causale oltre ogni ragio-

---

complica estremamente il modello matematico quantitativo, senza fornire per altro alcuna spiegazione soddisfacente sulla modalità di formazione della credenza. In forte critica si esprimono G. Shafer, *La costruzione degli argomenti probabilistici*, cit., pp. 282 ss. e L. Brilmayer, *Prove del secondo ordine e logica bayesiana* (1986), trad. it., in P. Tillers - E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., pp. 221 ss.

12. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 169.

13. Cfr., per un cenno, per esempio J. Cohen - I. Christensen, *Information and Choice*, Oliver and Boyd, Edimburgo, 1970. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 168, richiamando D. H. Kaye, *Introduzione: che cos'è il bayesianesimo?*, in P. Tillers - E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., p. 5, ricorda che ne sono state calcolate fino a sette, senza per altro che si possa dire completo l'elenco.

14. Così battezzata da Cohen in richiamo a Pascal, cui va il merito di aver superato le ambizioni di certezza della gnoseologia, in favore di una probabilità semplice, intuitiva. Per una ricostruzione della concezione pascaliana, in contrapposizione con quella baconiana, v. G. Licci, *La metafora della casualità giuridica*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 91 ss.

15. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 168.

16. F. Stella, *Giustizia e Modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 361 ss. Per altro, è proprio sulla sua elaborazione in ambito giudico del *paradigma nomologico-deduttivo* che un simile orientamento si basa, volgendolo in termini probabilistici sì alti da poter essere paragonati alle leggi universali. Infatti «è possibile enunciare delle conclusioni che sono "quasi certe" o "quasi vere" se le leggi statistiche, impiegate nelle premesse, sono "quasi universali", perché provviste di un coefficiente percentualistico vicinissimo al 100% dei casi» (*Ibidem*, 361).

17. C. Piergallini, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in M. Bargis - F. Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 384.

18. *Ex multis*, si segnala Cass., Sez. IV, sent. n. 1652/2002, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2002, pp. 737 ss., con nota di F. D'Alessandro, *La certezza del nesso causale: la lezione 'antica' di Carrara e la lezione 'moderna' della Corte di cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*.

19. F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese,* in *Criminalia*, 2012, p. 332.

20. In questa direzione, per esempio, Cass., Sez. IV, sent. n. 4320/1983, in *Foro it.*, 1986, II, pp. 351 ss. ove si afferma che «quando è in gioco la vita umana anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria colpevole del sanitario che ha visitato il paziente» (Rv. 158947). Similmente si v. anche Cass., Sez. IV, sent. n. 7118/1989, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 1278 ss. e Cass., Sez. IV, sent. n. 1846/1991, in *Foro it.*, 1992, pp. 363 ss. Ancor più netto è il distacco dalla concezione quantitativa che si riscontra in Cass., Sez. IV, sent. n. 360/1993, inedita, ove si legge che «sussiste responsabilità del medico che colposamente ometta un intervento chirurgico necessario, quando anche

nevole dubbio ove sia possibile «prognosticare una *tendenziale* propensione dell'antecedente a generare l'evento» e ciò costituisca la *best inference* sorretta da leggi scientifiche[21].

Come noto, con una «felice sintesi dialettica», la sentenza Franzese ha sublimato con originalità tale contrapposizione, riuscendo a "calare" l'accertamento del nesso causale «all'interno delle più accreditate teorie della conoscenza»[22]. Per quanto qui di interesse, ci si limita a osservare che la pronuncia rigetta tanto gli orientamenti che tendono a valorizzare con un'aberrazione rigorista la benché minima probabilità del nesso eziologico, quanto di quelli che costringono la soglia del dubbio ragionevole «nelle morse di un paradigma numerico quantitativo»[23]. In sostanza, se ne deriva la possibilità che il giudice ritenga inesistente il nesso causale *anche se* la legge scientifica applicabile sia in grado di offrirne una probabilità vicina alla certezza, ove la *probabilità logica* non sia integrata per la sussistenza nel caso concreto di un ragionevole dubbio. Parimenti, potrebbe ritenere sussistente la probabilità logica anche quando operi una legge scientifica "a bassa predittività", purché risulti da altre risultanze, oltre ogni ragionevole dubbio, che il nesso causale sussista e che sia stata proprio quella legge a operare nel caso di specie, procedendo a escludere con certezza "processuale" (è il cosiddetto *procedimento per esclusione*) che l'evento sia cagionato da altri fattori. Soprattutto, si esclude qualsiasi possibilità di «dedurre automaticamente e proporzionalmente dal coefficiente di probabilità statistica, espresso dalla legge [scientifica], la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del nesso causale»[24], comportando il definitivo abbandono del canone nomologico-deduttivo. Si tratta, in buona sostanza, dello statuto qualitativo o baconiano della probabilità nel processo, non limitato al solo accertamento del nesso causale.

L'inesorabile affermazione della probabilità *qualitativa* nell'epistemologia giudiziaria moderna non ha distolto molti interpreti di *common law* dall'irresistibile aspirazione di trasporre le logiche matematiche al procedimento di valutazione dei fatti per il superamento "meccanico" della soglia del ragionevole dubbio, insistendo nello spregiudicato obiettivo di fissare la soglia del ragionevole dubbio entro l'intorno 0→1[25]. Obiettivo dichiarato è l'individuazione di supporti idonei a quantificare il valore probatorio delle risultanze ("*wheight of evidence*") e ridurre l'incidenza delle anamorfosi *emotiva* nel giudizio[26], constatando la pessima capacità naturale di calcolo della probabilità di soggetti non dotati di specifiche competenze[27].

Invero, l'idea che la probabilità matematica trovi applicazione al diritto delle prove non è certo nuova,

---

esso non sia tale da garantire in termini di certezza la sopravvivenza del paziente, se vi sia una limitata, purché apprezzabile, probabilità di successo, indipendentemente da una determinazione matematica percentuale di questa» (Rv. 201554).
Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a F. D'Alessandro *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 332, nota 2.

21. Cfr. C. Piergallini, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, cit., p. 388. Per una ricostruzione del dibattito giurisprudenziale in tema di logiche probabilistiche e nesso causale v. L. Masera, *La malattia professionale e il diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo online*, 10 novembre 2011, pp. 4 ss.

22. F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 333.

23. C. Piergallini, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, cit., p. 390.

24. Cass., Sez. un., sentenza n. 30328/2002, Franzese, cit. Sul punto, significativo è il monito di Canzio, estensore della sentenza, per il quale «a nessuno, neppure al giudice penale, è consentito dedurre fatti da norme» (così in G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 1978). Cioè, quale che sia il coefficiente percentualistico della legge scientifica, quest'ultima da sola non basta, occorrendo piuttosto ciò che D'Alessandro efficacemente chiama la «prova della concretizzazione della generalizzazione nel caso di specie» (F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 340).

25. Tra i primi, si v. M. O. Finkelstein - W. B. Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in *Harv. L. Rev.*, 1970, 489 ss.; C. Nesson, *Reasonable doubt and Permissive Inference: the Value of Complexity*, in *Harv. L. Rev.*, 1979, 1187 ss.; D. Shaviro, *Statistical Probability Evidence and the Appearance of Justice*, in *ibidem*, 1989, pp. 530 ss.; R. O. Lempert, *Statistics in the Courtroom*, in *Columbia L. Rev.*, 1985, pp. 1098 ss.; D. Kaye, *Quantifying Probative Value*, in *B.U.L. Rev.*, 1985, p. 761; G. Shafer, *The construction of Probability Arguments*, in *ibidem*, 1986, pp. 799 ss.; D. A. Nance, *A comment on the Supposed Paradoxes of a Mathematical Interpretation of the Logic of Trials*, in *ibidem*, 1986, p. 947 e L. J. Cohen, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

26. Su cui, recentemente, A. Forza - R. Rumiati - G. Menegon, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna, 2017.

27. Cfr., su tutti, l'analisi sociologica di R.E. Nisbett - L. Ross, *L'inferenza umana. Strategie e lacune del giudizio sociale* (1980), Il Mulino, Bologna, 1989, spec. pp. 39 ss., pp. 67 ss., pp. 108 ss., pp. 123 ss., pp. 159 ss., ma anche R. Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 18 e pp. 53 ss., nonché J. Cohen - I. Christensen, *Information and Choice*, Oliver & Boyd, Edimburgo, 1970, pp. 88 ss. Nel *test* riportato in W.B. Fairley, *Probabilistic Analysis of Identification Evidence*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, pp. 494 ss. a una serie di soggetti privi di competenze statistiche viene richiesto di calcolare le probabi-

se si considera il contributo eclettico di Leibniz, autore della prima proposta organica di riduzione dell'enigma abduttivo del processo in rigorosi termini matematici[28]. Tuttavia, tale intuizione non venne recepita in ambito giuridico e rimase a lungo appannaggio esclusivo di logici e matematici[29].

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso la dottrina giuridica americana, prima fra tutte, ha iniziato ad attenzionare le proposte di matematizzare l'inferenza giudiziaria, inizialmente attraverso il solo metodo bayesiano. L'obiettivo dichiarato è l'individuazione regole certe per la formazione del *personal degree of belief* che, senza trasformare l'induzione in una «deduzione mascherata»[30], consentano di elaborare un modello di probabilità in grado di rendere *ripetibile* l'*iter* decisorio, contraendo i margini di discrezionalità del giudizio.

Per quanto queste teorie, trasposte in ambito giudiziario, non abbiano ancora ingenerato i risultati sperati, esse mantengono tutt'oggi potenzialità innegabili in termini di razionalizzazione del giudizio. In realtà, sottende tanto alla concezione pascaliana quanto a quella baconiana l'elaborazione di un modello processuale *lato sensu* scientifico per la valutazione delle prove indiziarie, al di là dell'utilizzo o meno dei "*mathematical tools*"[31]. Ciò che la quantificazione dell'incertezza offre in astratto è solo la possibilità di sviluppare strumenti in grado di coadiuvare il giudicante nell'individuazione della *best inference*, specie in una realtà processuale come l'attuale, «impetuosamente investit[a] di dati statistici e valutazioni a carattere probabilistico»[32].

Ci si limita a constatare che il radicato atteggiamento di rigetto aprioristico che ha generalmente accolto le proposte di matematizzazione del giudizio attraverso il ricorso ai *big data* rischia, al contrario, di abbassare tutte le difese immunitarie che la concezione logica ha eretto nei confronti di una nozione quantitativa di probabilità assai meno raffinata di quella odierna. Infatti, non tutte le teorie quantitative operano allo stesso modo e gli argomenti posti alla base della loro confutazione devono, quantomeno, essere integrati per consentire alla stessa concezione logico-qualitativa della probabilità di guidare l'inesorabile trasformazione meccanicista del ragionamento probatorio.

2. Il Teorema di Bayes: la gestione algoritmica della complessità

Tra tutti i tentativi di trasposizione delle logiche matematiche al ragionamento probatorio per la fissazione numerica della probabilità di un'ipotesi casuale, il *teorema di Bayes*[33] è senza dubbio il più noto.

---

lità che su 12 gettoni ne venissero estratti almeno 7 verdi dall'urna contenente gettoni al 70% verdi. Dall'esperimento è emersa una vera e propria tendenza a sottostimare, a fronte di una probabilità matematica corretta pari al 97,7%, riscontrandosi percentuali medie tra il 60% e l'80%.

28. Cfr. G.W. Leibniz, *Elementi di diritto perpetuo* (1695), in Id, *Scritti politici e di diritto naturale*, Utet, Torino, 1965. *Ibidem*, p. 191 si legge quello che potrebbe essere considerato il manifesto fondativo della matematica del processo: «vi è chi nega che il diritto sia una scienza perché non concerne le cose necessarie, ma il "per lo più", mentre la scienza non si ha che delle cose eterne. Io ritengo che anche i fondamenti del diritto siano eterni, e che anche delle cose che accadono *per lo più* possa darsi una scienza di eterna verità, quando si venga a conoscere il fondamento di probabilità e il grado di probabilità stessa: come vediamo nelle dimostrazioni che i matematici fanno sul rischio».
Per una pregevole presentazione del contributo di Leibniz si v. I. Hacking, *L'emergenza della probabilità. Ricerca filosofica sulle origini delle idee di probabilità, induzione e inferenza statistica*, il Saggiatore, Milano, 1987, p. 22, pp. 101 ss., P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 123 ss., nonché Id, *Strumenti matematici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cass. Pen.*, 2007, pp. 326 ss.

29. Si v. per esempio P.S. De Laplace, *Saggio filosofico sulle probabilità* (1814), in Id, *Opere*, Utet, Torino, 1967, pp. 341 ss. Cfr. A. Mura, *Introduzione. Per un bayesianesimo critico*, in P. Tillers - E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., XII.

30. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1991, p. 111.

31. Cfr. E.M. Catalano, *Prova indiziaria, probablistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 517 ss.

32. L. Luparìa, *Trial by probabilities. Qualche annotazione "eretica"*, in M. Cucci - G. Gennari - A. Gentilomo (a cura di), *L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Maggioli Editore, Rimini, 2012, p. 95. Esigenza, questa, che non può non essere considerata dalla concezione qualitativa, nella quale il ricorso alla prova statistica, come si vedrà, si mantiene come utilissimo strumento *indirettamente* euristico (si v. C. Brusco, *Il rapporto di causalità: prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 134 ss.).

33. Il Teorema di Bayes reca il nome del teologo e matematico inglese Thomas Bayes, al quale si deve il primo tentativo di far uso induttivo della probabilità, come riportato in un suo articolo postumo: T. Bayes, *Saggio sulla soluzione di un problema della dottrina delle chances* (1763), trad. it., in P. Garbolino (a cura di), *Sulla probabilità*, Librit, Ferrara, 1994. Sulla incidenza della concezione soggettiva della probabilità sulla scuola bayesiana, si v. H.E. Kyburg, *Probability theory*, Prentice Hall, New York, 1969.
Sembra utile riportare anche la definizione offerta in P. Cherubini, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in L. De Cataldo Neuburger (a

La regola di Bayes si presenta come strumento di calcolo del grado di credenza personale formulato in termini probabili in una spiegazione causale di un evento (*H*), alla luce di un determinato dato probatorio (*E*). In altri termini, attraverso il teorema di Bayes, nella sua formulazione più semplice, è possibile valutare l'incidenza di un dato probatorio *E* sul *personal degree of belief* di un giudicante in ordine ad una determinata ipotesi ricostruttiva *H*.

Per comprendere l'operatività del teorema di Bayes si può prendere ad esempio una realtà giudiziaria estremamente stilizzata[34]. Sia *G* il soggetto giudicante, il quale *crede* che l'ipotesi accusatoria *H* («Tizio ha ucciso Caio con un coltello») sia vera, sulla base di un determinato numero di risultanze probatorie *E1,2,n*. Utilizziamo l'intervallo 0→1 per indicare gli estremi entro i quali graduare questa credenza, dove 0 corrisponde alla totale mancanza di fiducia nell'ipotesi *H*, e 1 all'irraggiungibile certezza della sua verità. L'abduzione di *H* è seguita piercianamente dalla deduzione di tutte le possibili conseguenze di *H*, da ricercare sulla scena del delitto. Sicché, dato per vero che Tizio abbia ucciso Caio con un coltello, si *deduce* che Tizio potrebbe aver lasciato con un'*elevata probabilità* le sue impronte digitali sull'arma del delitto. Sia *E1* la prova da cui emerge la presenza delle impronte digitali di Tizio sull'arma del delitto, così come accertato in sede di istruttoria. Ci si chieda con quale probabilità soggettiva ci si aspetterebbe di osservare *E1*, data *H* per *vera*, e, successivamente, con quale probabilità ci si aspetterebbe di osservare *E1* data *H* per *falsa* (¬*H*, da leggersi '*non H*'). Se il grado di probabilità soggettiva di osservare *E1* data *H* per vera è pressoché identico a quello riscontrabile in caso di verità di ¬*H*, allora *E1* è *irrilevante* ai fini della decisione. Invero, è riconosciuto valore pienamente probatorio a un'evidenza *E1* solo quando essa riesca ad avvalorare *H*, indebolendo ¬*H*, o viceversa. Se la *probabilità statistica* di osservare *E1* in caso di verità dell'ipotesi di accusa *H* [più semplicemente: *P(E1|H)*] è superiore rispetto alla *probabilità statistica* di osservarla in caso di ¬*H* [cioè *P(E1|¬H)*], allora *E1* avvalora l'ipotesi accusatoria.

Seguendo il ragionamento bayesiano, si ha una maggiore credenza in *H* sulla base della singola prova E1 soltanto se *P(E1|H)* >*P(E1|¬H)* [35], ovverosia:

$$\frac{P\frac{E}{H}}{P\frac{E}{\neg H}} > 1$$

Il rapporto tra *P(E|H)* e *P(E|¬H)* indica, in sostanza, il grado di verosimiglianza di *H* rispetto ad *E*, anche noto come "*quoziente di verosimiglianza*" di *H*[36] o "*rapporto di Bayes*"[37]. La verosimiglianza dell'ipotesi accusatoria appare, pertanto, direttamente proporzionale al rapporto di Bayes, che diviene indice su cui fondare e quantificare la credenza in un'ipotesi alla luce di una prova. Al crescere del quoziente di verosimiglianza, cresce la probabilità di *H*, ove il valore pari ad 1 costituisce la soglia superata la quale l'ipotesi accusatoria *H* è più probabile del suo contrario ¬*H*. Ancora, nel caso di prova irrilevante, il coefficiente all'esito del rapporto risulta pari a 1 per l'equiprobabilità di *P(E|H)* e *P(E|¬*H)[38], mentre un'evidenza che non sia statisticamente conforme a *H*, genera un coefficiente minore di 1 suffragando ¬*H*, essendo il numeratore inferiore al denominatore[39]. Adottando

cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 251, ove si legge che il teorema di Bayes si può designare come «funzione logico-probabilistica che descrive la procedura corretta per revisionare la fiducia verso un'ipotesi alla luce di un insieme di prove».

34. Si riprendono e si rielaborano i diversi esempi di Mura, riportati in A. Mura, *Introduzione. Per un bayesianesimo critico*, cit., XV ss. e Id, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in G. Ubertis (a cura di), *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1809.

35. In F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 57, nota 25 si riporta un esempio ricorrente nella dottrina sul tema. L'ipotesi che il testimone abbia deposto a sfavore di Caio «*perché Caio ha effettivamente ucciso Sempronio*» risulta più probabile rispetto all'evenienza di una falsa testimonianza. In tal caso il quoziente di verosimiglianza della testimonianza è maggiore di 1.

36. Così P. Garbolino, *Introduzione*, in P. Gärdenfors - B. Hansson - N. E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, Giuffrè, Milano, 1997, XV.

37. Cfr. A. Mura, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, cit., p. 1812.

38. In particolare, una prova si mostra *logically relevant* solo ove il quoziente sia diverso da 1, rispecchiando pienamente il dettato della *Rule 401* della *Federal Rule of Evidence* statunitense, per la quale «*evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be whithout the evidence*».

39. Cfr. P. Garbolino, *Introduzione*, cit., XIV; R. Eggleston, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, cit., p. 15 e A. Mura, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, cit., pp. 1810 ss.

gli schemi propri della proporzionalità inversa[40], il teorema di Bayes, che nell'individuazione del quoziente di verosimiglianza ha il suo fulcro, si rappresenta in questi termini:

$$P(H|E) = \frac{P(E|H) \cdot P(H)}{P(E|\neg H)}.$$

Ovviamente, trattandosi di un contesto rigorosamente statistico, è necessario fissare sin dal principio la "regola dell'implementazione" tra ipotesi accusatoria e suo contrario, tale che:

$$P\frac{E}{H} + P\frac{E}{\neg H} = 1, \text{ ovvero } P\frac{E}{H} = 1 - P\frac{E}{\neg H}$$

In altre parole, se la probabilità di osservazione di *E1* data *H* è pari a 0.8 nella scala 0→1, la corrispettiva probabilità di osservare *E1* in caso di non colpevolezza dell'imputato (¬*H*) deve necessariamente ragguagliare il restante 0.2. In tale ipotesi, il quoziente di verosimiglianza risulta di molto superiore a 1, in particolare pari a 4, denotando un grado di verosimiglianza di *H* rispetto ad *E* molto più elevato di quello di ¬*H*.

Anche limitandosi a tale livello di astrazione, il teorema di Bayes si presenta come *heuristic device* per il giudizio oggettivo sull'ammissibilità di una prova in relazione alla sua rilevanza[41].

Trasponendo il calcolo del quoziente di verosimiglianza nel contesto dinamico dell'istruttoria, caratterizzata, di norma, da un compendio probatorio articolato (*E1,2,n*) il teorema di Bayes offre più chiaramente le sue potenzialità. Assai raramente, infatti, il grado di credenza razionale rimane immutato nel corso dell'istruttoria. Ciò a cui si assiste è, al contrario, la modifica del grado di credenza di *H*, o in termini di incremento o di decremento, potendosi definire il ragionamento probatorio come «*determinazione razionale progressiva*» della probabilità dell'ipotesi accusatoria, continuamente *ricalcolata*[42] al crescere della complessità del quadro probatorio[43]. L'approccio iterativo al teorema di Bayes consiste nel ripetere il calcolo del peso di *P(H)* rispetto alle risultanze di volta in volte acquisite. Date *n* prove, è possibile applicare il teorema di Bayes a ciascuna di esse, al fine di ottenere un quoziente probabilistico *P(H|E1,2,n)*, sempre entro una scala 0→1, in cui *P(En/H)* = 1 - *P(En/¬H)*.

In un approccio iterativo, la formula di Bayes si potrebbe rappresentare attraverso un'espressione semplificata del tipo:

$$P(H|E_1, E_2, E_n) = \left\{ \frac{P(H)\left[\frac{P\left(\frac{E_1}{H}\right)}{P\left(\frac{E_1}{\neg H}\right)} + \frac{P\left(\frac{E_2}{H}\right)}{P\left(\frac{E_2}{\neg H}\right)}\right] + P(H)\left[\frac{P\left(\frac{E_n}{H}\right)}{P\left(\frac{E_n}{\neg H}\right)}\right]}{1, 2, n} \right\} \cdot 100$$

resa in forma percentuale, a partire da una media di quozienti di verosimiglianza corrispondenti a ogni *P(En|H)*[44]. Ovviamente, non osta all'applicazione iterativa la constatazione che, almeno astrattamente, «il numero delle prove adducibili a sostegno di un'ipotesi *H* (o dell'ipotesi contraria) è – come è – teoricamente infinito»[45], garantendo questa espressione un risultato sempre ricompreso in 0→1.

---

40. Cfr. M. Black, *Induction and Probability*, Macmillan Publishing Company Inc, New York, 1984, pp. 117 ss.

41. Così R.O. Lempert, *Modeling Relevance*, in *Mich. L. Rev.*, 1977, p. 1031.

42. Sulla necessità di parlare di *ricalcolo* e non di *correzione* di precedenti errori si rinvia a B. De Finetti, *Teoria delle probabilità*, Einaudi, Torino, 1970, pp. 244 s.

43. Cfr., *ex multis*, anche L.H. Tribe, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, trad. it., in F. Stella (a cura di), *I saperi del giudice. La casualità e il ragionevole dubbio*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*, spec. pp. 206 ss.; M. Cohen - E. Nagel, *An introduction to Logic and Scientific Method*, Brace & World Inc., New York, 1934; C. Scandelari, *Sulle argomentazioni probabilistiche in clinica*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della discussione del caso*, Cedam, Padova, 2000, pp. 84 s.

44. In A. Mura, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, cit., 1813 si precisa che risulta totalmente equivalente applicare la formula sequenziale con *n* prove di volta in volta aggiunte, ovvero utilizzare la formula "statica":

$$P(H|E_n) = P(H)\frac{P\left(\frac{E_n}{H}\right)}{P\left(\frac{E_n}{\neg H}\right)}$$

coinvolgendo in essa tutti i valori $P(H|E_n)$ in una sola soluzione. Per altro la formula iterativa ivi offerta, si discosta dalla presente, oltre che per l'uso di varianti equivalenti (*ibidem*, 1811), per l'espressione non in termini percentuali, ma in scala unitaria 0→1.

45. F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 58. È chiaro che l'utilizzo di una scala 0→1 non consenta di sforare la soglia limite, corrispondente al grado pieno di convinzione (vale a dire il 100%) della fondatezza dell'accusa *H* da parte di *G*. Un numero molto elevato di prove, anche nel caso di forte discordanza, andranno a stabilizzare il quoziente complessivo, non certo ad aumentare *ex se* la soglia di convincimento. Si prenda ad esempio il caso in cui si disponga di 10 prove (*E*), cui, per nove di esse, $P(H|E_{1\to,9})$ si attesta costantemente al 90%. Ove anche l'ultima evenienza desse come rapporto di Bayes una cifra percentuale pari al 90%, la soglia complessiva (iterativa) rimarrebbe al 90%, rendendo però al tempo stesso statisticamente più attendibile il dato.

Anche se il teorema di Bayes non nasce come una dottrina delle prove, rimanendo un metodo di calcolo di *P(H)* a partire dalla frequenza dell'evento ipotizzato in quella data classe, in ambito giuridico riscontra un fascino peculiare. Nondimeno, la trasposizione in ambito giudiziario di un simile teorema rende necessario ridefinire in termini quantitativi tutti i fattori coinvolti nel ragionamento probatorio, non essendo immaginabile il ricorso al linguaggio matematico senza valori numerici spendibili. Sicché, essendo richiesto che l'accertamento della responsabilità penale superi la soglia del dubbio ragionevole, i neobayesiani si sono trovati a dover quantificare non solo il canone della *preponderance of evidence* del processo civile, ma anche il ben più ambiguo canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*.

Nello specifico contesto processualpenalistico, l'applicazione di un modello bayesiano consente di verificare se la «probabilità personale che la versione dell'accusa [*Ha*] sia vera in quanto opposta alla versione della difesa [*Hd*]»[46], ma impone, al contempo, la verifica del superamento della soglia critica di probabilità *P** (il dubbio ragionevole)[47]. Il giudizio può, quindi, concludersi con una condanna allorquando , ove però è richiesto che .

Pertanto, quand'anche si dovesse giungere a una probabilità intermedia del tipo , il mancato raggiungimento della soglia critica non consente di esprimere un giudizio esente da dubbi in grado di intaccare ragionevolmente il grado di credenza soggettiva raggiunta, imponendo *ex* articolo 530, comma 2, cpp un'assoluzione. Il dato probatorio complessivo *E*, pur non mancando e anzi risultando idoneo a suffragare maggiormente una tesi rispetto all'altra, non consente il superamento della soglia che questa concezione colloca rigidamente in «qualche numero vicino a 1»[48]. Più in generale, rimanendo entro un ambito quantitativo di probabilità, si è affermato che il dubbio è irragionevole quando la probabilità dell'ipotesi accusatoria «sulla base delle premesse disponibili, disti da uno solo per un intervallo trascurabile»[49].

Il bayanesimo giuridico, che si presenta come «una teoria non solo "vera" ma in grado di risolvere pressoché tutti i problemi di valutazione delle prove»[50], dà adito, in realtà, a numerose obiezioni. A scanso di equivoci, va anticipato che nessuna di esse, per quanto persuasive, ha radicalmente impedito la proliferazione di applicazioni strumentali delle teorie matematiche di impianto bayesiano al processo.

3. *(segue)* Critiche all'approccio bayesiano

Prendendo le mosse da quanto poc'anzi detto, il calcolo quantitativo del quoziente di verosimiglianza ha consentito di approcciarsi anche al tema del ragionevole dubbio da una prospettiva nuova, spudoratamente meccanicista, attraverso la quantificazione più o meno arbitraria della soglia oltre la quale un dubbio sulla verità dell'ipotesi accusatoria *H* cesserebbe di essere ragionevole. Anche la giurisprudenza italiana degli anni Novanta ha peccato della stessa *hybris*, fissando tale soglia in un valore limite tendente a 1, sostanzialmente pari quindi al 99% o, ancora, al 99,999%. Tuttavia, ci si limita a segnalare che l'identificazione numerica della soglia critica non sembra alla portata dell'ermeneutica matematica, tanto più che in sé, come ricorda Tribe, l'esistenza di una soglia che consenta al giudice di condannare l'imputato pur sapendo che esiste un certo margine di probabilità della sua innocenza è un costo della precisione «intimamente immorale»[51]. Sebbene la quantificazione di tale soglia non appaia ostativa al funzionamento

46. D.H. Kaye, *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio?*, in P. Tillers - E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., p. 204.

47. Chiaramente, a seconda che la soglia critica sia inclusa entro il margine di dubbio ragionevole o meno si avrà una probabilità soggettiva P richiesta almeno pari o superiore (≥) a P* ovvero esclusivamente superiore (>) a P*.

48. *Ibidem*.

49. L.J. Cohen, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in P. Tillers - E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., p. 173.

50. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 170, ove non si condivide pienamente tale entusiasmo.

51. L.H. Tribe, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, cit., p. 233. Ivi (ma similmente anche *ibidem*, pp. 385 ss.) si legge che, anche fissando una soglia apparentemente molto alta di probabilità richiesta ai di superare il ragionevole dubbio come il 95%, si lascia comunque un margine di dubbio misurabile nel 5% (0,05 nella scala 0→1). Ebbene, Tribe sostiene che «ci sia qualcosa di intimamente immorale nel condannare un uomo definendolo un criminale, dicendo a se stessi "credo che ci sia la probabilità di uno a venti che questo accusato sia innocente, ma sono disposto a correre il rischio di 1/20 di sacrificarlo erroneamente, nell'interesse della sicurezza pubblica e mia personale"». Forse, più propriamente, Tribe giudica "immorale" fissare una soglia una volta per tutte di dubbio ragionevole, che significa ammettere una certa soglia di rischio di condannare un innocente. È sicuramente un argomento persuasivo, generalmente condivisibile, ma non valido per ritenere *a contrario* moralmente corretta la concezione qualitativa, che tra i tanti pregi, non può certo vantare un superamento totale di questo rischio.

del teorema, è del tutto evidente che l'impossibilità di fissare un valore numerico oltre il quale la probabilità di una ipotesi possa dirsi ragionevolmente vera oltre ogni dubbio svuoterebbe di rilevanza il teorema di Bayes, relegandolo a strumento di *integrazione* del ragionamento probatorio, diversamente da come originariamente ipotizzato.

Peraltro, ragionando sempre sul ragionevole dubbio circa la verità di un'ipotesi H alla luce delle evidenze probatorie, non si può non constatare che il teorema di Bayes mostra una sostanziale indifferenza alla completezza del compendio probatorio, di cui il quoziente di verosimiglianza non reca alcuna traccia[52]. Anche volendo trasporre le logiche pascaliane alla valutazione delle prove acquisite a dibattimento attraverso la declinazione bayesiana delle inferenze causali, «non si può fare a meno di usare, implicitamente o esplicitamente, una valutazione della completezza dei fatti posti all'attenzione della Corte»[53]. È evidente che un quoziente di verosimiglianza ottenuto all'esito di un'istruttoria completa non si differenzia *ex se* da quello ottenuto combinando dati probatori scarni e lacunosi. Il che non può non influenzare anche la valutazione sulla persistenza o meno di un ragionevole dubbio. Eppure, sembra innegabile che tra i due quozienti solo il primo presenta un grado di affidabilità tale da giustificare una qualsiasi statuizione, pur non essendo il teorema di Bayes in grado di coglierlo. Un teorema che non ingloba il dato sulla pienezza cognitiva né distingue tra probabilità *assoluta* e *subordinata*[54] nella peculiarità del sistema processuale penale fornisce esiti *ex se* indistinguibili sia in caso di quadro probatorio sufficientemente completo sia in caso di grave *deficit* probatorio. Constatazione questa forse già sufficiente a escludere che quella bayesiana sia «una buona teoria dell'accertamento giudiziale dei fatti»[55].

A questa, come ad altre obiezioni, il neobayanesimo giuridico ha tentato di resistere attraverso l'inserimento di un dato relativo alle lacune probatorie nel teorema di Bayes[56]. La probabilità di Ha, risultante dalla totalità delle prove acquisite E, andrà integrata con «un apposito elemento di correzione (L) corrispondete alle lacune che il quadro probatorio E»[57] mostra rispetto alla completezza ipotetica del quadro probatorio. Sia Fa «l'insieme delle prove che ci si può aspettare [*deduttivamente*] di sentire a sostegno di H (nell'ipotesi che H sia ciò che è accaduto)»[58] e Fd il corrispondente per la $\neg H$. In un modello di giudizio che percepisca l'esigenza di completezza o, quantomeno, sufficienza del dato probatorio, si dovrebbe confrontare il dato emerso Ea con quello general-deduttivo Fa, ricavato piercianamente dall'ipotesi inizialmente abdotta, al fine di calibrare meglio e più consapevolmente il grado di probabilità di Ha. Si consideri ora L come l'insieme delle lacune probatorie ($L = LaLd$), tale che ($L + E$) dà conto dell'intero compendio probatorio osservato e *osservabile*. Aggiornando così il teorema di Bayes si ha un più affidabile sistema di valutazione delle prove ai fini di una condanna, esprimibile in questi termini:

$$\begin{cases} P[H|(E \cap L)] = 1 - P[\neg H|(E \cap L)] \\ P[H|(E \cap L)] \geq P[\neg H|(E \cap L)] \\ P[H|(E \cap L)] \geq P^{*}. \end{cases}$$

52. Cfr. F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 59.

53. L.J. Cohen, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, cit., p. 177.

54. Come si legge *ibidem*, 173, «il criterio di prova richiede [...] un elevato grado di probabilità *assoluta*, piuttosto che un elevato livello di probabilità *subordinata*», ove la prima corrisponde fondamentalmente all'esito della valutazione di un dato probatorio non carente, e la seconda risulta, pur in coerenza con gli assiomi probabilistici, scarsamente affidabile. Si tratta di una differenza fondamentale, dalle evidenti implicazioni sotto il profilo epistemico e dell'obbligo di motivazione. Per coglierne la portata è sufficiente riportare l'esempio con cui Cohen presenta la differenza tra probabilità assoluta e subordinata, con la deduzione intuitiva dei chiari rischi sul piano processuale che la valutazione di attendibilità della seconda, se confusa con la prima, comporta. *Ibidem*, pp.177s s. si legge: «S'immagini una lotteria con tanti biglietti quanto si vuole e con un solo biglietto vincente. Allora la proposizione che Tizio non è il vincitore può avere, sulla base delle informazioni disponibili in merito al numero totale dei biglietti che partecipano all'estrazione, una possibilità subordinata grande a piacere. Ma sarebbe certamente sciocco inferire un'altissima probabilità assoluta che il biglietto di Tizio non è il biglietto vincente. Si avrebbe qualche ragione per dubitare della validità di tale inferenza sino a quando non si sapesse che la lotteria è stata condotta equamente. Per esempio, se fosse un fatto che Tizio è un bandito e che i suoi compagni armati controllano l'estrazione, questo fatto farebbe parte della totalità dei fatti che una persona ragionevole può ritenere pertinenti alla conclusione. Di conseguenza, la probabilità della conclusione sulla base di questa totalità di fatti sarebbe di parecchio inferiore alla probabilità sulla base delle prove che erano originariamente disponibili».

55. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 222 ss., nota 13.

56. Cfr. D.H. Kaye, *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio?*, cit., pp. 206 ss.

57. F. Caprioli, voce *"Condanna"* (dir. proc. pen.), in Enc. Dir., Annali, v. II, t. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 117, nota 137.

58. D.H. Kaye, *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio?*, cit., p. 210.

Se la lacuna relativa ad *H* rispetto a quello che dovrebbe essere il quadro probatorio completo non è giustificata, inevitabilmente si riduce il grado soggettivo di credenza in *H*[59], comprimendola al di sotto della soglia critica *P**, comportando l'assoluzione per insufficienza di prove. Si tratta di un correttivo che appare astrattamente risolutivo[60] e che raffina ulteriormente la logica bayesiana sulle esigenze epistemiche del giudizio.

Ciò detto, permangono molti altri limiti a cui la dottrina neobayesiana non è ancora riuscita a porre definitivamente rimedio. Si è detto che il teorema di Bayes opera entro un'affascinante, ma impraticabile logica proposizionale binaria vero/falso, in cui se $P(H|E)$ tende (o è uguale) a 0, allora, di converso, $P(\neg H|E)$ è pari a un grado di certezza prossimo (o uguale) a 1. Ebbene, ove la probabilità della tesi accusatoria sia pari o tendente a 0, si dovrebbe bayesianamente concludere che l'ipotesi accusatoria è *tendenzialmente* falsa, perché da $P(\neg H|E) = 1 - P(H|E)$ risulta un'alta probabilità ($\geq P^*$) di $\neg H$. Eppure, sarebbe scorretto ritenere che, ove manchi la prova di *H*, sussista macchinalmente la prova di $\neg H$. Più correttamente, in una siffatta ipotesi si versa in «una situazione di permanente e (allo stato delle cose) irresolubile incertezza intorno all'esistenza di [un evento] *X*», ascritto alla responsabilità dell'imputato *sub H*, rispetto alla quale «non vi sono elementi di conferma per *nessuna* ipotesi»[61], tantomeno $\neg H$. L'incapacità della logica bayesiana di distinguere tra assenza di prove a sostegno di un'ipotesi *H* (la «situazione di ignoranza» di cui parla Schafer[62]) e sua radicale falsità non appare, allo stato, né superata né superabile. Infatti, «non è detto che il grado di conferma di un'ipotesi debba essere inversamente collegato a quello dell'altra», proprio perché «non vi è nessuna complementarietà tra le due situazioni», almeno «dal punto di vista della situazione probatoria che in concreto viene a realizzarsi»[63]. Nella logica del ragionevole dubbio, la prova di $\neg H$ (innocenza) non opera semplicemente perché non necessaria. Al contrario, una simile applicazione espone il giudizio a sforzi non richiesti, poiché la prova *oltre ogni ragionevole dubbio* della falsità di un'ipotesi non si discosta, quanto a modalità di accertamento e difficoltà, dalla prova della sua verità. Con la differenza che, mentre ai fini della condanna un simile sforzo intellettuale ed economico è ragionevole, per la prova dell'innocenza appare totalmente inutile e antieconomico, posto che il processo è chiamato a vagliare la verità proposizionale della sola imputazione. Per dirla sempre in termini bayesiani, la prova della falsità richiede il superamento di una soglia critica (Pf^*) pari a $Pf^* = 1 - P^*$, cioè prossima allo 0, in una scala 0→1. Tuttavia, se per la condanna è necessario il superamento di *P**, per la assoluzione *ex* articolo 530 comma 2 cpp è sufficiente che $P(H|E) \leq P^*$, a nulla rilevando quanto prossima a 0 sia in concreto Pf^*[64].

Ma la principale e più nota obiezione prende le mosse dalla determinazione del grado di convincimento razionale sulla base della *frequenza* di un certo fenomeno all'interno di un sistema dato e preesistente. Questi dati frequenziali, anche detti *prior probabilities* (o *base rate informations*), costituiscono il fondamento imprescindibile del calcolo bayesiano[65]. Ebbene, il teorema di Bayes offre rare applicazioni al di fuori delle «esercitazioni accademiche»[66], in cui,

59. Cfr. D. Lindley - R. Eggleston, *The Problem of Missing Evidence,* in *Law Q. Review*, 1983, p. 86.

60. In D.H. Kaye, *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio?*, cit., 220 si rinviene una certa fiducia, critica e non certo bieca, nelle potenzialità delle basi probabilistiche del giudizio. Kaye infatti scrive: «Sebbene sia possibile che tutti i tentativi di spiegare le basi logiche o empiriche della probabilità soggettive giustificabili siano destinati a fallire, ritengo che sia troppo presto per abbandonare questa linea di ricerca. Pertanto, il messaggio che ho cercato di comunicare nella polemica con Cohen non è che la sua teoria è falsa, ma che la sua campagna contro le teorie che impiegano probabilità numeriche per analizzare il giudizio di merito nel procedimento giudiziario deve ancora aggiudicarsi una vittoria decisiva. Tali teorie hanno ormai una sufficiente ricchezza da produrre comprensione del diritto delle prove, ed esse sono suscettibili d'ulteriore raffinamento e integrazione».

61. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 222. Cfr. anche F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 60.

62. Cfr. G. Shafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton University Press, Princeton-London, 1976, pp. 22 ss., ma anche, in ambito civilistico, R. J. Allen, *A Reconceptualization of Civil Trial,* in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 24, pp. 37 ss.

63. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 264.

64. Se così non fosse, si aprirebbero scenari inediti, in cui, così come per condannare occorrerebbe una $P(H|E) \geq P^*$, per assolvere si pretenderebbe una $P(H|E) \leq P_f$, aprendo un varco intermedio tra Pf^* e P^* dove non potrebbe che concludersi con un *non liquet* poiché l'ipotesi accusatoria non risulta né vera né falsa. Un limbo euristico (quello rappresentato da $Pf^* \leq P(H|E) \leq P^*$) che, naturalmente, tutti gli ordinamenti processuali scongiurano, privilegiando ora la presunzione di innocenza, ora quella di colpevolezza, o ancora ricorrendo al principio di onere della prova nel processo civile, per colmare comunque la distanza rispetto alla soglia critica, evitando l'*impasse.*

65. Cfr., *ex multis,* D. H. Kaye, *Introduzione: che cos'è il bayesianesimo?*, cit., 7 ss. e R. Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, cit., 32 ss.

66. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 175.

ammessa e non concessa un'ideale completezza probatoria, le *prior probabilities* risultino determinabili efficacemente[67]. La serie di domande per ricavare dati statistici potrebbero essere poi sostanzialmente "*infinite*" per cercare di affinare un dato statistico via via in condizioni più simili al caso concreto[68]. Per altro, rimanendo entro le rare ipotesi in cui siano determinabili le *prior probabilities*, rimane comunque rischioso tentare di estrarre da un dato frequenziale informazioni che potrebbero facilmente risultare non rilevanti nel caso concreto o canalizzare il ragionamento probatorio entro pericolosi tunnel (anti)cognitivi. Si pensi al celebre caso giudiziario del «*Blue Bus*» (*Smith v. Rapid Transit, Inc.*[69]) presentato da Tribe[70] per screditare il ricorso alla cd. *naked statistic evidence* basata su *prior probabilities* irrilevanti al caso concreto. Anzitutto, conoscere che in una determinata città l'85% dei bus di colore blu è gestito dalla società A e che solo il restante 15% è gestito dalla società B, non consente *ex se* di individuare a quale compagnia appartenga il bus blu coinvolto in un incidente notturno[71]. Al più, si può affermare che la frequenza con cui è possibile osservare un autobus blu appartenente ad A è *tendenzialmente* di 0,85, ma null'altro. Inoltre non è possibile trarre dal dato statistico conferme o smentite sull'attendibilità del testimone che dichiari di aver visto un autobus blu della compagnia B, perché *senza ulteriori elementi*[72] non è possibile escludere *ragionevolmente* che abbia visto ciò che è *meno* frequente[73]. «Il massimo che si possa dire dell'evidenza del presente caso è che forse – riconosce la Corte – le probabilità matematiche sono a favore della affermazione che l'autobus del convenuto [compagnia A] ha provocato l'incidente. Ma questo non [risulta] sufficiente»[74]. Ai fini di stabilire se l'autobus blu coinvolto nell'incidente appartenga o meno al parco macchine della convenuta compagnia A, a nulla rileva la *prior probability* circa il rapporto di autobus blu a sua disposizione su tutti quelli presenti in città. In caso contrario, si produrrebbe il risultato di ritenere quel convenuto responsabile di ogni incidente coinvolgente un autobus blu; il che, chiaramente, è inaccettabile. Si pensi anche al cosiddetto «paradosso

67. Il costo della precisione obbliga ad escludere dal calcolo bayesiano *prior probabilities* non fondate su basi oggettive, poiché non avrebbe senso alcuno architettare una struttura logica con componenti e linguaggi matematici, se poi il calcolo consequenziale non è fondato su basi quantitativamente affidabili (cfr. C. R. Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, cit., 4). Almeno in una concezione quantitativa, non sarebbe ammissibile il ricorso a dati probabilistici non oggettivi, ma prefissati sulla base di valutazioni soggettive intrinsecamente imprecise come ritenere che circa «il 90% dei testimoni che arrossiscono mente» (*ibidem*, p. 176).

68. Significativo può essere l'esempio offerto J. Ferrer Beltràn, *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 110 per spiegare questo fenomeno. Ove sia necessario accertare se ad avere ucciso la vittima sia stato il fratello, il ricorso alle prove statistiche richiederebbe per esempio che si conosca la frequenza con cui gli uomini uccidono le proprie sorelle. Ma ciò non basterebbe. Si cerca allora di affinare il dato, cercando di conoscere la frequenza con cui uomini scapoli come l'imputato uccidano le proprie sorelle. E, ancora, quanti uomini scapoli, ultrasessantenni, uccidono le proprie sorelle. Ma è chiaro che, per quanto più fine il dato non è idoneo a cogliere il caso concreto. E le domande potrebbero proseguire all'infinito ambendo, al più, a cogliere con quanta probabilità, data la normalità dell'accadere, un imputato con le caratteristiche simili a quelle del caso *de quo* ha ucciso la vittima, ma mai il dato sarà pienamente trasponibile sul singolo individuo coinvolto, perché la statistica opera in termini generali per definizione. Ciò che «alla fine è fondamentale – scrive De Finetti – è avere come punto di partenza le probabilità iniziali degli eventi reali, senza che rilevi il modo in cui sono state valutate» (B. De Finetti, *Inicial probabilities. a prerequisite for any valid induction*, in *Synthese*, 1969, p. 14).

69. *Smith v. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 470, 58 N. E. 2d, 754.

70. L.H. Tribe, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, cit., p. 195, spec. nota 37, in riferimento al caso giudiziario del 1945 *Smith v. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 469, 58 N. E. 2d, 754. L'eco di questo esempio ha generato un ampio dibattito sia in ambiente statistico che giuridico. In relazione a quest'ultimo si segnala C. Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, in *Harv. L. Rev.*, 1985, pp. 1379 ss. e C.R. Callen, *Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence*, in *Tul. L. Rev.*, 1991, pp. 459 ss.

71. Cfr. E.M. Catalano, *Prova indiziaria, probablistic evidence e modelli matematici di valutazione*, cit., pp. 526 ss.

72. È proprio da questa valutazione che emerge, come si vedrà meglio in seguito, l'esigenza di adottare un modello di *probabilità logica*, in cui non rileva solo il dato statistico, ma anche ulteriori aspetti come, ad esempio, il grado di manutenzione. Sicché, ove la compagnia B non avesse provveduto a revisionare il sistema di frenata, il cui eventuale malfunzionamento è in grado di spiegare l'evento dannoso, la probabilità cambierebbe *qualitativamente* in modo ampiamente significativo. Cfr. J. Ferrer Beltràn, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 111. Chiaramente, una questione ancora diversa, ma altrettanto pregnante, è quella relativa alla precisione della classe di riferimento, poiché se si considera il dato fornito a livello di un'intera città, la frequenza potrebbe essere totalmente diversa in una determinata via, o ancora in una determinata via a una determinata ora.

73. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 178. Certo il discorso cambierebbe radicalmente se da 'meno frequente' si passa a 'impossibile', mentre un grado di frequenza bassissimo, per esempio un caso su mille, non dovrebbe alterare, almeno rigoristicamente, la valutazione.

74. Così *Smith v. Rapid Transit, Inc.*, cit., nella traduzione offerta in L. H. Tribe, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, cit., p. 195, nota 37.

dell'intruso»[75] («*the paradox of gate-crasher*») in cui si vuole accertare se uno degli spettatori di un concerto abbia realmente pagato il biglietto di ingresso, senza avere nessun elemento di prova. Conoscere la frequenza con cui il fenomeno che si imputa anche al soggetto si presenta tra gli spettatori (per esempio sapere che solo il 49% degli spettatori ha presentato regolare biglietto) non produce alcuna utilità inferenziale[76]. Posto che non esistono altre prove, gli organizzatori potrebbero vincere una causa civile, ispirata alla *preponderance of evidence* e non alla più esigente *Bard rule*? La logica frequentista dovrebbe ammettere di sì, ma, se così fosse, si produrrebbe il paradosso di esporre a responsabilità chiunque abbia preso parte all'evento per la preponderanza della prova statistica a suo sfavore[77]. Sotto questo profilo il teorema di Bayes, se adottato come unico strumento decisorio, finisce per convogliare il giudizio in un *cul de sac* caratterizzato dal sacrificio dell'eccezione alla normalità dell'avvenire.

Si potrebbe obiettare che «la comprensione del mondo esige necessariamente che si ricorra a generalizzazioni»[78], di cui è esempio il nostro stesso linguaggio. Talché è corretto affermare che tra prove "generalizzate" (ad esempio le massime di esperienza o a dati statistici) e prove "individuali" (tracce del singolo fatto concreto) non intercorra una differenza di categoria, ma solo di grado di *approssimazione*[79]. Così come è possibile giungere ad asserire che «qualsiasi inferenza probatoria si fonda [inconsapevolmente] sull'applicazione del teorema di Bayes, mediante l'interpretazione soggettivista della probabilità *come grado di credenza razionale*»[80]. Eppure, è fuor di dubbio per le ragioni anzidette che sono le prove "individuali", per quanto prove di verosimiglianza à la Wach, ad assolvere alla ricostruzione di fatti specifici e a rendere processualmente fruibili le massime di esperienza o le leggi statistiche di cui il processo certamente non può fare a meno[81]. Parafrasando la sentenza Franzese, su cui si tornerà nel prosieguo, sembra inevitabile ritenere che il garantismo penale si debba tradurre anche, e soprattutto, in garantismo inferenziale, poiché a nulla servirebbe imbastire un "giusto processo" paritetico se poi è l'imputato a doversi difendere da un dato statistico apparentemente

75. Esempio proposto da L.J. Cohen, *The Probable and the Provable*, cit., p. 75, e ampiamente richiamato in dottrina. Si v. D.H. Kaye, *The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories*, in *Ariz. St. Law Journal*, 1979, pp. 101 ss.; S.E. Fienberg, *Gatecrasher, Blue Buses, and the Bayesian Representation of Legal Evidence*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, pp. 693 ss. e B. V. Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e penale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 66 ss.

76. Ragionare in termini di quantificazione delle probabilità, si è talvolta detto, consente di minimizzare il numero di errori nella ricostruzione dei fatti rilevanti (cfr., in relazione al processo civile, R. J. Allen, *A Reconceptualization of Civil Trial*, cit., 50 ss., ripreso in L. Brilmayer, *Prove del secondo ordine e logica bayesiana*, cit., p. 226 e N. J. Castellan (a cura di), *Individual and Group Decision Making: Current Issues*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1993, pp. 142 ss.). Se si ragiona in questi termini, nel caso di specie si dovrebbe ammettere che negare la responsabilità dello spettatore individuato e presunto non pagante sulla base del dato statistico espone a 501 possibilità di errore, contro 499 possibilità assumere una decisione priva di errori. La logica propenderebbe per cogliere questo rischio maggiore, accogliendo la domanda dell'organizzatore dello spettacolo per evitare di correre un rischio di errore più altro di quello di assenza di errori. Nel caso degli autobus, dove le percentuali sono più nette a sfavore della compagnia A e a favore della compagnia B, ciò appare ancora più fulgidamente. Tuttavia, non si potrebbe ritenere *giustificata* una decisione che si basi solo su una probabilità di frequenza per la riduzione dell'errore. Si tratta, a ben guardare, di un azzardo in cui si conosce la frequenza dell'esito su cui scommettere, ma non si dice nulla sul piano specifico del caso *de quo*. Dalla probabilità di frequenza ("51 spettatori su 100 non hanno pagato il biglietto") occorre passare a ciò che Ferrer Beltràn (in J. Ferrer Beltràn, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 99) chiama la "probabilità di proposizione", cioè l'effettiva probabilità il soggetto in questione afferisca o meno a quella maggioranza di spettatori inadempienti, per la quale il solo dato statistico si mostra, sempre e inevitabilmente, insufficiente.

77. Parimenti, a nulla servirebbe sapere che il 98% dell'eroina presente sul suolo statunitense è importata illegalmente per avere integrata la fattispecie penale di occultamento di sostanza stupefacente illegalmente importata, se non operando una presunzione di colpevolezza. Si tratta di un altro esempio presentato in L. H. Tribe, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, cit., p. 194, riferito al caso *Turner v. United States*, 396, U. S. 398 (1970). Invero, in questo caso la giuria fu istruita nel senso di tenere conto del dato statistico come vera e propria prova dell'importazione illegale, risultando *improbabile* che si realizzi il 2% di possibilità che l'eroina fosse importata illegalmente e, quindi, condannando l'imputato per la presunzione di importazione illegale secondo l'*id quod plerumque accidit*. Cfr. anche *Learvy v. United States*, 395 U. S. 6 (1969). Innumerevoli le critiche alla sterilità di una simile valenza probatoria della statistica, tra cui si v. R.D. Mosher, *Statutory Criminal Presumptions: Reconciling the Pratical with the Sacrosant*, in *U. of Cal. L. Rev.*, 1970, pp. 157 ss.

78. J. Ferrer Beltràn, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 106.

79. Cfr. F. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, pp. 101 ss. e il ben più risalente H. Reichenbach, *The Theory of Probability. An Inquiry into the Logical and the mathematical Foundations of the Calculus of Probability* (1949), II ed., University of California Press, Berkeley, 1971, pp. 465 ss.

80. J. Ferrer Beltràn, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 109 (corsivo aggiunto).

81. A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 84 ss. e L.J. Cohen, *Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight*, in *British Journal of Philosphy of Science*, 1985, pp. 265 ss.

invincibile e sottratto, in relazione all'accertamento del nesso causale, al rigore del ragionamento controfattuale.

Senza una simile integrazione "individualizzante", un'alta probabilità iniziale di *P(H)* rischia di divenire una prova astratta, fondata su una presunzione di conformità dell'accadere con quanto osservato in passato, di cui si nutrono le anamorfosi del giudizio e su cui sono edificate tante – troppe – colonne infami[82].

In conclusione, dell'applicazione in ambito giuridico del teorema di Bayes resta la capacità di descrivere un percorso di intimo convincimento anche in un'ottica dinamica di ingresso e combinazione di nuove evidenze, senza però fornire ancora un modello definitivo di riduzione della complessità del giudizio di valutazione delle emergenze probatorie. Non v'è dubbio che il grande successo che tale teorema ha riscontrato, specie negli ordinamenti di *Common Law*, consiste nella sua valenza come *heuristic method* in grado di rappresentare con precisione geometrica l'algoritmo decisorio, in piena ottica illuminista. Precisione i cui costi ingenti potrebbero non essere irrimediabilmente superiori ai benefici[83], come intendono dimostrare i recenti tentativi di passare dal "*decidere*" *la verità*, al "*calcolare*" *la verità*', di cui si dirà *infra*.

4. Il fallimento degli altri approcci quantitativi

L'esperienza bayesiana non esaurisce lo spettro degli approcci matematico-statistici al giudizio. Altre teorie hanno tentato di applicare il calcolo della probabilità alla valutazione delle prove, tentando di

82. Sembra utile il richiamo al caso *R. v. Sally Clark*, 2003 Ewca Crim 1020, in cui una donna era stata accusata della morte di entrambi i figli all'età di poche settimane, dopo che la morte del secondo figlio per la stessa sindrome che si pensava avesse ucciso il primogenito (la cd. Sids, «sindrome di morte improvvisa del lattante»), rese altamente improbabile credere razionalmente all'ipotesi di una tragica fatalità. Dall'*expert testimony* emerse un dato statistico circa la probabilità di morte per Sids di due fratelli pari a 1 caso su 73.000.000. Un'ipotesi troppo remota per consentire alla difesa dell'imputata di coltivare il ragionevole dubbio circa spiegazioni causali alternative al duplice omicidio. Ciò a cui si assiste nel caso Sally Clark è l'associazione di eventi presumibilmente connessi tra loro dall'ipotesi accusatoria, tralasciando invece la possibilità che la correlazione operi, per esempio, su un piano di predisposizione congenita (su questo specifico punto si v. P. Cherubini, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in L. De Cataldo Neuburger, *La prova scientifica nel processo penale*, cit., pp. 278 ss., spec. nota 28). Presupposto per la congiunzione di dati probabilistici è l'indipendenza logica dei fatti (*A* e *B*) coinvolti, sostenuta dal perito, per il quale al verificarsi dell'uno si sarebbe potuto non verificare il secondo, senza la causa esterna idonea a spiegare entrambi, prima singolarmente poi nel loro insieme (come la predisposizione genetica). Sicché, la probabilità combinata dell'evento «morte per Sids» di un infante, pari a 1/8543, con la stessa possibilità per il secondogenito (1/85431/8543), rende estremamente improbabile su un piano *strettamente statistico* che la stessa madre subisca la perdita di entrambi i figli per una sindrome tanto rara (la cui morte per altro non comporta segni molto differenti dal soffocamento meccanico). Tanto è bastato per ritenere l'imputata colpevole *oltre ogni ragionevole dubbio*. Come fa notate Cherubini, «la concomitanza di Sids in due bambini di una stessa madre era percepita come "troppo improbabile per essere fortuita", ma non lo era affatto: non avrebbe dovuto creare nessuna ipotesi di non-indipendenza» (P. Cherubini, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, cit., p. 278) dando luogo alla cd. *proescutor's fallancy*, con la maldestra trasposizione della probabilità condizionata sul terreno dell'ipotesi accusatoria. Generata l'ipotesi di associazione, a catena conseguirono gli errori di valutazione, costantemente rinvigoriti dal ruolo probatorio quasi esclusivo attribuito al dato statistico e da una certa "tendenza alla conferma" dell'ipotesi accusatoria vista la netta preponderanza probabilistica. Ciò che si verifica è, invero, una tautologia probatoria, perché, in assenza di altre prove, il giudizio di condanna appare sfornito di quelle prove individualizzate legate al caso di specie, relative, per esempio, all'eventuale origine congenita delle Sids nei soggetti coinvolti. Utilizzare le stesse evidenze per generare un'ipotesi e, successivamente, per confermarla è chiaramente un'abduzione tautologica (sul punto, *ibidem*, p. 279, nota 29), priva cioè delle conferme deduttive e induttive tipiche del metodo pierciano. L'imputata era stata condannata sulla base di una evidenza che John Klotter chiama "*circostanziale*", ovverosia una prova «*from which a fact is reasonably inferred but not directly proven*» (J.C. Klotter, *Criminal Evidence*, Anderson Publishing, Cincinatti, 1992, p. 68), la quale espone a un elevatissimo rischio di errore e si traduce in una logica di scommessa in cui il rischio di errore è di 1/73.000.000. Ciò che più stupisce è che non si sia tentato minimamente di arginare questo rischio, ricercando «almeno un indizio supplementare e indipendente per l'ipotesi dell'infanticidio» (C. Pizzi, *Diritto, abduzione e prova*, cit., p. 148). Solo in un secondo momento, attraverso l'esecuzione di *tests* microbiologici (con funzione di *controprova*) che confermarono la pur improbabile tesi della morte naturale, emerse l'inadeguatezza di un'inferenza meramente statistica e non "individualizzata" a superare la soglia del ragionevole dubbio. Riemergono, a questo punto, le obiezioni al bayesianesimo già esposte *supra* circa il rischio di indifferenza alla completezza probatoria e, soprattutto, la quantificazione del ragionevole dubbio, posto che, qualsiasi valore numerico si possa individuare, una probabilità di non colpevolezza pari a 1 su 73.000.000 verrebbe quasi sicuramente ritenuta idonea a suffragare una condanna oltre ogni ragionevole dubbio. Per una ricostruzione completa del caso, anche dal punto di vista degli errori di associazione di eventi non indipendenti come la morte per sindrome congenita, si v. almeno L. Schneps - C. Colmez, *Math error number 1: multiplying non-independant probabilities. The Case of Sally Clark*, in Id, *Math on trial. How Numbers get Used and Abused in the Courtroom*, Basic Book, New York, 2013, pp. 3 ss.

83. Tribe confida di non sentirsi «ancora pronto a dire che i costi legati alla precisione matematica [...] siamo così ingenti da superare qualsiasi profitto che possa derivare da un uso *attentamente limitato* della prova probabilistica in circostanze speciali; tuttavia credo proprio che quelle *circostanze* debbano essere *straordinarie* davvero perché chi propone come prova i metodi matematici riesca perlomeno a imbastire un caso plausibile» (L.H. Tribe, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, cit., pp. 237 ss.). Assai più *tranchant* Michele Taruffo, che chiosa sostenendo l'"antieconomicità" del bayesianesimo (M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 180 ss.).

superare alcuni dei limiti delle teorie bayesiane.

Tra queste, una delle più raffinate e complesse è la «versione non ortodossa dell'impostazione classica bayesiana»[84] nota come *Evidentiary Value Model* (EVM)[85], sviluppatasi autonomamente in Svezia al fine di risolvere i dubbi sollevati dalla codificazione del concetto di *libero* e *razionale* convincimento del giudice[86]. Della concezione bayesiana il modello svedese conserva l'idea che la credenza in un'ipotesi *H* sia quantificabile e che il teorema di Bayes rappresenti il modello base per il calcolo del peso probatorio di una singola evidenza. Tuttavia, escludendo che la formazione di una credenza si sostanzi in una mera determinazione statistica della probabilità di osservare *H* alla luce di *E*, l'EVM propone di definire il giudizio come valutazione della "relazione probatoria" tra l'ipotesi accusatoria e il compendio probatorio acquisito. In altri termini, al giudice non interessa principalmente stabilire la verità del *factum probandum*, «quanto stabilire che esista un'appropriata "*relazione probatoria*" fra [*probandum* e *probans*], poiché anche un alto grado di credenza nella verità di [una proposizione accusatoria] "al di là di ogni ragionevole dubbio", ha valore giudiziario solo se è stabilito sulla base di una "appropriata" relazione probatoria»[87] che la giustifica. Ne deriva la necessità di indirizzare la ricerca giudiziale non sulla sola verità del tema accusatorio, «ma sulla presenza, o possibile presenza, di una connessione causale o logica fra la prova ed il tema»[88].

Valutare la prova significherebbe in quest'ottica stimare la probabilità che la singola prova di volta in volta acquisita "dimostri" l'ipotesi, ricorrendo alla metafora dell'apparato di misurazione proposta da Freeling e Sahlin[89]. Come noto, l'attendibilità delle misurazioni scientifiche rappresenta un dato imprescindibile di qualsiasi ricerca[90]. Se l'apparato di misurazione «funziona bene, allora la lettura dell'apparato dà il valore corretto, ma, se non funziona bene allora la lettura»[91] dell'apparato appare inattendibile. Allo stesso modo una testimonianza, ad esempio, assume un certo valore nella misura in cui riteniamo che il testimone sia realmente sincero e informato sui fatti su cui è chiamato a deporre, ma anche che ricordi sufficientemente bene quanto richiesto. Questa connessione è quantificata in termini di *relazione probatoria*, che è pari a zero ove si ha motivo di ritenere che la testimonianza che avvalora *H* sia completamente inattendibile ed è pari ad 1 ove si ritenga che sia, invece, attendibile.

In termini dinamici, l'*Evidentiary Value Model* consente di combinare i diversi valori della relazione probatoria (*A*) delle singole prove acquisite rispetto all'ipotesi *H*, attraverso un'espressione del tipo:

$$P\frac{(A_1 \vee A_2 \vee A_3 \vee A_n)}{E}$$

dove il rapporto tra ogni singolo valore probatorio è di tipo *disgiuntivo* ed *indipendente* (, poiché la

84. Così P. Garbolino, *Introduzione*, cit., IX.

85. Sul punto, la letteratura svedese è vasta. Tra i pochi testi tradotti in lingua italiana si segnala P. Gärdenfors - B. Hansson - N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., che raccoglie una serie di saggi particolarmente significativi anche perché non perfettamente unanimi tra loro. Essa risale comunque a una serie di contributi di Ekelöf ed Edman, in parte presenti nel testo di cui sopra, oltre ai quali segnala, in lingua inglese, M. Edman, *Adding independnet pieces of evidence* , in S. Hallén, *Modality, Morality and Other Problems of Sense and Nonsense*, Gleerup, Lund, 1973 e P. O. Ekelöf, *Free evaluation of Evidence*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1964, pp. 5 ss., tradotto in italiano in Id, *La libera valutazione delle prove*, in *Studi in onore di A. Segni*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 93 ss.

86. Sul punto, si v. P.O. Ekelöf, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, in P. Gärdenfors - B. Hansson - N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., pp. 1 ss.

87. P. Garbolino, *Introduzione*, cit., X.

88. R.W. Goldsmith, *La valutazione della prova nel giudizio penale*, in P. Gärdenfors - B. Hansson - N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., p. 118. Alla luce di questa constatazione, si può constatare che, a differenza dell'Evm, il modello bayesiano «prende in considerazione prove ed altri tipi di informazione semplicemente in quanto influenzino la probabilità del tema, e non in quanto abbiano una relazione probatoria con il tema» (*ibidem*, p. 120).

89. A.N.S. Freeling - N.E. Sahlin, *La combinazione delle prove*, in *ibidem*, pp. 60 ss. su cui torna, nello stesso volume, M. Edman, *La combinazione di prove indipendenti*, cit., pp. 141 ss.

90. È il dato, ineliminabile, del cd. "margine di errore", che viene preso in considerazione in tutte le misurazioni empiriche o numeriche attraverso il simbolo '±' raffigurante il *range* numerico di sensibilità dell'apparecchio di misurazione sull'esito. Tanto maggiore è il grado di precisione richiesto (si pensi alle misurazioni dell'infinitamente piccolo), tanto maggiore è l'incisività di questo margine. In una realtà come quella processuale, specie in un approccio quantitativo in cui il ragionevole dubbio è fissato in un valore numerico, non tenere in considerazione il margine di errore (che può far apparire leggermente più alto o leggermente più basso il dato misurato) può avere conseguenze devastanti.

91. A.N.S. Freeling - N.E. Sahlin, *La combinazione delle prove*, cit., p. 60.

questione non è capire «se tutti i fatti probatori provano il tema [*H*], ma se qualcuno di essi lo fa»[92].

Il *punctum puriens* consiste nell'impossibilità di quantificare con precisione il fattore elementare con il quale tutta la teoria opera, vale a dire l'*evidentiary value* di partenza di ogni singola evidenza probatoria. La realtà nella quale il giudizio opera è connotata da incertezza non solo sul *factum probandum*, ma anche sul suo rapporto con il *factum probans*. A questo punto, occorre domandarsi quale senso avrebbe l'efficace «analogia tra la prova e lo strumento di misura»[93], se ciò che la teoria del valore probatorio intende misurare è solo sommariamente valutabile. Come nel caso della dottrina bayesiana, ci si trova dinnanzi a una formulazione che ha il pregio teorico di spiegare il complesso fenomeno della ponderazione della decisione alla luce del valore delle nuove prove, senza però fornire strumenti per valutarlo.

Indubbiamente, non può dirsi risolutivo il tentativo di attribuire all'*evidentiary value* un dato numerico "vago"[94] entro il *range* 0→1, da "impossibile" (pari a 0), fino a "ovvio" (pari a 1), passando entro i gradi intermedi, dal meno al più probabile, di "improbabile", "plausibile", "probabile" e "confermato" (oltre la soglia critica)[95]. Una simile rinuncia alla precisione nel calcolo della variabile numerica fondamentale non appare coerente con il fondamento matematico dell'*Evidentiary Value Model*. Parimenti, affermare che i dati probatori combinati tra loro debbano offrire un valore di connessione del *factum probans* con il *factum probandum P(A|E)* in termini di altissima probabilità, non risolve il problema della quantificazione numerica della soglia critica del ragionevole dubbio da inserire nell'algoritmo. Verrebbe da domandarsi perché debba intendersi come "quasi vera", "confermata" un'ipotesi che sia suffragata da prove attendibili al 99%, e non il 95% o 99,999%. Nel ricorso quotidiano agli strumenti di misurazione o diagnostica, ammettiamo l'esistenza di un margine di errore, ritenuto trascurabile se inferiore a certe percentuali. In ambito processuale il costo della precisione sembra eccessivo[96]. Per giunta, qualsiasi fissazione numerica del ragionevole dubbio, da cui gli approcci quantitativi non possono prescindere, rimangono «rozze approssimazioni [...] che non hanno alcun significato numerico attendibile»[97] e che offrono solo risultati *tendenziali*.

Considerazioni del tutto analoghe possono essere svolte per l'elaborazione delle *combined evidences* proposta da Schafer[98]. Ammettendo che la teoria proposta non dispone di strumenti per il calcolo del grado di credenza iniziale, Schafer sotto-

92. *Ibidem*, p. 121. Per altro, ed è un dato che Goldman saluta con estremo favore nel raffronto con il modello bayesiano, il più recente modello del valore probatorio esige solamente che almeno *una* delle prove abbia un valore in grado di sostenere il tema oltre la soglia del ragionevole dubbio, a nulla valendo nel calcolo del peso le *prior probabilities P(H)* che consentono al giudice di operare la valutazione di fatto computando un pregiudizio, ammesso che sia determinabile. Invero, appare ancora frequente in talune formulazioni dell'Evm, come quella offerta in A.N.S. Freeling - N. E. Sahlin, *La combinazione delle prove*, in P. Gärdenfors - B. Hansson - N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., 59 ss., ritrovare il ricorso alle *prior probabilities*, esponendo così anche l'Evm alle medesime critiche del bayesianesimo cui si è fatto cenno, anche sotto questo profilo, nel paragrafo precedente. È chiaro che non è sufficiente ipotizzare che i dati probabilistici iniziali siano il frutto di una comune esperienza, come sostiene Ekelöf (P.O. Ekelöf, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, pp. 17 ss.), per arginare il rischio che essi risultino assai di rado nella disponibilità del giudicante. L'unico elemento che consente di utilizzare queste *probabilities* è la loro determinatezza secondo leggi statistiche; volgerle in termini sommari cioè «frequenze statistiche fittizie» che si presentano piuttosto come «rozze generalizzazioni», sicché, senza la precisa determinazione quantitativa, «nessun calcolo può funzionare producendo risultati numerici» (così si esprime, criticamente, M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 184).

93. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 184.

94. Per un'accesa critica, si. v. M. Huber, *Das Beweismass und Zivilprozess*, Carl Heymanns, Köln, 1983, p. 114.

95. Cfr. P.O.Ekelöf, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, cit., p. 8). *Ibidem*, p. 5, nota 9 l'autore propone un raffronto dei tre gradi di conferma intermedi ("plausibile", "probabile" e "confermato") con i tre *gradi di prova* presenti nell'ordinamento processuale americano (e non solo) della "netta preponderanza delle prove", tipica del processo civile, della "prova chiara e convincente" e della prova "oltre ogni ragionevole dubbio", con i quali vi sarebbe molto in comune. Il raffronto emerge ancora più efficace se si riprende un'interessante proposta di McBain di sostituire queste ultime espressioni con formule più intuitive, come "probabile", "altamente probabile" e "quasi certo", (J.P. Mcbain, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, in *California Law Review*, 1944, pp. 243 ss.), sicuramente adatti anche a questa proposta classificatoria di Ekelöf.

96. A onor del vero, la Suprema Corte di Cassazione ha talvolta dimostrato di cogliere e accettare il rischio di errore sotteso al test del Dna perché trascurabile. Da ultimo, in Cass. pen., sez. V, sentenza n. 36090/2015 si legge che «*la valenza processuale dell'indagine genetica condotta sul Dna, atteso l'elevatissimo numero di ricorrenze statistiche confermative, [è] tale da rendere infinitesimale la possibilità di un errore*» (pp. 35 ss.).

97. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 190.

98. G. Shafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, cit., *passim*. Per una rassegna critica si v. I. Levi, *Consonanze, dissonanze e meccanismi probatori*, in P. Gärdenfors - B. Hansson - N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., pp. 24 ss.

linea come il pregio delle teorie combinatorie non debba essere ricercato nello sviluppo di modelli teorici più o meno idonei a quantificare credenze soggettive, caratterizzate dall'irriducibilità in termini numerici. Al contrario, esse dovrebbero fornire all'organo giudicante strumenti per quantificare credenze soggettive già raggiunte entro il margine 0→1, per poi poterle combinare efficacemente. Eppure, anche in questo caso si deve rilevare il rischio che il soggettivismo non venga eliminato, ma solo espresso in una più rassicurante, ma sempre fittizia, forma numerica.

Peraltro, l'oggettivizzazione della valutazione in termini comunque sempre probabili, tipicamente proposta dalla dottrina di matrice tedesca[99], tende per lo più a tenere in considerazione l'attendibilità di una prova in termini di frequenza relativa e predeterminata[100], che ha molto in comune con le *prior probabilities* bayesiane, comprese le relative criticità. Rimane da domandarsi quale sia l'effettiva utilità di conoscere la frequenza di testimonianze false, ipotizzando sempre di godere di una *certezza classificatoria* per distinguere le testimonianze "vere" da quelle "false". Se nove testimonianze su dieci sono vere (sincere perché si dice ciò che si ricorda *e* ciò che si ricorda corrisponde alla verità storica), come si potrebbe cogliere da ciò una qualche utilità nella valutazione della singola testimonianza? Evidentemente, in nessun modo, nemmeno quando la frequenza si riferisca alla serie di testimonianze rilasciate dalla stessa persona escussa in altre circostanze e indichi una spiccata tendenza a mentire[101]. Si ripropongono problemi già affrontati, e risolti con un abbandono di questi dati, per altro raramente nella disponibilità del giudicante, se non come meri "indicatori", svuotati di valenza probatoria senza evidenze integrative "individualizzate".

5. Tanto rumore per nulla?

Si è osservato che tutti gli approcci quantitativi alla verità probabile nel processo innalzano il calcolo matematico a garanzia di razionalità della decisione, al punto da cercare di comprimere in termini aritmetici peculiarità soggettivistiche a cui il processo non può rinunciare. Questo atteggiamento a tratti *naïf* naufraga dinnanzi alla mancanza di uno strumento idoneo a quantificare le *prior probabilities* o gli *evidentiary values*, senza i quali non è possibile procedere a calcoli combinatori di sorta. Se a ciò si aggiunge che persino le stesse massime di esperienza diffusamente utilizzate sono raramente esprimibili attraverso rigorosi dati statistici[102], è chiaro che l'assenza di dati quantitativi di partenza se non è sempre incolmabile, è frequentemente incolmata.

In ogni caso, conoscere l'esatta frequenza di un certo evento entro una classe, a meno che sia pari al 100%, risulta sostanzialmente inconcludente, per lo meno sul piano probatorio e motivazionale. «Perché un giudice – si chiede provocatoriamente Eggleston – in una serie di circostanze che probabilmente non si ripeterà mai, dovrebbe basare le proprie conclusioni relative al merito del procedimento su ciò che egli ritiene un bilancio delle probabilità»[103] relative a casi precedenti solo simili?

Di tutti i limiti dell'impianto bayesiano, comune tutti gli approcci quantitativi, il ricorso alle *naked statistics* è forse il più eclatante, poiché cerca di imporre una tendenziale uniformità osservata in precedenza a eventi nuovi e non ricompresi nel suddetto calcolo frequenziale. Anche se non mancano autori che reputano opportuno allargare i dati statistici relativi a eventi di un certo tipo entro la classe di riferimento, per ottenere supporto probatorio *sufficiente* per tutti gli eventi simili ivi osservati[104], questa sembra una po-

99. Solo per un esempio, si v. R. Bender, *Das Beweismass*, in AA.VV., *Festschr. für F. Baur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1981, pp. 247 ss.; R. Bender - S. Röder - A. Nack, *Tatsafeststellung vor Gericht*, I, *Gläubwürdigkeits und Beweislast*, Vernehmungslehre, München 1983, pp. 190 ss.

100. Specialmente R. Bender - S. Röder - A. Nack, *Tatsafeststellung vor Gericht*, cit., pp. 191 ss.

101. È di tale avviso R. Schreiber, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Springer, Berlin, 1968, criticato con argomenti simili a quelli proposti contro la *naked statistic evdence*, in M. Huber, *Das Beweismass und Zivilprozess*, cit., pp. 67 ss. e pp. 89 ss. Risulta però difficilmente negabile che, nella libera valutazione della prova, un simile dato non può che avere un'influenza piuttosto significativa, se non decisiva. E non dovrebbe sembrare mal motivata la sentenza che giustifichi il giudizio di inattendibilità della testimonianza sulla base di un dato di pregressa *tendenza* a mentire in ambiti giudiziari. Ma è chiaro che non potrà risultare l'unico elemento, perché se è vero che si tratta di *tendenza* è anche vero esiste un'ipotesi non necessariamente irragionevole che ciò non accada nel caso di specie e che impone al giudice una completa giustificazione (ancorché sommariamente esposta).

102. Sul punto v. anche M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in Id, *Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile*, cit., pp. 140 ss. e G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 188.

103. R. Eggleston, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, cit., p. 45.

104. Il riferimento è a F. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., pp. 79 ss. Una posizione simile è anche quella espressa in D. Shaviro, *Statistical Probability Evidence and the Appereance of Justice*, cit.,pp. 530 ss., ripresa J. J. Koehler - D. Shaviro, *Verdical*

sizione ampiamente inconciliabile con la funzione euristica del processo indissolubilmente legata al caso concreto. Come precisa Frosini, «delle *statistiche nude* non si deve generalmente tener conto nel dibattimento processuale, ma sono ammesse eccezioni»[105] previste dal legislatore, specie in materia civilistica[106].

Al di fuori di tali ipotesi, si ritiene quasi unanimemente che la prova statistica sia in sé insufficiente a fornire la prova del fatto da ricostruire[107], perché «il giudice deve accertare una relazione che riguarda un singolo caso e non un insieme di casi»[108]. Ciò non implica che il ricorso alla prova statistica rimanga appannaggio solo dei bayesiani, poiché essa, a seconda del tipo di fatto che si intende provare, può comunque mostrare una qualche utilità processuale, o persino essere decisivo[109]. Come noto, il dato statistico rientra nel patrimonio di conoscenze del giudice per l'accertamento del nesso causale, ed è anzi proprio questo il caso in cui esso «può risultare significativo – se non, addirittura, determinante»[110]. Purtuttavia, il grado di fondatezza dell'ipotesi accusatoria non può mai coincidere con la frequenza con cui il tipo di evento che si intende provare si osserva in una classe data (ed entro cui è sussumibile il caso *de quo*)[111].

Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods, cit., pp. 247 ss. e aspramente criticata da Callen in C.R. Callen, *Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence*, cit., pp. 459 ss.

105. B.V. Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e penale*, cit., p. 65.

106. Forse il caso più significativo, e interessante banco di prova per le concezioni quantitative, è quello relativo alla prova della discriminazione sul posto di lavoro, che l'articolo 4 comma 6 della legge 10 aprile 1991, n. 125 consente di esprimere anche in forma statistica (il lavoratore può fornire elementi «anche fondati su dati statistici»), al fine di ottenere l'inversione dell'onere probatorio sulla base di una semplice prevalenza statistica che faccia pensare alla discriminazione.

107. Così, nella dottrina italiana, *ex multis*, M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, cit., p. 108; F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 296 ss.; B.V. Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e penale*, cit., p. 39. Anche la dottrina inglese giunge a una simile conclusione; si v. in particolare D. H. Kaye - D.A. Freedman, *Reference Guide on Statistics*, in AA.VV., *Reference Manual on Scientific Evidence*, National Academy of Science, Washington, 2011, pp. 94 ss.

108. G. Licci, *Figure del diritto penale: Il sistema italiano*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 311. Non mancano, tuttavia, pronunce di segno contrario. In tema di accertamento dell'età anagrafica del sedicente minore privo di documenti di riconoscimento, per esempio, la Cassazione continua a ritenere sufficiente esami antropometrici (es. esame auxologico) in grado di offrire, su base statistica, un quoziente di verosimiglianza a sostegno della tesi della maggiore età o della minore età sulla base di precedenti osservazioni in soggetti diversi. Il costo di una simile approssimazione è dato da un margine di errore troppo ampio per giustificare una statuizione non fondata su altri riscontri "individualizzati". Invero, la Cassazione è *tranchant* e ancora di recente ha confermato che «*costituisce strumento idoneo di accertamento dell'età dell'imputato l'esame radiografico del polso o delle ossa carpali del ragazzo in quanto consente di valutare il processo di accrescimento dell'organismo nell'età evolutiva*» (Cass., Sez. IV, sent. n. 16946/2015, Rv. 263448). Tra le rare pronunce di merito di segno contrario, ove ci si limita a fare un uso corretto delle prove statistiche senza sacrificare le peculiarità del caso concreto, si v. Trib. Torino, sent. 27 gennaio 2015, accessibile al link www.questionegiustizia.it/doc/Tribunale_Torino_sentenza_27_gennaio_2014.pdf.

109. Sul punto cfr. F.C. Benenson, *Probability, Obiectivity and Evidence*, Routledge, London, 1984; D. Kaye, *Naked Statistical Evidence*, in *Yale Law Journal*, 1980, p. 603; C.R. Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, cit., p. 38 e L. Masera, *La malattia professionale e il diritto penale*, cit., spec. pp. 14 ss.

110. F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 74. Sembra opportuno riprendere il celebre esempio del "lancio del sasso" usato in R. Carnap, *An introduction to the philosophy of science* (1974), a cura di M. Gardner, Dover Publications, New York, 1995, pp. 187 ss. per descrivere il ruolo della statistica nell'accertamento causale: «*A stone shatters a window. Did the stone intend to do this? Of course not, the scientist will say. A stone is a stone. It posseses no soul capable of intention. On the other hand, most people, even the scientist himself, will not hesitate to say that event* b, *the breaking of the window, was caused by event* a, *the collision of the stone with the glass*», e questo perché la statistica può segnalare che nella maggior parte dei casi in cui una pietra di determinate dimensioni colpisce un vetro con una certa velocità, questa ne causa la rottura. Sarebbe ragionevole pensare "*senza esitazione*" che la pietra scagliata verso la finestra abbia effettivamente infranto il vetro, ma non è escluso che un altro idoneo fattore causale sia intervenuto *in concomitanza* o *in precedenza* rispetto al lancio del sasso (ad esempio, un'altra pietra scagliata da un diverso soggetto dall'interno dell'abitazione). Il compito della ricerca scientifica e giudiziale non è limitato alla raccolta delle testimonianze dei soggetti che hanno visto, per esempio, un bambino lanciare pietre verso la casa. Il ragionevole dubbio va superato con le *logiche dell'"altrimenti"*, cioè con quell'atteggiamento, quasi spirituale, di ricerca di spiegazioni possibili (purché ragionevoli) ogni qual volta la certezza raggiunta sia solo "pratica", cioè fondata su una base statistica, vagamente trasfusa in massime di esperienza, di per sé incompatibile con la prudenza epistemica e lo stesso articolo 533 comma 1 cpp.

111. Si pensi ai casi in cui sia necessario stabilire quale sia l'effetto dannoso dell'assunzione di un medicinale, conoscendo l'incidenza statistica dell'effetto dannoso entro una classe di popolazione. Nel caso di percentuali significative di osservazione, come per esempio la soglia del 95% indicata da Walzer e Monahan come certezza pratica (L. Walker - J. Monahan, *Sampling Evidence at the Crossroad*, in *S. Cal. Law Review*, 2007, pp. 1 ss., accessibile anche su http://ssrn.com/abstract=963204) non sono mancate sentenze che hanno attinto ampiamente al dato statistico, una volta mostrata la sua adeguatezza a dar conto di un certo fenomeno. È quanto accaduto nel c.d. *caso McLaughlin vs. Phillip Morris*, nel quale il giudice di prime cure ha pronunciato sentenza ricorrendo a una prova per campione di incidenza dei danni verso soggetti fumatori di sigarette *light* appartenenti alla classe di riferimento (stimati in circa cinquanta milioni), al fine di vagliare la pretesa soggettiva degli appartenenti alla *class*, alla luce del danno altamente *frequente* osservato. È chiaro che si trat-

In un contesto di crescente rilevanza della prova scientifica, il giudice è chiamato a resistere al canto delle sirene dell'*id quod plerumque accidit* e colmare lo scarto che sussiste tra la frequenza statistica (generale e non direttamente rivolta al fatto concreto) e l'ipotesi sul fatto specifico che si intende provare. Rendere processualmente fruibile una prova statistica significa "individualizzarla", sfruttando il supporto inferenziale fornito dalla tendenziale uniformità rispetto ai casi precedentemente osservati, senza però commettere l'errore di sacrificare le specificità del fatto concreto alle logiche di economia processuale. Sicuramente, un dato statistico particolarmente prossimo alla certezza (pari al 100% di osservazione di quell'evento in determinate circostanze) fornirà all'inferenza sul fatto da provare una «base più oggettiva»[112], ma non colmerà di certo da solo quel *quid pluris* richiesto per superare nel caso di specie la soglia epistemica del ragionevole dubbio. La giustificazione di una credenza posta alla base della motivazione non può – e non deve – mai tradursi in una mera individuazione della legge causale in grado di spiegare il maggior numero di ipotesi simili. Ciò emerge molto chiaramente nella sentenza Franzese, che si preoccupa di precisare che non è consentito, soprattutto sotto il profilo epistemico, «dedurre automaticamente e proporzionalmente dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge di copertura la conferma dell'ipotesi», specie quando si tratta di ricorrere a una «nozione "debole" di causalità». Si avrebbe altrimenti «un'abnorme espansione della responsabilità, in violazione», soprattutto, «della garanzia di responsabilità per fatto proprio»[113]. Per questo motivo, il dato statistico su cui si basa il bayanesimo deve essere integrato, transustanziato ed eventualmente smentito dalle peculiarità del caso concreto, la cui forza probatoria non sembra allo stato quantificabile numericamente.

Perché allora un oculato risparmio delle risorse intellettuali non ha indotto una parte della dottrina e della giurisprudenza ad abbandonare l'interesse e i tentativi di affinamento di algoritmi tanto complessi? La risposta non può che essere *tranchant*: le potenzialità di approcci simili in termini di semplificazione ed economicità del giudizio sono innegabili. Altrettanto innegabile è che il desiderio di oggettività nel giudizio quale espressione massima del *due process of law* non si sia mai rassegnato all'*intime conviction*, per quanto ormai pienamente trasposta nelle non meno rigide forme della razionalità qualitativa. Peraltro, si sbaglierebbe a ricondurre il sogno di poter applicare il linguaggio matematico all'algoritmo di valutazione della prova entro una più generale deriva meccanicista delle scienze cognitive[114].

Poco recettiva di simili proposte, dall'andamento carsico e periodicamente riscoperte, la nostra dottrina vanta un intervento che precede di qualche anno il recupero della dottrina americana del Teorema di Bayes in ambito giuridico negli anni Settanta del Novecento. Pur senza generare l'interesse sperato, la

---

ta pur sempre di una prova statistica per campione, pertanto non sono infondati i dubbi circa la correttezza (*rectius*, giustificazione) dell'inferenza che ha portato a ritenere provato il nesso causale di un evento pregiudizievole a partire dall'incidenza della causa nei casi simili. Si deve pensare che la prova sia stata suffragata da ulteriori evidenze, anche perché, altrimenti, il ragionevole dubbio che un danno alla salute abbia avuto altre cause (o concause) pare difficilmente superato se si considera ciascun caso concreto. Di diverso avviso sarebbe chi, come Luca Masera, propone di attribuire rilievo pienamente probatorio agli studi epidemiologici, nonostante da essi si possa trarre la ragionevole certezza che una condotta abbia determinato l'insorgenza di una patologia non monocausale, ma non anche la prova "*eziologica individualizzante*" che la singola patologia di un determinato soggetto sia causalmente riconducibile (come causa o concausa) a quella determinata condotta. Per scongiurare il rischio di un'abdicazione della repressione penale in tema di malattie professionali, a cui tipicamente si riferiscono le prove epidemiologiche, Masera non esclude il ricorso alle approssimazioni statistiche per giustificare una condanna, laddove esse consentano di raggiungere la prova «oltre ogni ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato [nonostante permanga] un dubbio sulla ricostruzione del fatto oggetto di accertamento». In altri termini, «il dubbio sulla condotta costitutiva del reato è compatibile con la condanna, se risulta comunque certo che l'imputato ha commesso il reato contestatogli» (L. Masera, *La malattia professionale e il diritto penale*, cit., 16, ma si veda anche Id, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, Milano, 2007 e ID, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 445). Invero, tale orientamento, per quanto utilissimo suffragio agli algoritmi decisori fondati su *prior probabilities*, sconta gli stessi limiti in termini di mancanza di prova individualizzata.

112. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 199, nota 196.

113. Così Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, cit., pp. 3650 ss.

114. Sul punto si v. D. Bruni, *Love letters. La dimensione soggettiva del senso e la sua omologazione espressiva*, in F. Bianchini (a cura di), *Imitare la mente. Un dibattito interno alle scienze cognitive*, in *Disc. Fil.*, XXI, n. 1, 2011, p. 182, nota 1) in cui si evidenzia la necessità disporre di linguaggi e dati formalizzati, al fine di consentire non solo il calcolo, ma la *gestione algoritmica dei calcoli*. Se sul piano del formante legislativo, l'introduzione dei codici risponde in parte a queste esigenze di certezza (cfr., su tutti, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976), sul piano dell'oggetto del giudizio tutti gli sforzi si sono mostrati, finora, sostanzialmente vani. Per una visione marcatamente ottimistica circa l'utilità del calcolatore nell'ambito del giudizio si v., su tutti, il recente C. Bona, *Macchine al posto dei giudici*, in L. De Cataldo Neuburger, "*L'operazione decisoria" da emanazione divina alla prova scientifica. Passando per Rabelais*, Cedam, Padova, 2014, pp. 283 ss., spec. p. 286.

rappresentazione algebrica dei possibili esiti del giudizio isolatamente proposta da Carnelutti, in un articolo del 1961[115] segna il solco entro il quale pare opportuno incanalare il crescente, benché tardivo, interesse nella cd. "matematica del processo". Carnelutti riconosceva una certa utilità delle funzioni algebriche quali «*heuristic devices*», in grado di far emergere la tendenziale prevalenza o meno delle ipotesi di colpevolezza e di non colpevolezza (nella consueta forma H e $\neg H$), senza, però, adottare alcun criterio matematico per la precisa ponderazione della probabilità di ciascuna ipotesi[116]. Invero, il senso di frustrazione che pervade il giurista "quantitativo" sembra derivare proprio dall'aspirazione di completa sostituzione del giudizio attraverso algoritmi probatori dall'aspirazione universale[117]. Più propriamente, tali teorie vanno riconsiderate come *heuristic model* per la valutazione probatoria, da cui trarre giovamento processuale e punti di vista inediti, almeno per il giurista di formazione classica, per nuove e più solide conferme della concezione qualitativa oggi dominante[118].

La consapevolezza dei limiti degli approcci quantitativi di cui si è dato conto non ha impedito di affinare modelli di calcolo del peso probatorio e della probabilità delle ipotesi causali, le cui recenti applicazioni sperimentali stanno spingendo repentinamente il dibattito processualistico ben oltre le colonne d'Ercole della probabilità baconiana.

6. Le ultime applicazioni sperimentali della matematica del processo

Tra i nuovi algoritmi processuali già applicati in via sperimentale, uno degli esempi più significativi è il *Compas* (*Correctional offender managment profiling for alternative sanctions*), brevettato da una società americana e inizialmente adottato da un ristretto numero di Corti di merito americane per la previsione su base statistica della *probability of the offender's recidivism* ai fini della quantificazione della pena e della successiva *extended supervision*. Attraverso l'inserimento di una serie di dati oggettivi concernenti il trascorso criminale, le condizioni socioeconomiche e personali dell'imputato, nonché 137 domande a risposta vincolata poste allo stesso, *Compas* misura il rischio di recidivanza come "*low*", "*medium*" e "*high*"[119]. Si tratta di un *software* già largamente in uso ad alcuni corpi di polizia nazionali per calibrare l'intensità della supervisione dei soggetti in libertà vigilata, dopo essere stato ritenuto affidabile, tra gli altri, dalla Divisione di servizi per la giustizia penale dello Stato di New York. Nel 2016 anche la Corte suprema del Wisconsin, pronunciandosi sul caso *State v. Loomis*[120] ha avallato il ricorso ad algoritmi per la determinazione quantitativa del rischio di recidivanza, sulla cui affidabilità epistemica è necessario soffermarsi brevemente. Occorre sin da subito

115. F. Carnelutti, *Accertamento del reato e favor rei*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 337 ss.

116. A questa impostazione sembra per altro rifarsi lo stesso articolo 533, comma 1 cpp, nella misura in cui si richiede, ai fini della condanna, una netta preponderanza della probabilità di colpevolezza rispetto a quella di non colpevolezza (chiaramente, a patto che non vi siano dubbi *ragionevoli* circa spiegazioni alternative). E forse questo intendeva dire anche Cordero, cedendo terreno alla concezione quantitativa, quando scriveva che, «se nessun giudizio storico è tale che sia assolutamente impossibile predicare il contrario, il concetto di verità processuale si può ottenere soltanto a prezzo di una *determinazione quantitativa sulle probabilità contrarie*» (F. Cordero, *Note sul procedimento probatorio*, in *Jus*, 1963, p. 45, corsivo aggiunto).

117. Forse è proprio sulla base di questo obiettivo conclamato che la delusione cresce nel constatare che l'immissione di un qualunque elemento empirico (come una prova testimoniale o documentale) espone ad elevati indici di insuccesso pratico. Proponendosi l'approccio bayesiano come generale modello di funzionamento di un processo decisorio-inferenziale, quindi anche giudiziario, basato su prove di qualsiasi tipo (cfr. M. Taruffo, voce *"Prova scientifica" (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, t. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 971), ci si aspetterebbe una capacità straordinaria di processare un insieme comprensivo, se non di ogni prova atipica, almeno di quelle tipizzate e maggiormente utilizzate.

118. È questa anche l'opinione di Grimaldi, che in M. Grimaldi, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: voce, scienza e legge nella fonetica forense*, in www.questionegiustizia.it/articolo/al-di-la-di-ogni-ragionevole-dubbio_voce_scienza-e-legge-nella-fonetica-forense_10-02-2015.php , 10 febbraio 2015, suggerisce il ricorso al teorema di Bayes per la verifica della verosimiglianza dell'appartenenza ad un determinato soggetto di una voce registrata. Ciò che si propone è fornire attraverso uno strumento statistico di raffronto tra diverse probabilità di tipo bayesiano «un ulteriore indizio a favore o sfavore di una certa ipotesi che, come tale, sarà il Giudice, tramite gli atti a sua disposizione il dibattimento, a inquadrare nell'ambito più complesso dell'intero processo».

119. Si tratta di informazioni fornite dalla stessa società Northpointe Inc. sul proprio sito per presentare il proprio algoritmo (www.northpointeinc.com/files/downloads/FAQ_Document.pdf). Così coniugati dati oggettivi relativi alla storia criminale dell'imputato e risposte fornite dallo stesso imputato, *Compas* processa tutte le informazioni raccolte suddividendole in 12 sezioni: "*Current Charges*", "*Criminal History*", "*Non-Compliance*", "*Family Criminality*", "*Peers*", "*Substance Abuse*", "*Residence/Stability*", "*Social Environment*", "*Education*", "*Vocation*", "*Leisure/Recreation*", "*Social Isolation*", "*Criminal Personality*", "*Anger*" e "*Criminal Attitudes*."

120. *Loomis*, 881 N. W. 2d 749 ss. (Wis. 2016), accessibile al link www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690.

precisare che, trattandosi di algoritmo brevettato, «la metodologia usata per formulare tale valutazione non è stata comunicata né al giudice né all'imputato»[121]. Pertanto, non è possibile vagliare in concreto l'idoneità del meccanismo di calcolo approntato, ma solo la sua astratta idoneità a fornire informazioni rilevanti per il giudizio sul pericolo di recidiva.

Si è già detto che il bayanesimo giuridico si è sviluppato principalmente in relazione al calcolo della credenza soggettiva fondata sulla probabilità di una certa ipotesi ricostruttiva alla luce di determinati dati probatori. Invero, il modello bayesiano è idoneo a suffragare anche valutazioni prognostiche su un'ipotesi, a patto di disporre di un compendio di *prior probablities* sufficientemente integrato. Anche nel caso dell'algoritmo *Compas,* il ricorso a statistiche redatte dalla società privata sulla scorta di osservazioni di casi precedenti su scala nazionale per la determinazione della probabilità di recidivanza sembra seguire logiche prettamente bayesiane. Conoscere i limiti in cui il bayanesimo giuridico incorre consente di intuire quali siano le critiche che possono essere mosse al calcolo del rischio di recidivanza sulla base di dati statistici ottenuti osservando casi e soggetti diversi da quello del caso concreto. Pur rigettando il ricorso dell'imputato, che lamentava l'incompatibilità del *Compas* con i principi del giusto processo sotto il profilo dell'inidoneità epistemica e della violazione del diritto di difesa per l'impossibilità di conoscere il suo meccanismo di funzionamento, la Corte suprema del Wisconsin ha ridimensionato l'entusiasmo in futuristici scenari di giustizia predittiva. Nelle motivazioni della sentenza, la Corte suprema del Wisconsin ha evidenziato che algoritmi a base statistica, come *Compas*, «non prevedono la specifica verosimiglianza che un determinato imputato commetterà un nuovo reato. Al contrario, forniscono una previsione basata su una comparazione di informazioni del singolo imputato su quelle di un gruppo di soggetti simili»[122]. Sulla scorta di tale constatazione, la Corte suprema ha concluso che *Compas* «è solo uno di una serie di molti fattori che possono essere considerati e ponderati nella decisione»[123]. A ben guardare, infatti, il ricorso a *mathematical tools* deve ragionevolmente essere limitato, come già si è detto sulla scorta delle intuizioni di Carnelutti, alla combinazione di dati, a patto di poterli misurare in termini numerici, e mai in sostituzione del giudizio. Solo valutando l'esito di *Compas* quale fattore non esclusivo della decisione può assicurarsi che le decisioni siano rispettose del *right to individualized sentencing,* conservando la Corte «la discrezionalità e la conoscenza necessaria per disattendere, quando necessario, la valutazione»[124]. È, in sostanza, la conferma dell'impossibilità di eliminare l'*intime conviction*, specie in tema di valutazione prognostica del rischio di recidivanza, inevitabilmente affidato all'«*intuition, instinct and sense of Justice*»[125] del giudicante. Peraltro, nonostante i limiti imposti all'uso processuale di *Compas*, la Corte si mostra ben conscia dei rischi di un abuso, posto che «la maggior parte dei giudici non è in grado di comprendere gli esiti degli algoritmi di calcolo del rischio»[126] e che l'esercizio del diritto di difesa appare estremamente compromesso dalla segretezza del loro meccanismo di funzionamento[127]. È infatti crescente il numero di pronunce di Corti americane in cui si esalta entusiasticamente il ruolo probatorio dei *risk assessment tools*[128], ma anche il rischio che sulla

121. *State v. Loomis. Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing,* in *Recent cases, Harv. L. Rev.*, 130, 2017, 1530 (traduzione dell'autore).

122. *Loomis*, 881 N. W. 2d, cit., § 15 (traduzione dell'autore).

123. *Ibidem*, § 99 (traduzione dell'autore).

124. *State v. Loomis. Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*, cit., 1532 (traduzione dell'autore).

125. J.M. Yatt - S. L. Chanenson - M. H. Bergstrom, *Reform in Motion: The Promise and Perils of Incorporating Risk Assessments and Cost-Benefit Analysis into Pennsylvania Sentencing,* in *Duq. U. Law Rev.*, 2011, p. 707.

126. *State v. Loomis. Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*, cit., 1535 (traduzione dell'autore).

127. È proprio sotto quest'ultimo aspetto che viene mossa una delle più dure critiche al COMPAS e alla sentenza della Corte Suprema del Wisconis, la quale ha escluso la contrazione dei diritti di difesa ridimensionando il ruolo effettivamente svolto dagli algoritmi nel processo. Contro tale conclusione si scaglia, tra gli altri, K. Freeman, *Algorithmic injustice: how the Wisconsin Supreme Court Failed to protect due process rights in State v. Loomis,* in *North Carolina Journal of Law & Technology*, XVIII, 2016, pp. 75 ss., ove si propone «di trasformare *Compas* da *property algorithm* a *open-source algorithm* che i difensori possano analizzare e utilizzare autonomamente» e di introdurre «un processo di verifica in cui un supervisore esterno alla società effettui costanti controlli sul sistema per garantirne precisione e funzionamento appropriato» (*ibidem*, 101, traduzione dell'autore).

128. Tra le più eloquenti è la decisione della Corte Suprema dell'Indiana *Malenchik v. State*, 928 N.E.2d 564, 574 (Ind.2010) ove si legge che tali algoritmi «*enable a sentencing judge to more effectively evaluate and weigh several express statutory sentencing considerations such as criminal history, the likelihood of affirmative response to probation or short term imprisonment, and the character and atti-*

presunzione di conformità dei casi presenti con quelli simili registrati in passato si sacrifichino le specificità del caso concreto, attraverso la trasformazione del ragionevole dubbio in mera quantificazione statistica del margine di errore giudiziario ritenuto accettabile. Se tale constatazione è valida in una realtà come quella americana, in cui il dibattito sull'uso processuale di algoritmi decisori e predittivi è ormai approfondito e diffuso, non resta che domarsi quale potrebbe essere la capacità dei giudici e delle Corti supreme continentali di far fronte all'inarrestabile diffusione di simili *tools*[129].

Nel 2016 anche l'*University college of London* ha sviluppato un algoritmo decisorio in grado prevedere le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo[130]. Prendendo in esame la giurisprudenza recente della Corte in relazione ai soli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione, l'algoritmo si è rivelato idoneo a valutare la violazione o meno degli articoli presi in esame in nuovi casi concreti posti all'attenzione della Corte, ottenendo un margine di successo (decisione conforme a quella calcolata dall'algoritmo) fino al 79%. L'algoritmo processa un *input* di parole chiave relative a tre macrosezioni. La prima, avente ad oggetto una sommaria descrizione del fatto, comprensiva di una sottosezione relativa alle circostanze legate al caso concreto e di un'altra relativa alle normative nazionali poste all'attenzione della Corte. La seconda riguardante le norme della Convenzione coinvolte da ogni singola decisione così come interpretate dalla giurisprudenza convenzionale. Infine, la terza relativa agli esiti di tutte le decisioni in termini di violazione o meno dei diritti della Convenzione riguardanti le parole chiave delle due precedenti sezioni. Da ciò, l'algoritmo effettua un raffronto con le parole chiave che descrivono il fatto del caso *de quo* e offre come *output* una previsione della decisione della Corte. Non v'è dubbio che un margine di errore che va dal 20 al 30% sembra ostativo a qualsiasi ambizione di sostituzione del giudizio di una Corte, espressione una pluralità di pensiero che la semplice statistica non riesce nemmeno a descrivere, limitandosi all'esito binario *violazione/¬violazione* delle decisioni. Eppure, ancora una volta, il pragmatismo dei proponenti, che si limitano a proporre tale strumento come integrazione di un insostituibile giudizio umano, obbliga l'interprete a riconsiderare il ruolo dei *tools* nel processo. Un risultato fallimentare come il 21% di previsioni errate può anche essere letto come incidenza della tendenza a conformarsi al precedente nel 79% delle decisioni, su cui tutte le teorie bayesiane, a ben guardare, scommettono.

Sulla medesima scommessa teorica, una società privata francese ha sviluppato e messo in vendita un *software* rivolto agli avvocati del tutto simile a quello sviluppato dall'U.C.L. per la previsione *dichiaratamente* solo probabile degli esiti di una causa, sommariamente descritta alla luce di precedenti decisioni processate in un *database* costantemente aggiornato[131]. L'obiettivo dichiarato dagli sviluppatori è, anche in questo caso, fornire un contributo per «testare la tenuta delle argomentazioni e scegliere la strategia migliore» attraverso il calcolo delle probabilità di vittoria della causa, ottimizzando le risorse intellettuali e di tempo. Per altro, il sito suggerisce di ricorrere all'algoritmo ivi proposto anche per conoscere i margini di successo o meno della lite, e negoziare di conseguenza attraverso il ricorso agli istituti alternativi al giudizio. Nel campo delle *alternative dispute resolution*, i rischi connessi allo scorretto uso degli algoritmi di giustizia predittiva sono amplificati, posto che non è inimmaginabile che i privati si affidino ad essi in via esclusiva, per la definizione apparentemente "oggettiva" delle controversie.

In Italia l'eco di questi metodi formali applicati al processo penale, tanto affascinanti quanto pericolosi, è giunta con un certo ritardo, a parte qualche pronuncia di giudizi nazionali che sporadicamente hanno

---

tudes indicating that a defendant is unlikely to commit another crime».

129. Oltre a *Compas*, si ricordi ancora almeno l'algoritmo HCR-20V3 (*Historical Clinical Risk Managment)*, giunto alla terza versione e adottato, in fase per lo più sperimentale, in oltre trenta paesi. Si v. J. L. Ireland - A. Carol - P. Brich, *Violent and sexual offenders*, Rutledge, New York, 2018, nonché AA.VV., *The HCR-20V3 in Germany*, in *International Journal of forensic mental health*, 2014, pp. 122 ss. e AA.VV., *The utility of HCR-20V3 and PCL:SV in the prediction of diversion non compliance and reincarceration in diversion programs*, in *Criminal Justice and Behaviour*, 2012, pp. 475 ss.

130. Il progetto è accessibile al link www.ucl.ac.uk/news/news-articles/1016/241016-AI-predicts-outcomes-human-rights-trials. Per la presentazione della ricerca da parte degli autori si v. N. Aletras - D. Tsarapatsanis - D. Preoţiuc-Pietro - V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, p. 2; e p. 93, accessibile su https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93.

131. https://predictice.com/.

adottato il teorema di Bayes[132]. Ancora di recente il Tribunale di Milano[133] ha fatto uso del bayanesimo giuridico per escludere che un'impronta dattiloscopica, quand'anche sicuramente lasciata dal colpevole e verificata con un errore inferiore al 99.9%, sia in sé sufficiente per suffragare una sentenza di condanna. Ciò, in quanto tale dato deve essere inserito all'interno di una logica combinatoria di tipo bayesiano, nella quale $P(H|E)$ è data dal raffronto di tutte le risultanze disponibili e, ove queste individuino un quoziente di verosimiglianza inferire a 1 (screditando l'ipotesi accusatoria), il dato potrebbe non raggiungere nemmeno lontanamente la soglia critica del ragionevole dubbio, comunque la si intenda determinare. Nel caso di specie, partendo da una probabilità iniziale di colpevolezza pari a 0,1 % sulla base delle altre risultanze istruttorie, la prova scientifica con un margine di attendibilità pari a 99,9% offre una probabilità di colpevolezza pari soltanto al 50%[134]. A questi timidi tentativi di trasporre gli algoritmi predittivi e abduttivi al processo penale italiano, si deve aggiungere il *KeyCrime*[135], in uso dal 2007 presso la Questura di Milano per la prevenzione e repressione di reati seriali e, in particolare, rapine seriali nel contesto territoriale di riferimento. Attraverso la raccolta dei dati relativi a tutte le rapine già accertate definitivamente nel milanese, il *KeyCrime* individua i *trend* comuni tra i vari reati attribuiti a ciascun soggetto, nonché le connessioni statisticamente frequenti tra caratteristiche personali[136]. Oltre ad incoraggianti risultati sul piano di previsione e prevenzione mirata, il *KeyCrime* combina i *big data* a disposizione con le informazioni raccolte sul luogo del delitto, giungendo a *profilare* un possibile responsabile, già noto o ancora ignoto. Rinviando ad altra sede lo studio degli effetti che la applicazione di un simile *software* comporterebbe sul nostro garantismo penale, ci si limita a constatare che l'indagine giudiziaria ne risulterebbe mutata e indirizzata non solo alla raccolta degli elementi di prova, ma anche dei dati personali dell'indagato apparentemente irrilevanti, ma necessari per consentirne un raffronto con il *profilo* fornito dal *KeyCrime*[137].

7. Conclusioni. L'Umanesimo digitale e il diritto ad un giudizio umano

Molto tempo è ormai passato da quando, nel 1949, Jerome Frank teorizzava il ricorso ai calcolatori al processo per l'applicazione oggettiva delle norme giuridiche, mostrando una netta insofferenza per le incertezze del giudizio umano[138]. Oggi, come si è visto, l'epistemologia giudiziaria si è spinta ben oltre, lanciando sfide inedite che la dottrina, la giurisprudenza e, *in primis*, il legislatore si trovano oggi costretti ad affrontare.

Non si può negare che la re-ontologizzazione dell'indagato come ente informazionale[139] – essenziale per consentire il funzionamento dei *tools* sopracitati – comporti la necessità di ridefinire i tradizionali termini del garantismo penale, nell'accezione "allar-

132. Tra le rarissime pronunce si v. Trib. Torino, 23 dicembre 1991, Leonardis, in *Cass. pen.*, 1992, 2212 ss.; Trib. Min. Venezia, 27 novembre 1986, Pasqual c. Doro, in *Giur. mer.*, 1989, 639 (sulla quale si segnala anche la nota di G. Manera, *Dichiarazione giudiziale di paternità e decorrenza dell'obbligo di mantenimento. Nuova metodologica per l'accertamento della paternità*, in *ibidem*). Per un esame più approfondito delle sparute pronunce di tribunali italiani in cui ricorre il teorema di Bayes si rinvia a E. M. Catalano, *Prova indiziaria, probablistic evidence e modelli matematici di valutazione*, cit., pp. 530 ss.

133. Trib. Milano, sez. gip., sent. 18 giugno 2015, giud. Gennari, accessibile al link www.penalecontemporaneo.it/upload/1445325933Trib_MI_Gennari.pdf.

134. Cfr. P. Garbolino, *Il teorema di Bayes applicato alla prova dattiloscopica trova cittadinanza nel Tribunale di Milano*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 3463 ss. e J. Della Torre, *Il "teorema di Bayes" fa capolino al tribunale di Milano*, in *Diritto Penale Contemporaneo online*, p. 2015, www.penalecontemporaneo.it/d/4213-il-teorema-di-bayes-fa-capolino-al-tribunale-di-milano.

135. www.poliziadistato.it/statics/16/la-chiave-del-crimine.pdf. Tra i pochissimi studi della dottrina, si segnala, ancorché con un approccio economicista, il pregevole G. Mastrobuoni, *Crime is terribly revealing: an evaluation predictive policing*, University of Essex - Collegio Carlo Alberto, 2017, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2989914.

136. Tra cui, si segnala, l'estrazione sociale, con determinate modalità esecutive della condotta

137. Sono meritori di nota anche il *software* G.I.A.N.O.S., sviluppato nel 1993 dall'Associazione bancaria italiana (Abi) per consentire agli istituti bancari l'adempimento dei doveri imposti dalla normativa antiriciclaggio e il *software* S.O.Cr.A.TE.s., promosso dal Governo italiano per «fornire uno strumento di supporto alle indagini delle forze di polizia e alle decisioni dell'autorità giudiziaria riguardo alle misure cautelari e ai benefici penitenziari» (v. il cursorio comunicato stampa www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS1195236&previsiousPage=mg_2_3_4_7). Si tratta, anche in questo caso, di un modello di *offender* e *crime profiling*, attualmente solo sperimentale e circoscritto agli autori di reati efferati a sfondo sessuale, basato su dati personali, comportamentali, patologici e descrittivi delle modalità esecutive del reato.

138. J. Frank, *Courts on Trial*, Princeton University Press, New York, 1949.

139. Su cui si rinvia a L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Cortina Editore, Milano, 2017.

gata" proposta da Ferrajoli quale «modello teorico e normativo di diritto penale in grado di razionalizzare e minimizzare la violenza dell'intervento punitivo vincolandolo – nella previsione legale dei reati, come nel loro accertamento giudiziario – a limiti rigidi imposti a tutela dei diritti della persona»[140]. Tra questi, inevitabilmente, il diritto alla privacy, declinato nella sua massima espressione di diritto al corretto utilizzo dei propri dati personali e al minor sacrificio possibile per il perseguimento degli obiettivi di giustizia penale. Invero, l'Umanesimo digitale passa anche per la giustizia penale ed esige che il progresso tecnologico applicabile alla ricerca e alla valutazione della prova sia quanto prima filtrato dal legislatore, nel suo insostituibile ruolo di regolatore per la minimizzazione del potere giudiziario. Rivendicare una dimensione digitale del garantismo penale obbliga a interrogarsi sulla ragionevolezza dell'enorme sacrificio imposto alla privacy dell'imputato da strumenti di indagine come la profilazione e del *crime linkage, a fortiori* a seguito dell'obbligo europeo di condivisione dei dati personali per la repressione dei reati imposto dalla Direttiva Ue 680/2016.

Molti interrogativi sorgono anche sotto il profilo dei principi Daubert[141], posto che i meccanismi di funzionamento degli algoritmi di *crime Analysis* sono per lo più coperti dal segreto industriale, rendendo impossibile la verificabilità, la sottoposizione al controllo della comunità scientifica e la precisa determinazione del tasso di errore[142]. Inoltre, assai serio è il rischio di discriminazione sulla base di alcuni dati personali sensibili, tra cui la razza e l'estrazione sociale, evidenziato in innumerevoli studi che la più attenta dottrina americana ha proposto per contrastare il crescente affidamento delle Corti di merito a *tools* come *Compas*[143].

Come si è anticipato, il più grande *vulnus* di simili approcci rimane la mancanza di individualizzazione della decisione, con l'inaccettabile asservimento alla nuda statistica delle peculiarità del caso concreto; il che impone di ridimensionarne il ruolo nell'accertamento giudiziale dei fatti e nella valutazione delle prove. Sembra esserne consapevole anche il legislatore europeo della Direttiva Ue 680/2016 il quale, pur incentivando il ricorso al *profiling* e ai *tools* di elaborazione e combinazione di dati in fase di investigazione, si premura di esigere che «una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato [debba essere] vietata». Unica eccezione è la presenza di un'autorizzazione da parte del diritto dello Stato membro o dell'Unione europea, previa concessione di adeguate tutele per l'interessato, tra cui l'ineliminabile «diritto ad ottenere l'intervento umano da parte di un titolare del trattamento»[144].

Ciò dimostra che, fuori dall'Italia, il dibattito sull'applicazione degli algoritmi al processo penale è ormai giunto ad una fase avanzata, in cui non è più in discussione l'*an*, bensì il *quomodo*. Il diritto al giudizio umano così chiaramente scolpito dal legislatore europeo assurge a sintesi di un nuovo garantismo digitale, in grado di restituire all'*intime conviction* un ruolo probabilmente ridimensionato, ma non totalmente sacrificato sull'altare dell'illusoria ambizione di ottenere l'oggettività nei giudizi tramite il ricorso al calcolo aritmetico.

In conclusione, a dispetto delle apparenze iniziali, l'inesorabile sviluppo della matematica del processo sembra offrire realmente al sistema giudiziario un compendio di algoritmi cognitivi sempre più sofisticati, in grado di supportare – non surrogare – il giudicante nel perseguimento di una maggiore prevedibilità delle decisioni ed eliminazione delle anamorfosi. Al contempo, però, i rischi sottesi all'uso commerciale e all'abuso dei *mathematical tools* nel processo sono tanto significativi e permeanti da rendere improcrastinabile l'individuazione di criteri per discernere tra algoritmi utili al giudizio e *junk science*. Compito a cui nessuno, tantomeno il legislatore, può sottrarsi. D'altronde, le colonne d'Ercole sembrano già alle spalle.

---

140. L. Ferrajoli, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, p. 130.

141. Sono ancora perfettamente applicabili anche al *profiling* e alle nuove tecniche di indagine basate sulla algoritmizzazione del processo le considerazioni di F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cassazione Penale*, 2009, pp. 3520 ss.

142. Si rinvia a S. Achter - B. Millelstadt - L. Floridi, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017.

143. Sul punto, magistrale è il contributo di S. B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the scientific rationalization of discrimination*, in *Standford Law Review*, 2014, pp. 803 ss.

144. Articolo 11 della Direttiva Ue 680/2016 (corsivo aggiunto), che ripropone il contenuto dell'articolo 22 del Regolamento Ue 679/2016, di analogo tenore. Tale formulazione richiama il ben più risalente articolo 15 della Direttiva Ce 46/1995.

Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?

I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa

di *Clementina Barbaro*

L'uso dell'intelligenza artificiale come strumento di supporto del lavoro degli operatori del diritto e dei tribunali è ancora un fenomeno embrionale in Europa. Tra le diverse soluzioni proposte, suscitano un interesse crescente quelle riguardanti l'analisi e il trattamento della giurisprudenza per ridurre l'alea del giudizio e garantire una maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie. È necessario, tuttavia, interrogarsi sull'effettività di queste applicazioni, impropriamente qualificate di "giustizia predittiva", alla luce delle caratteristiche attuali dell'intelligenza artificiale e, in particolare, del *machine learning/apprendimento automatico*. Il loro impatto sulla professione del magistrato, sulla produzione della giurisprudenza e sulle garanzie dell'equo processo merita inoltre di essere attentamente esaminato.

La Commissione europea sull'efficacia della giustizia (Cepej) ha condotto uno studio approfondito su questi temi e redige attualmente una «Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari», adottata alla sessione plenaria della Cepej del 3-4 dicembre 2018. Primo strumento europeo in materia, la Carta etica enuncia principi sostanziali e metodologici applicabili all'analisi e al trattamento delle decisioni giudiziarie e intende essere un punto di riferimento per l'attività di soggetti privati e pubblici attivi in questo settore, tanto per quanto riguarda lo sviluppo concreto di applicazioni di intelligenza artificiale quanto per l'elaborazione di politiche pubbliche riguardanti l'integrazione di tali applicazioni nel sistema giudiziario.

La Commissione europea sull'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa si interessa da diversi anni all'impatto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sui sistemi giudiziari europei. Nel 2016, la Cepej ha adottato uno studio approfondito sull'uso di queste tecnologie nei tribunali europei[1] e delle Linee direttrici sulla "cybergiustizia"[2]. In continuità con il lavoro svolto e alla luce di importanti sviluppi in alcuni sistemi giudiziari europei – in particolare, il progressivo diffondersi di applicazioni fondate sull'intelligenza artificiale (Ia) a fini di sostegno dell'attività giudiziaria –, la Cepej ha intrapreso l'elaborazione di una «Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari».

La Carta etica è stata adottata, in prima battuta, dal Gruppo di lavoro sulla qualità della giustizia, composto da sei membri (magistrati, professori universitari, funzionari ministeriali) nominati dal *Bureau* della Cepej su proposta dei rispettivi Governi, ed è stata formalmente adottata dalla Cepej durante la sessione plenaria del 3-4 dicembre[3]. I suoi contenuti saranno dettagliati ulteriormente in questo articolo,

1. Cepej, Studio n. 24, *Rapport thématique: l'utilisation des technologies de l'information par les tribunaux en Europe*, 2016 (dati del 2014).

2. Cepej (2016) 13, https://edoc.coe.int/fr/efficacite-de-la-justice/7498-lignes-directrices-sur-la-conduite-du-changement-vers-la-cyberjustice-bilan-des-dispositifs-deployes-et-synthese-de-bonnes-pratiques.html.

3. Per il testo della «Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (Intelligenza artificiale) nei sistemi giudiziari e in ambiti connessi» (in inglese e francese) e per un primo commento, cfr. C. Barbaro, *Cepej, adottata la prima Carta etica europea sull'uso dell'in-*

ma si evidenzia fin d'ora che la Carta è il primo strumento europeo a enunciare i principi fondamentali che dovrebbero guidare l'applicazione dell'Intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, particolarmente quando le soluzioni di Intelligenza artificiale si fondano sul trattamento delle decisioni giudiziarie. Alla formulazione dei principi seguiranno uno studio approfondito di alcune applicazioni di Intelligenza artificiale in corso di sperimentazione in diversi Stati europei e delle raccomandazioni sull'uso di tali applicazioni, un glossario e una *checklist* di autovalutazione, per verificare il livello di adesione ai principi summenzionati.

Questo articolo illustra, in maniera succinta, le linee portanti della riflessione del Gruppo di lavoro sulla qualità della giustizia su questo tema[4]. A questo proposito, si nota che le applicazioni qualificate di "giustizia predittiva" sono state oggetto di particolare attenzione da parte del Gruppo: da un lato, perché vivaci dibattiti sono in corso in alcuni Paesi europei con riferimento al loro ambito di applicazione e ai loro effetti sul lavoro dei magistrati; dall'altro, perché esse sono particolarmente rappresentative delle caratteristiche di funzionamento dei sistemi di Intelligenza artificiale attuali. Queste due questioni sono, in realtà, interconnesse: una riflessione sull'uso di queste tecnologie applicate alla giurisprudenza (par. 2) non può, in effetti, prescindere da un'analisi obiettiva delle loro potenzialità e dei loro limiti di funzionamento (par. 1). Inoltre, la definizione di principi etici è essenziale al fine di garantire che gli strumenti di Intelligenza artificiale, in particolare quelli che si basano sul trattamento delle decisioni giudiziarie, incluse quelle di "giustizia predittiva", soddisfino un certo di numero di criteri sostanziali e metodologici (par. 3).

1. Meccanismi alla base degli strumenti di "giustizia predittiva" e loro limiti intrinseci

Si rileva, in primo luogo, che con l'espressione "intelligenza artificiale" si designa un insieme di scienze, teorie e tecniche il cui obiettivo ultimo è quello di permettere a una macchina di risolvere problemi, comprendere e interagire con la realtà come farebbe un essere umano. Gli specialisti distinguono tra intelligenze artificiali "forti" (in grado di contestualizzare e risolvere in modo autonomo problemi specialistici molto diversi tra loro) e intelligenze artificiali "deboli" o "moderate" (in grado di fornire prestazioni specifiche qualitativamente equivalenti e quantitativamente superiori a quelle umane). Le intelligenze artificiali utilizzate per il trattamento e l'analisi della giurisprudenza, su cui si fondano le applicazioni di "giustizia predittiva", appartengono a questa seconda categoria e si basano in particolare su due tecniche:

- il *natural language processing* (trattamento del linguaggio naturale): ci si riferisce qui, in estrema sintesi, al trattamento informatico del linguaggio umano[5];
- il *machine learning* (l'apprendimento automatico); questa tecnica permette di costruire uno o più modelli matematici una volta identificate le correlazioni esistenti tra grandi masse di dati. A differenza dei "sistemi esperti" degli anni '90, che cercavano di modellizzare delle regole di gestione fondate sul ragionamento umano, e di applicarle ai dati in entrata, la macchina ricerca in modo autonomo (con o senza la supervisione di un essere umano) le correlazioni e deduce delle regole dall'enorme quantità di dati forniti. Applicata alle decisioni giudiziarie, essa individua le correlazioni tra i diversi parametri di decisioni rese in passato su un certo argomento (in materia di divorzio, ad esempio, può trattarsi della durata del matrimonio, del reddito dei coniugi, il verificarsi di un adulterio, etc.) e ne deduce uno o più modelli matematici, su cui si fonda per "prevedere" gli elementi di una futura decisione giudiziaria (ad esempio, l'ammontare dell'assegno di mantenimento).

Le modalità di funzionamento di cui sopra inducono una riflessione sull'uso dell'aggettivo "predittivo", che è frequentemente utilizzato nell'ambito della matematica, dove per esempio si parla di "equazione predittiva". Peraltro, se la facciamo risalire alle radici latine, la predizione è l'atto di annunciare (*prae*, prima - *dicere*, dire) eventi futuri con un'ispirazione

telligenza artificiale (AI) nei sistemi giudiziari, in *Questione giustizia on line* del 7/12/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/cepej-adottata-la-prima-carta-etica-europea-sull-uso-dell-intelligenza-artificiale-ai-nei-sistemi-giudiziari_07-12-2018.php.

4. Vorrei ringraziare il Dottor Yannick Meneceur, magistrato, consigliere di intelligenza artificiale al Consiglio d'Europa. Yannick Meneceur ha contribuito ai lavori del Gruppo ed è autore di numerose pubblicazioni sulla giustizia predittiva, tra cui *Le numérique, levier essentiel d'une meilleure efficacité et qualité de la justice en Europe*, in *Enjeux numériques*, Les Annales des mines, Parigi, n. 3/2018, pp. 11-15 (disponibile *online*: www.annales.org/enjeux-numeriques/2018/en-2018-03/EN-2018-09-3.pdf).

5. Applicazioni di uso comune che utilizzano questa tecnica sono, ad esempio, le assistenti vocali («Siri» di Apple o «Alexa» di Amazon, per citarne alcune tra le più conosciute).

quasi soprannaturale. La previsione, invece, è il risultato dell'osservazione (*videre*, vedere) di un insieme di dati, al fine di prevedere una situazione futura. Quindi, ancora prima di discutere i meriti di questi sistemi che cercano di anticipare le decisioni giudiziarie, sembra imperativo qualificarli per quello che fanno realmente (della previsione e non della predizione), mettendo da parte un linguaggio fuorviante.

Poste queste premesse, per meglio comprendere le caratteristiche delle applicazioni di apprendimento automatico applicato alla giurisprudenza, la Cepej ha fatto riferimento a uno studio condotto dallo *University College of London* (Ucl), che si è occupato di 584 decisioni di apprendimento automatico della Corte europea dei diritti dell'uomo[6]. Questo studio è stato scelto per diversi motivi: è l'unico studio che si è occupato della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, soprattutto, è pubblico e ben documentato. I risultati sono stupefacenti: con l'utilizzo di tecniche di apprendimento automatico, la macchina riproduce le decisioni umane con una percentuale di successo del 79%.

Questo risultato è, in realtà, tanto sorprendente quanto la meccanica utilizzata. La macchina è stata programmata su diversi elementi costitutivi delle sentenze della Corte: i *fatti*, l'*applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* e il *dispositivo* (binario: violazione o non violazione). La frequenza della presenza di gruppi lessicali coerenti è stata, poi, registrata in una banca dati e confrontata con la violazione (o meno) della Convenzione. In sintesi, le parole che potrebbero portare a una violazione (o non violazione) della Convenzione sono state ponderate in base alla loro presenza predominante nei diversi tipi di decisioni esaminate. Così, secondo lo studio, i termini «condizioni di detenzione», «obblighi dello Stato», «esecuzione delle decisioni» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati in una decisione di violazione. Al contrario, la «mancanza di prove», i «diritti di proprietà», la «precedente violazione degli articoli 2 e 11» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati nelle decisioni di non violazione.

La macchina Ucl *non ha dunque cercato di simulare un ragionamento giuridico*; ha, semplicemente, provveduto al trattamento statistico dei dati raccolti e calcolato delle probabilità. Lo stesso lavoro, svolto sull'applicazione della Convenzione, ha portato a una riduzione del tasso di successo della riproduzione delle decisioni al 62%. Questo risultato, più che soddisfacente a prima vista, deve tuttavia essere riconsiderato alla luce del fatto che chiunque ha una possibilità di "predire" l'esito di una decisione affermando a caso "violazione" o "non violazione" (50%).

Si potrebbe obiettare che la tecnica utilizzata è solo una tra le tante, e che altre soluzioni sono testate da ricercatori ed esperti informatici per superare questi limiti. Tuttavia, le questioni di fondo che queste nuove tecnologie cercano di trattare sono le seguenti: possiamo modellare matematicamente la legge e la sua applicazione? L'approccio "inferenziale" del *machine learning* può rivelare delle regole di applicazione del diritto? In altre parole, questo tipo di tecnica può illustrare delle *tendenze nella giurisprudenza* o addirittura rivelare *pregiudizi nel comportamento dei giudici*, come hanno sostenuto alcuni articoli a supporto della "giustizia predittiva" pubblicati in Francia[7]?

Per rispondere a questo quesito, e valutare altresì la pertinenza delle soluzioni proposte, è utile ricordare quali siano le caratteristiche principali di una decisione giudiziaria. Una decisione giudiziaria è, essenzialmente, la selezione dei fatti rilevanti da parte del giudice, l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche a tali fatti. L'applicazione del diritto ai fatti è spesso un'operazione complessa: ci possono essere, per esempio, una moltitudine di fonti che non si integrano in modo perfettamente coerente, caratteristica che il teorico del diritto Herbert L.A. Hart ha qualificato di «tessuto aperto del diritto»[8]. Inoltre, il sillogismo giudiziario sembra essere più un modo di presentare il ragionamento giuridico *a posteriori* che la traduzione logica di tutte le tappe del ragionamento effettuato dal giudice. In effetti, tale ragionamento può essere punteggiato da una moltitudine di scelte discrezionali che non sono riconoscibili *a priori*, come il fatto di selezionare e di trattare solo alcuni degli elementi addotti dalle parti.

Una decisione giudiziaria costituisce, dunque, una materia prima imperfetta per consentire un'identificazione rigorosa di tutti i fattori causali di una decisione, creare dei modelli di ragionamento del giudice e raggiugere dei risultati "predittivi" affidabili. Per le stesse ragioni, non è possibile affermare che il *machine learning* permetta di spiegare il comportamento del giudice. Il fatto che un giudice renda statisticamente delle decisioni di affidamento dei figli

6. N. Aletras - D. Tsarapatsanis - D. Preoţiuc-Pietro - V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ computer science*, 24 ottobre 2016, https://peerj.com/articles/cs-93/.

7. M. Benesty, *L'impartialité des juges mise à mal par l'intelligence artificielle*, in *Village de la justice*, 24 marzo 2016, www.village-justice.com/articles/impartialite-certains-juges-mise,21760.html.

8. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002 (ed. or.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961).

a favore della madre non riflette necessariamente un pregiudizio nei confronti del padre, ma piuttosto l'esistenza di fattori psicosociali, economici o addirittura culturali specifici della giurisdizione in cui esercita, come la presenza o meno di servizi sociali, il fatto che il bambino vada a scuola oppure no, l'orario di lavoro di ciascun genitore, o anche semplicemente la mancanza di interesse da parte di uno dei due genitori a farsi carico del figlio piccolo.

Il rischio che si pone concretamente è che le correlazioni operate dal *machine learning* siano in realtà poco significative e che un lavoro analitico ulteriore sia necessario per isolare i veri elementi causali di una decisione.

Per le ragioni summenzionate, le prestazioni dell'Intelligenza artificiale applicata alla giurisprudenza si rivelano dunque comparativamente più deboli e imperfette che in altri campi, in cui i risultati raggiunti sono eccezionali. Citiamo qui, per il clamore mediatico che ha suscitato, la vittoria dell'applicazione di Intelligenza artificiale «Alpha Go» sul campione mondiale (umano) del gioco cinese molto complesso del Go nel 2012, e la successiva vittoria di «Alpha Go Zero» (versione ulteriore potenziata) su «Alpha Go» nel 2017[9]. Ma perché l'Intelligenza artificiale funziona in maniera estremamente efficace con il gioco del Go e non con il diritto?

Per rispondere a questa domanda, bisogna tenere conto di un limite importante dell'Intelligenza artificiale, che è l'incapacità di adattare il suo funzionamento al di fuori del proprio modello. Il mondo del gioco del Go è definito e definibile per una macchina: pietre bianche o nere, 19 linee su 19, combinazioni esponenziali di movimento, ma senza che sia possibile effettuare un completo cambiamento di paradigma. Gli scienziati sono in grado di modellare questo tipo di mondo utilizzando la matematica discreta, che si occupa di insiemi numerabili o finiti, dove si possono effettuare milioni di prove per gestire le milioni di combinazioni possibili. Bisogna ammettere che la matematica ci ha insegnato che alcuni eventi aleatori possono essere modellati, come nella *Macchina di Galton*, dove un gran numero di palline cadono verticalmente attraverso file di chiodi prima di depositarsi sul fondo, formando delle pile. Nonostante le palline si muovano a caso a destra o a sinistra, al termine dell'esperimento, le altezze di queste pile assumono approssimativamente la forma di una curva a campana. Ma cosa succederebbe se ci fosse un cambiamento totale di paradigma in questo modello?

Il mondo reale, che non è finito come quello del Go, ma complesso e continuo in logica matematica, rappresenta di per sé un limite importante per l'Intelligenza artificiale: come menzionato in precedenza, quest'ultima può tentare di identificare regole implicite, ma non è in grado di isolare significativamente tutti i fattori causali e non può cambiare radicalmente i modelli per cui è progettata. Il *machine learning* e la *data science*[10] permettono di realizzare delle prestazioni superiori a quelle dell'essere umano in certi ambiti (per esempio, l'analisi quantitativa di dati), ma non forniscono una soluzione per rivelare indicatori qualitativi significativi e costruire modelli di proiezione affidabili nel campo (molto imperfetto) della giurisprudenza. Inoltre, la società si evolve, le regole del diritto si evolvono e i giudici stessi si evolvono. Le decisioni giudiziarie non sono come palline cadute su una *Macchina di Galton*: il ragionamento giuridico non è solo la distribuzione casuale di opzioni binarie. Come prevedere, sulla base del resoconto fatto dalle parti, quali fatti saranno considerati rilevanti dal giudice? Come ponderare elementi di apprezzamento come l'equità?

In conclusione, lo stato di sviluppo delle tecniche di apprendimento automatico attuali non consente ancora di ottenere risultati affidabili per quanto riguarda la "previsione" delle decisioni giudiziarie. Gli esperimenti condotti in Francia, su scala limitata, in due corti d'appello hanno, d'altronde, rilevato "la mancanza di valore aggiunto" per il lavoro dei giudici di un'applicazione "predittiva" fornita da una società privata[11].

---

9. «Alpha Go Zero», versione potenziata di «Alpha Go», è riuscita a battere quest'ultima in tre giorni dopo essere stata formata unicamente sulle regole del gioco e non sulle partite precedenti effettivamente giocate.

10. Insieme di scienze (matematica, statistica, probabilità, informatica, visualizzazione dei dati) che mirano a estrarre conoscenze da un insieme eterogeneo di dati.

11. Su iniziativa del Ministero della giustizia, le Corti d'appello di Rennes e Douai hanno concordato di testare su vari casi d'appello, nella primavera del 2017, una versione di un *software* "predittivo" di analisi delle decisioni in materia civile e commerciale di tutte le corti d'appello francesi.
Anche se dati giurisprudenziali interni ed esaustivi erano già disponibili gratuitamente da molti anni (banca dati Jurica) e messi appositamente a disposizione della casa editrice dal Ministero, ai due tribunali è stato offerto di valutare il valore di un'analisi quantificata, presentata come innovativa, delle somme stanziate dai tribunali, nonché una classificazione geografica delle differenze riscontrate per domande e processi simili.
L'ambizione dichiarata del *software* era, quindi, quella di creare uno strumento decisionale per ridurre, se necessario, l'eccessiva variabilità delle decisioni giudiziarie, in nome del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Il ritorno della sperimentazione, contraddittoriamente dibattuto tra le due Corti d'appello, il Ministero della giustizia e il *legaltech* all'origine del prodotto, ha purtroppo

2. L'intelligenza artificiale applicata alle decisioni giudiziarie

Nonostante questi limiti, sarebbe un grave errore non sfruttare le grandi potenzialità dell'Intelligenza artificiale per sostenere e migliorare l'efficacia del lavoro giudiziario. La "giustizia predittiva" rappresenta una delle tante applicazioni di Intelligenza artificiale: ve ne sono altre, molto interessanti, in fase di sperimentazione in alcuni Paesi europei – per esempio, l'uso dell'Intelligenza artificiale per la lettura rapida, la classificazione e l'attribuzione di atti, ricorsi e documenti alle sezioni di cancelleria pertinenti, oggetto di *test* in Austria; o l'uso di *chatbot* (letteralmente: conversazione con un robot) per orientare il cittadino verso una soluzione di risoluzione alternativa della controversia, come in Lettonia.

Con riferimento in particolare alle applicazioni che si fondano sul trattamento delle decisioni dei tribunali a fini di ricerca giuridica, si rileva che esistono già, allo stato attuale, motori di ricerca "intelligenti", che permettono di analizzare fonti e materiali diversi (leggi, regolamenti, giurisprudenza, dottrina). L'Intelligenza artificiale può permettere di avere un accesso all'informazione non solo più largo e diversificato, ma anche più interattivo: i giudici, gli avvocati e altri professionisti potrebbero "navigare" tra le diverse informazioni e trovare più rapidamente le soluzioni ricercate. L'Intelligenza artificiale potrebbe essere anche usata per proporre modelli o estratti di una decisione che siano in correlazione coi risultati della ricerca, rendendo così più rapida la redazione da parte del giudice.

I metodi di calcolo delle indennità in materia civile (ad esempio, il risarcimento per danni fisici, l'indennità di licenziamento) potrebbero essere notevolmente migliorati, con un accesso a una più ampia base di decisioni di quella attuale, a condizione di adottare una serie di misure precauzionali per la progettazione e l'uso di cui si dirà più diffusamente al par. 3. Ci riferiamo qui al cosiddetto effetto "performativo" o di autorealizzazione, cioè al rischio che un sistema produca progressivamente gli stessi risultati in uscita influenzando i produttori di informazioni in entrata (i magistrati). È questa, d'altronde, una delle critiche principali che viene mossa agli strumenti di "giustizia predittiva", cioè il fatto che la predizione non abbia più un valore *indicativo*, ma quasi *prescrittivo* per il giudice. Quest'ultimo tenderebbe ad applicare la soluzione proposta dalla macchina senza esaminarla alla luce delle particolarità del caso oggetto di esame, alimentando così il sistema e facilitando la riproduzione meccanica di decisioni rese precedentemente. Questi sistemi condurrebbero dunque a una "cristallizzazione" della giurisprudenza e potrebbero limitare la sua evoluzione.

Sarebbe possibile utilizzare tali calcoli per indirizzare le parti in causa verso metodi alternativi di risoluzione delle controversie? A prima vista, sembrerebbe allettante predisporre dei meccanismi di trattamento più o meno automatizzati della giurisprudenza per limitare contenziosi civili ripetitivi e di basso valore. Gran Bretagna, Paesi Bassi e Lettonia sono esempi di Paesi che hanno già attuato, o stanno per attuare, questo tipo di soluzione. Ma su quale base sarà calcolata la compensazione? Con quale metodo? L'algoritmo è in grado di elaborare correttamente le informazioni? La proposta può essere discussa in modo contraddittorio con l'aiuto di una terza parte qualificata e certificata? L'accesso al giudice è sempre possibile? È essenziale che principi di trasparenza, di neutralità e lealtà verso i cittadini siano integrati nei meccanismi di trattamento in questione.

In materia penale, si assiste a una diffusione crescente degli strumenti di "polizia predittiva" (pensiamo, ad esempio, alla *no fly list*, una applicazione che raccoglie e analizza dati su potenziali terroristi con l'obiettivo di prevenire la commissione di atti criminali; o, ancora, alla "cartografia criminale predittiva", che utilizza l'Intelligenza artificiale per identificare luoghi di commissione di reati di natura seriale e per predisporre in maniera efficiente i servizi di polizia).

L'uso dell'Intelligenza artificiale nel quadro del processo penale è molto limitato in Europa. L'esperienza americana è, invece, significativa e fonte di riflessione anche per i Paesi europei che valutano l'introduzione di queste tecnologie nell'ambito del processo penale, come il Regno Unito[12].

Negli Stati Uniti, gli strumenti di determinazione del rischio (*risk assessment tools*) sono spesso uti-

---

obiettato la mancanza di valore aggiunto della versione testata del *software* per la riflessione e il lavoro decisionale dei giudici.
In particolare, sono stati rivelati errori di ragionamento del *software*, che hanno portato a risultati anomali o inappropriati, a causa della confusione tra semplici frequenze lessicali delle motivazioni giudiziarie e le causalità che erano state decisive nel ragionamento dei giudici in esame.

12. Nel Regno Unito, il *software* HART («*Harm Assessment Risk Tool*»), sviluppato in collaborazione con l'Università di Cambridge, è attualmente in fase di sperimentazione. Questa tecnologia, basata sull'apprendimento automatico, è stata programmata con le informazioni provenienti dagli archivi della polizia di Durham per oltre cinque anni, dal 2008 al 2012. Osservando le decisioni prese dai giudici durante questo periodo e la recidiva (o meno) di alcuni sospetti, la macchina dovrebbe essere in grado di valutare il rischio – basso, medio o alto – delle persone sottoposte a fermo di polizia, in particolare sulla base di una trentina di fattori, alcuni dei quali non legati al reato commesso (ad esempio, il luogo di residenza).

lizzati dal giudice, pur non essendo vincolanti ai fini della decisione, per determinare la probabilità di recidiva di una persona in stato di fermo, la sanzione (per esempio, la durata della pena detentiva) e l'eventuale imposizione di una misura alternativa alla detenzione. Queste probabilità (di livello alto, medio, o basso) sono misurate attraverso il trattamento statistico di diversi fattori di rischio riguardanti sia la persona in questione sia individui precedentemente fermati o giudicati, che hanno in seguito commesso un altro reato.

Negli Stati Uniti, l'Ong ProPublica ha rivelato gli effetti discriminatori di uno di questi strumenti di valutazione del rischio utilizzati in alcuni Stati federati. Si tratta specificatamente dell'algoritmo utilizzato nel *software Compas*, sviluppato da un'impresa privata, che serve a predire il rischio di recidiva. Alle popolazioni afro-americane è stato assegnato un tasso di rischio di recidiva entro due anni dalla sentenza che era il doppio di quello assegnato alle popolazioni bianche; al contrario, l'algoritmo riteneva che queste ultime fossero meno esposte a tale rischio[13]. Questo tipo di strumenti tende dunque a riprodurre o, addirittura, amplificare discriminazioni esistenti nel sistema penale, con effetti che si potrebbero qualificare *deterministi*, nel senso che inchiodano un individuo al destino di una comunità. Un risultato non sorprendente, se si tiene conto che l'algoritmo rielabora, in effetti, dati non neutri, riguardanti comunità che, più di altre, sono soggette a misure di polizia e a sanzioni penali.

Due aspetti meritano di essere particolarmente evidenziati. Il primo è l'opacità degli algoritmi utilizzati dalle aziende private e il rifiuto di queste ultime di rendere conto delle caratteristiche dei loro prodotti. Gli algoritmi, in effetti, sono protetti dal segreto industriale ed è difficile (salvo autorizzazione del giudice, come è avvenuto nell'ambito dell'inchiesta di ProPublica) avervi accesso. Posto che i dati di cui si nutre l'algoritmo provengono dalle autorità statali e che quest'ultimo è utilizzato nell'ambito dell'attività giudiziaria con incidenze significative sui diritti dei cittadini, non si può non rilevare un problema di trasparenza e di *accountability* degli attori privati. Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato è la necessità di garantire il pieno rispetto del principio della parità delle armi tra accusa e difesa: la persona giudicata sulla base di un algoritmo dovrebbe avere la possibilità di esaminarne e contestarne la validità scientifica, nonché il peso attribuito alle sue diverse componenti.

Infine, delle preoccupazioni sussistono quanto all'impatto potenzialmente negativo che questi strumenti possono avere sull'imparzialità del magistrato: un giudice che decide contro la previsione di un algoritmo si assume un rischio e, di conseguenza, maggiori responsabilità. Non sembra irrealistico immaginare che i giudici possano essere riluttanti a farsi carico di questo onere, in particolare nei sistemi in cui il loro mandato non è permanente, ma soggetto al voto popolare, o in quelli in cui la loro responsabilità personale (disciplinare, civile o addirittura penale) può essere fatta valere, soprattutto se le garanzie previste dalla legge in materia disciplinare sono insufficienti.

In generale, queste applicazioni di determinazione della pericolosità dell'individuo sembrano riflettere il dibattito sulla presunta prevedibilità del comportamento criminale, molto vivo negli Stati Uniti ma risolto da circa trent'anni in diversi Paesi europei. Ad esempio, in Italia, l'art. 220, comma 2, cpp esclude espressamente il ricorso alla perizia al fine di stabilire «l'esercizio o la professionalità in un reato, *la tendenza a commettere un reato*, il carattere e la personalità dell'indagato e, in generale, le qualità psicologiche dell'indagato, indipendentemente dalle cause patologiche». Allo stesso modo, in Francia, la dottrina della "nuova difesa sociale" avanzata da Marc Ancel è stata fondatrice del diritto penale postbellico: un approccio meramente punitivo e deterministico è stato sostituito da un sistema di riabilitazione sociale volto a prevenire la commissione di un reato[14]. Un approccio condiviso da una serie di strumenti europei sulle politiche penali che si concentra sugli obiettivi di riabilitazione e reinserimento delle sanzioni penali.

Gli strumenti di giustizia penale dovrebbero pertanto essere concepiti in modo diverso da quello attuale: un approccio "predittivo" fondato sul trattamento statistico di fattori di rischio dovrebbe essere sostituito da un approccio più rispettoso dei diritti umani, in cui il giudice svolge un ruolo fondamentale nell'individualizzazione della sanzione penale. Le tecniche di analisi dei dati potrebbero essere utilizzate dai servizi sociali e da agenti di *probation* per centralizzare e raccogliere informazioni sull'autore di un reato sparse tra diverse istituzioni (informazioni concernenti la formazione, l'occupazione, l'assistenza medico-sociale regolare); queste informazioni potrebbero informare il processo decisionale di un giudice che deve pronunciarsi, a volte, in tempi estremamente brevi (ad esempio, nel contesto delle cosiddette procedure di "comparizione immediata" in Francia o del "processo immediato" in Italia).

13. Si veda, in particolare, www.propublica.org/article/technical-response-to-northpointe.

14. Come nel sistema giuridico italiano, questa filosofia ha portato, ad esempio, alla previsione di misure alternative alla detenzione, come la liberazione condizionale, la libertà vigilata e l'affidamento in prova ai servizi sociali.

3. Verso un indispensabile quadro etico

Come menzionato in introduzione, la Cepej ha appena adottato la prima «Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari», che mette un accento particolare sulle tecniche di trattamento e analisi automatizzate delle decisioni giudiziarie. Si tratta di uno strumento non vincolante, ma che ha il merito di enunciare principi sostanziali e metodologici applicabili sia agli attori privati (come le *start-up* attive sul mercato delle nuove tecnologie applicate ai servizi giuridici – le *legaltech*) sia alle autorità pubbliche. Queste ultime potranno trarre ispirazione dai suddetti principi per definire delle politiche o un quadro normativo in questa materia.

Tra i principi enunciati, il rispetto dei diritti dell'uomo e della non-discriminazione da parte delle applicazioni di intelligenza artificiale riveste un'importanza fondamentale. Si tratta di assicurare, dalla fase della concezione fino all'applicazione pratica, che le soluzioni garantiscano il rispetto dei diritti garantiti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa sulla protezione dei dati personali. Il principio di non-discriminazione è espressamente enunciato in ragione della capacità dei trattamenti Intelligenza artificiale – soprattutto nella materia penale – di rivelare discriminazioni esistenti, raggruppando o classificando dati riguardanti persone o gruppi di persone. Gli attori pubblici e privati devono dunque garantire che queste applicazioni non riproducano o aggravino tali discriminazioni e non portino ad analisi o pratiche deterministiche.

Vengono anche prese in considerazione alcune sfide qualitative sul piano della metodologia dell'analisi e del trattamento automatizzato delle decisioni giudiziarie. L'elaborazione dei dati effettuata tramite *machine learning* dovrebbe poter essere effettuata sulla base di originali certificati e l'integrità di tali dati dovrebbe essere garantita in tutte le fasi del trattamento. Inoltre, ci dovrebbe essere una particolare attenzione nella fase della selezione delle decisioni che saranno in seguito trattate con l'apprendimento automatico. Queste dovrebbero essere realmente rappresentative delle diverse realtà su cui il giudice è chiamato a statuire e non corrispondere a griglie di analisi predeterminate (per esempio, i progettisti potrebbero avere la tendenza a scartare decisioni che non si prestino alle correlazioni di sequenze linguistiche da parte dell'apprendimento automatico o decisioni scarsamente motivate). Inoltre, si sottolinea la necessità di disporre di un ambiente tecnologico sicuro per l'archiviazione e l'attuazione di modelli di *machine learning* e di algoritmi.

Di grande importanza è anche il principio di trasparenza delle metodologie e delle tecniche utilizzate nel trattamento delle decisioni giudiziarie. Si pone qui l'accento sulla necessità di rendere accessibili e comprensibili le tecniche di trattamento dei dati, così come di autorizzare delle verifiche (*audits*) esterne da parte di soggetti indipendenti, al fine di individuare eventuali distorsioni. È, altresì, incoraggiato un sistema di certificazione delle diverse applicazioni da parte di queste autorità.

Inoltre, si sottolinea la necessità di non subire passivamente e, al contrario, di rinforzare l'autonomia degli utenti nell'uso di strumenti e servizi di intelligenza artificiale. Il giudice, in particolare, dovrebbe essere in grado di tornare in qualsiasi momento alle decisioni giudiziarie e ai dati che sono stati utilizzati per produrre un risultato, e continuare ad avere la possibilità di discostarsi da esse in considerazione delle specificità del caso concreto. Ogni utente dovrebbe essere informato, in un linguaggio chiaro e comprensibile, della natura vincolante o non vincolante delle soluzioni proposte dagli strumenti di intelligenza artificiale, delle varie opzioni possibili e del suo diritto all'assistenza legale e al ricorso a un tribunale.

Si considera che le sfide poste dall'Intelligenza artificiale nel settore della giustizia potranno essere trattate in maniera più efficace soltanto attraverso una fusione dei saperi: a questo proposito, la creazione di équipe pluridisciplinari composte da magistrati, ricercatori in scienze sociali e informatici è fortemente raccomandata, tanto allo stadio di elaborazione che di pilotaggio e di attuazione delle soluzioni proposte. In generale, si raccomanda un approccio graduale nell'integrazione dell'Intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: è essenziale, in effetti, verificare che le applicazioni proposte (spesso da imprese private) abbiano un valore aggiunto per gli utenti e che contribuiscano effettivamente alla realizzazione degli obiettivi del servizio pubblico della giustizia.

L'auspicio della Cepej è che questi principi diventino l'asse portante di una "cybergiustizia" a livello europeo e che possano divenire un riferimento concreto per i magistrati, le autorità politiche o giudiziarie che devono far fronte alla sfida dell'integrazione delle nuove tecnologie fondate sull'Intelligenza artificiale nelle politiche pubbliche o nel lavoro quotidiano. Inoltre, su un piano pratico, questi principi rappresentano una base di comparazione importante per valutare le caratteristiche delle differenti applicazioni di Intelligenza artificiale di cui si valuta l'applicazione nel sistema giudiziario o a livello dei tribunali. La Cepej resta, naturalmente, a disposizione degli Stati membri, dei tribunali e dei rappresentanti delle diverse professioni giuridiche per accompagnarli nell'attuazione dei principi della Carta etica.

Ti faresti giudicare da un algoritmo?

intervista ad *Antoine Garapon*

a cura di *Emanuela Fronza* e *Corrado Caruso*

Il Suo ultimo libro *Justice digitale* è scritto con Jean Lassègue, antropologo ed epistemologo. Può spiegarci questa scelta?

La nostra scelta di unire le competenze di un giurista e di un epistemologo esperto di Turing è stata determinata dal voler affrontare la questione del digitale non dal punto di vista delle *performances*, né da una prospettiva di filosofia politica o di fenomenologia, ma a partire da una prospettiva di filosofia della conoscenza, e in particolare da quella del filosofo Ernst Cassirer. L'originalità del libro consiste nel comprendere che il digitale sconvolgerà le forme simboliche attualmente esistenti.

Nella prima parte del libro viene illustrato al lettore l'impatto delle tecnologie nel campo del diritto e della giustizia. Per descrivere la rivoluzione antropologica del digitale riprendete la frase del giurista statunitense Lawrence Lessig: *Code is Law*.

Ci siamo concentranti su questa frase di Lawrence Lessig, che, come tutte le asserzioni geniali, assume in continuazione nuovi significati. Fra questi, vi è quello secondo cui c'è un vincolo interno al *Codice*, un vincolo che per taluni aspetti si estende al diritto. Oggi, ciò può significare che il digitale introduce una nuova legalità, nel senso che rinviene delle regolarità all'interno del ragionamento del giudice fra gli elementi prescelti e le decisioni adottate. Ciò permette di stabilire delle correlazioni, che divengono vincolanti nella pratica, anche se esse non corrispondono all'applicazione della legge. *Code is Law* è dunque un'espressione che apre una riflessione molto potente.

Sottolineate come tale processo implichi uno spostamento dai diritti agli interessi, come nelle operazioni commerciali.

Effettivamente, la grande mutazione che implicherà il digitale è l'introduzione di una rottura fra la forma in cui si esprime la volontà, in cui si esprime una regola e la forma che essa deve avere per essere integrata in altre proposizioni. Ciò significa che un ingegnere pretende di individuare delle correlazioni impercettibili per il giudice stesso e per il legislatore. Se uniamo tale constatazione con la frase di Holmes secondo cui «il diritto è ciò che decidono i giudici nella pratica e nient'altro», ciò significa che gli ingegneri non solo esprimeranno il diritto attraverso queste regolarità vincolanti, ma introdurranno una logica differente, privata e commerciale, all'interno di una decisione giudiziaria pubblica e di uno spazio pubblico. Non si tratta di un effetto collaterale, ma di un presupposto necessario del passaggio al linguaggio digitale come nuova forma di scrittura.

La giustizia predittiva si basa sulla sostituzione della capacità di ragionamento (giuridico) con la capacità computazionale, non si nutre di conoscenze giuridiche ma di dati (ossia le informazioni su casi simili) in cui tali conoscenze siano state già digerite e applicate. Un altro profilo di grande interesse nella vostra riflessione su tecnologia e diritto è il passaggio da un rapporto di causalità ad una correlazione tra eventi.

Il diritto è un sistema di senso. L'ordine giuridico combina una gerarchia istituzionale con una razionalità logica delle regole fra loro; e tale logica delle regole fra loro comporta una causalità giuridica, il che significa che applichiamo le regole alla luce di un tal principio o della tale regola superiore. Nel momento in cui il diritto viene limitato dalle regolarità osservate dai pratici, l'idea stessa di una causalità giuridica scompare e restano solo dei collegamenti fra parentesi. È, pertanto, una scomparsa della distinzione fra diritto e fatto.

La giustizia predittiva è già operante in alcune realtà, in particolare negli Stati Uniti. Ci arrivano notizie sull'uso di algoritmi per la concessione della libertà su cauzione o in materia di recidiva. Che rischi vede nel trasferimento di verità statistiche frutto di ricerche di gruppo all'individuo?

Negli Stati Uniti la giustizia predittiva è applicata nell'àmbito di un settore molto particolare, e non si tratta di una novità vera e propria. Il diritto penale d'autore esisteva infatti già prima del digitale. Tuttavia, il digitale ha sicuramente dato una grande spinta verso l'adozione di questo approccio. Che cosa significa? Si tratta di un approccio che ricerca la prevedibilità del comportamento criminale nella regolarità statistica tra taluni fatti ed altri. Vengono pertanto applicate tecniche sorte nelle scienze finanziarie, nell'osservazione dei vulcani o dei comportamenti della Terra al comportamento criminale. Si tratta della conseguenza diretta della sostituzione del concetto di causalità con quello di correlazione. Ciò ha permesso la creazione del famoso software *Compass*, che stabilisce punteggi di probabilità della recidiva. Si tratta di un *software* molto ben fatto e che funziona molto bene, e che è obbligatorio in alcuni Stati americani. Tuttavia, un sito ha mostrato i limiti di *Compass* perché proietta sul futuro le accuse all'imputato, riproducendo i pregiudizi e aumentando la stigmatizzazione razziale della società americana. Ciò si spiega scientificamente, poiché gli algoritmi, nella maggior parte dei casi, prevedono il futuro come se fosse la continuazione del passato. Negli Stati Uniti a tale proposito si discute molto. Due osservazioni al riguardo: la prima riguarda il metodo utilizzato da *Compass*. Si sono dovute fare delle scelte anche rispetto alle tecniche di prevedibilità. In particolare, si è deciso di privilegiare un approccio mirato rispetto ad un bilanciamento. Pertanto gli ingegneri hanno compiuto delle scelte epistemologiche e ciò mostra che altre scelte erano possibili. E, dunque, questo prova la non esaustività scientifica delle scelte di *Compass*. La seconda osservazione riguarda la ricerca della professoressa Angèle Christin, docente di estetica all'Università di Stanford, che ha esaminato le prassi dei magistrati; si è resa conto che i giudici usano pochissimo il *software*, che sarebbe obbligatorio. In materia digitale, pertanto, si ha sempre bisogno di un sociologo che mostri l'applicazione pratica degli strumenti digitali.

La forza dei *Big Data* sembra condurre all'uniformazione delle decisioni giudiziali. A quel punto la sua sostituzione con la macchina sembrerebbe inevitabile. Lo è davvero? O il processo può essere fermato? A chi conviene fermarlo? E a chi no?

Non credo che il giudicare si possa mai ridurre a riempire delle caselle e che la professione del giudice possa essere sostituita dal digitale. Ciò per molte ragioni che non possono ora essere approfondite. È invece molto più interessante capire come il digitale si integrerà nel processo del giudicare, nonché riflettere su quali segmenti possano essere affidati al *software*. Si pongono infatti nuove questioni di responsabilità e di irresponsabilità dei giudici.

La delega alle macchine e il ricorso ai dispositivi numerici produce una desimbolizzazione e una nuova dimensione spaziale, facendo venire meno la liturgia di parola e di simboli costituita dal rito processuale. Il giudice, dunque, come *bouche de la loi*?

La delega alle macchine modificherà necessariamente la liturgia processuale, perché la struttura simbolica della giustizia non è più la stessa. Si tratta infatti di un rituale che è un evento sociale, che è al tempo stesso un tempo sociale e uno spazio sociale. Dall'altra parte abbiamo una reiterazione simbolica e algoritmica, l'intervento di una macchina per produrre una decisione giudiziale. Qui ancora è il giudice, a mio avviso, che deve ancora riservarsi una funzione essenziale pubblica di giustizia, ben analizzata dalla filosofia del diritto, secondo cui applicare la regola è rinnovare, precisare, interpretare la regola, cambiandola a volte in maniera infinitesimale e impercettibile. In tal modo si esprime una dinamica che parte dall'antico per creare del nuovo. L'esempio che ci tocca di più in Occidente è il Rinascimento, inteso come riscoperta dell'Antichità per inventare la modernità. Ora, tutta questa ricchezza dell'attività ermeneutica rischia di essere resa sterile dalla tecnica stessa.

Le statistiche faranno una radiografia, come dite, della produzione del giudice, raccoglieranno i precedenti. In questo modo il giudice sarà messo sotto pressione, col rischio di quello che definite un «*effet moutonnier*». Può spiegarci meglio questa espressione?

I giudici si troveranno ad essere sotto pressione per via della doppia lettura di questa triste radiografia delle istituzioni. Per forza di cose. Ad esempio, una *start up* francese propone di dire al giudice, a fronte di un caso concreto, come 100 dei suoi colleghi deciderebbero quel caso. Ciò può rendere il giudice soggetto all'opinione della maggioranza, nel caso in cui sappia, ad esempio, che il 70% dei suoi colleghi ha deciso in una data maniera. Ciò può portare il giudice a seguire la maggioranza come pecore (*effet moutonnier*), con un rischio di deresponsabilizzazione dello stesso. Al contrario, tuttavia, il digitale potrebbe anche sollecitare una virtù del giudice, ben poco conosciuta, ovvero quella del coraggio di giudicare, del coraggio di fare il suo lavoro anche, eventualmente, contro la maggioranza dei suoi colleghi, rivendicando una opinione dissenziente.

La mondializzazione ci aveva mostrato una «*montée en puissance*» dei giudici, essenziali mediatori del diritto globale. Potremmo vedere la rivoluzione digitale come il tentativo di disgregare un potere che stava diventando troppo ingombrante?

C'è una differenza evidente tra mondializzazione e rivoluzione digitale. La mondializzazione è alla ricerca di un senso di coordinamento e questa esigenza di coordinamento è stata trovata in particolare nell'agire dei giudici del mondo intero, anche attraverso la soluzione di casi tra loro assai diversi. Come diceva Dworkin, la mondializzazione potrà creare una *common law* su scala mondiale. Oggi con il digitale, il giudice diviene inefficace, rispetto all'avanzare delle macchine. Non si ha più il tempo di pronunciare diritto, di disperdere spazio ed energie per affrontare il caso giudiziario col risultato di una competizione terribile tra ciò che ci si aspetta, in termini di efficacia e rapidità, dagli algoritmi rispetto a ciò che possono fare i giudici.

Il nuovo "mito" di neutralità degli algoritmi promette di eliminare la figura del giudice, soggetto terzo *ma* considerato fallibile. Quali responsabilità porta il pensiero liberaldemocratico (soprattutto di stampo europeo-continentale) nell'aver coltivato per secoli il "mito" del giudice quale *pouvoir neutre*, infallibile applicatore della prescrizione prevista dalla legge?

La conseguenza più immediata, oggi, dell'avvento dell'algoritmo è che ci obbliga a reinventare e ridefinire tutti i postulati su cui abbiamo edificato i nostri sistemi giuridici: la certezza, la prevedibilità del diritto e la neutralità del giudice. Oggi, è necessario rivedere il processo e motivare perché noi preferiamo, pur con tutte le sue debolezze, una autorità umana rispetto all'automatismo delle macchine. Per quale ragione noi ci auguriamo – questa è la domanda centrale – di rimanere entro un ambito politico piuttosto che *post*-politico? Dobbiamo forse risponderci che la necessità deriva dal voler continuare a creare la nostra storia a livello individuale e collettivo e a non voler cedere a ciò che chiamiamo un destino "algoritmico" già scritto.

La sovranità della tecnica ambisce a sostituirsi alla sovranità politica, in nome dell'aspirazione alla perfezione neutrale, al computo esatto che la scelta umana non riesce a garantire.

Il *proprium* di un processo è sollecitare e promuovere un impegno umano, secondo Hannah Arendt. Ciascun giudice e ciascun operatore del diritto avranno in mente casi che si scontravano con una granitica giurisprudenza, magari proveniente dalla Cassazione, a loro contraria. Tutti i giudici ricorderanno un caso in cui il loro impegno ha dato un contributo fondamentale per cui sono riusciti a mutare la giurisprudenza, perché magari sono intervenuti al momento opportuno, in maniera adeguata e si sono create le condizioni per un cambio di traiettoria. Questi mutamenti giurisprudenziali fanno parte di istituzioni in cui interviene un essere umano, in cui sussiste una tensione tra il deontologico e il teleologico in termini filosofici, che nell'universo digitale non può verificarsi.

La giustizia predittiva può considerarsi la nuova frontiera del biopotere, inteso - à la Foucault - come potere regolatore di una massa di individui atomizzati. Quale può essere la strategia di ri-umanizzazione e di riappropriazione politica (e, di conseguenza, normativa) di questa nuova forma di "rappresentazione" del diritto?

La nostra ricerca era scettica nei confronti di coloro che offrono risposte senza aver posto correttamene le domande. Se prendiamo il biopotere, secondo le tesi di Michel Foucault, - il quale aveva compreso come il potere sugli altri coincideva con il conoscere – constatiamo che attraverso il digitale realizziamo una nuova forma di controllo gli uni sugli altri. Pensiamo ad esempio alle stelle che diamo per valutare un certo ristorante, o una locazione con Air B&b o a quando riceviamo una domanda di valutazione di una qualsiasi prestazione commerciale. Allo stesso modo, quando ha ad oggetto la persona, il giudizio si trasforma in controllo.

Ci si può dunque interrogare sul potere affidato al digitale una volta che si sono ben individuate tutte le domande che la rivoluzione dei numeri pone.

Quali vie possono essere percorse affinché il giudice possa utilizzare dati e algoritmi per migliorare la giustizia, intesa come servizio ai cittadini?

È certamente troppo presto per dare risposta e per tracciare un bilancio. Le risposte troppo rapide non permettono di vedere i benefici che porta con sé la rivoluzione digitale, anche in ambito giuridico: si pensi ad esempio alle *start up* nel settore della proprietà intellettuale. O ancora, si pensi ai programmi, realizzati da ottime imprese, che raccolgono in maniera perfetta i precedenti giurisprudenziali in materia. È necessario fare passi in avanti in questa direzione. Non dobbiamo essere troppo ottimisti, ma neanche troppo pessimisti, così da dimenticare i benefici che può portare la rivoluzione numerica.

È necessario collocarci dentro questa rivoluzione, considerarla come un'avventura, come la continuazione dell'avventura della modernità. Prendiamo due esempi per mostrare in quale maniera l'umanità è in grado di assorbire le più significative rivoluzioni tecniche. Penso a quando, a partire dal XVIII secolo, l'uomo è stato progressivamente capace di padroneggiare il tempo, di indicare esattamente l'ora. Oggi portiamo tutti un orologio, che ci legge un tempo cosmico, che è una vera macchina e che ci permette di coordinare le nostre attività e viviamo bene con questo strumento. Il secondo esempio è il treno, invenzione straordinaria, e all'evoluzione che questo mezzo di trasporto ha avuto da quando Victor Hugo quando prendeva il treno da Anversa a Bruxelles nel 1840/50, era un'esperienza incredibile e indimenticabile ... . Oggi ciascuno di noi si serve quotidianamente del treno, della metro senza che sia un'esperienza estrema e che ci impedisca di leggere mentre viaggiamo Ebbene, credo che per il digitale sia necessario un approccio analogo, cercando di integrarlo e di civilizzarlo.

Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*

di *Simone Gaboriau*

Nel tempo della rivoluzione digitale, l'idea di affidare agli algoritmi una parte consistente del contenzioso in base alla sua "limitata" entità riposa su strategie non sempre trasparenti che eludono la pubblicità e la terzietà connaturate alla funzione giurisdizionale e ai suoi soggetti. Oltre a una risposta alle esigenze di ordine giudiziario e di riduzione dei costi – promossa dal Ministero della giustizia francese – cosa presuppone e quali effetti comporta un'automazione – ancorché parziale – della giustizia?

Ripercorrendo alcune esperienze francesi, le opinioni contrastanti espresse da diverse "voci" ufficiali e collocando il fenomeno in prospettiva storica allargata (compreso un richiamo, in tema di validità dei dispositivi, alle derive applicative generate da una *soi-disant* "polizia predittiva"), si analizzano le dinamiche strutturali della giustizia digitale guardando ai risultati finora raggiunti e alla natura degli interessi che essa serve. Al netto di considerazioni ideologiche, si ripropone oggi, con inedita urgenza – e indubbia necessità –, la rilevanza dei valori intangibili della giustizia e di una qualità connaturata al magistrato: l'umanità, dalla quale non tanto la tecnologia in sé, quanto le logiche – tutte umane – ad essa sottese sembrano, talvolta e in misura crescente, prendere le distanze.

Premessa

«Vi furono giudici prima che esistessero leggi», affermava Portalis, uno dei padri del codice civile francese del 1804.

In effetti, il bisogno di "giustizia" risale a tempi remoti: una giustizia, allora, non istituzionale che, tuttavia, si è andata trasformando – nel divenire storico, differenziato per Paesi e culture – in una funzione essenziale per le società democratiche.

Da principio ne furono incarnazione i poteri (politico, reale, religioso o di altra natura), finché la giustizia non si è "disconnessa", almeno formalmente, dal potere in quanto tale. Dico "formalmente" poiché il potere politico, qualunque esso sia, tende sempre a interferire nella sfera riservata al potere giudiziario.

Ora, si ricorderà come, in Francia, il potere giudiziario sia qualificato «di autorità giudiziaria» dalla nostra Costituzione "golliana" del 4 ottobre 1958. Domani – o dopodomani – si tratterà di un'autorità algoritmica?

In ogni caso, dopo la Seconda guerra mondiale e il trauma dei crimini contro l'umanità e delle gravi violazioni dei diritti umani, s'impose la necessità di erigere a diritto fondamentale il diritto a un giudice indipendente e imparziale, espressa nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata il 10 dicembre 1948, nonché nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

Ogni epoca ha avuto il suo paradigma di giustizia.

Per la prima volta, le nuove tecnologie stanno mettendo alla prova, in modo imprescindibile, il "mo-

* Il testo che segue rappresenta uno sviluppo e un'attualizzazione dell'intervento *Dovere di umanità, indipendenza del giudice e "dittatura" del precedente*, tenuto al convegno internazionale di studi «Giustizia predittiva e prevedibilità delle decisioni. Dalla certezza del diritto alla certezza dell'algoritmo?» il 5 ottobre 2018, presso l'Università degli studi di Bari «Aldo Moro». La traduzione dal francese è a cura del dottor Virgilio Mosè Carrara Sutour. Per chi fosse interessato è disponibile il testo inviato dall'autrice in lingua francese (www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-4_19-fr.pdf)

dello" di giustizia raggiunto, dopo lunga maturazione, nel secolo XX.

1. La giustizia dei tempi moderni. Un post-umanesimo?

1.1. L'emergere della giustizia digitale in Francia ovvero l'industria del diritto in un mondo 2.0

Quanto descritto qui di seguito è sicuramente vissuto in molti Paesi con tempi e modalità più o meno distinte, ancorché con indubbia coerenza negli obiettivi. Presentata come una sorta di nuovo "Graal tecnologico", l'intelligenza artificiale applicata alla giustizia tende, come mai prima, a "ottimizzare" le sue modalità operative, spingendosi fino a evitare la giustizia stessa.

Gli *open data*[1] delle decisioni giudiziarie, associati alle tecnologie di analisi linguistica, di *data mining* e di estrazione delle informazioni, costituiscono la base delle nuove pratiche investigative inerenti alla produzione delle corti e dei tribunali, equivalente a 4 milioni di decisioni l'anno e provvista – occorre sottolinearlo – di un'attitudine disomogenea a fare giurisprudenza.

Queste pratiche "innovative" dovrebbero fornire l'accesso, in misura pressoché esaustiva, alla conoscenza delle decisioni emesse a ogni livello, e costituiscono una questione centrale sia per la ricerca sia per il mondo della giustizia e dei suoi utenti.

A) La "governamentalità" algoritmica nella giustizia

Gli sviluppi suaccennati hanno portato all'idea di una "governamentalità" algoritmica nel campo della giustizia, basata sul postulato dell'uniformità delle decisioni rese in situazioni *a priori* comparabili. Si è pensato, così, di offrire strumenti di supporto alla decisione utilizzabili nella sfera giurisdizionale: ne è una riprova la comparsa dei sistemi cd. di «*legaltech*», che offrono ai professionisti nuovi servizi (ricerca di un'informazione giuridica adeguata, valutazione e prevedibilità delle decisioni, etc.). Oggi esistono più di 75 *start-up legaltech*. Ad esempio, «*Predictice*» è specializzata nell'analisi delle decisioni giudiziarie, con l'obiettivo di offrire, grazie all'impiego degli algoritmi, uno strumento di supporto decisionale per i professionisti del diritto.

Numerosi rapporti, colloqui, seminari, *forum* si sono accostati alla questione, e ciò trova riscontro nella stampa più o meno specializzata.

«Vivificare la giustizia attraverso il digitale»: ecco il discorso ufficiale[2]. Si tratta di far entrare, in misura molto più larga, la tecnologia digitale *nel* funzionamento della giustizia: dall'accesso a quest'ultima alla produzione risultante dall'attività giurisdizionale. In particolare, il digitale sarà molto presente nel favore accordato alla composizione amichevole delle controversie. È in corso, inoltre, un progetto di *procedura penale digitale*.

In materia civile, una simulazione elaborata, a partire da frammenti di conoscenza, da Emmanuel Jeuland[3], apre la seguente prospettiva fittizia (per quanto tempo ancora?): dopo il deposito di un singolo modulo di ricorso e un'istruzione informatizzata della causa, si arriverebbe a una decisione previamente redatta dal *computer* concernente i fatti e i mezzi impiegati in base a una cornice prestabilita; alcune frasi della motivazione sarebbero scritte dal giudice e il tutto potrebbe compiersi entro termini ristretti; un algoritmo potrebbe anche aiutare a verificare che siano presenti tutti gli elementi necessari al giudizio e, in particolare, tutte le regole applicabili ai fatti. Nulla impedisce di immaginare che al giudice sia proposta un'elaborazione dei punti di motivazione.

B) Il fallimento degli esperimenti di supporto alla decisione

Grazie a *Predictice*, esperimenti di aiuto informatizzato alla decisione hanno già avuto luogo dimostrandone, tuttavia, l'insuccesso. Su iniziativa del Ministero della giustizia, le Corti d'appello di Douai e di Rennes sono state invitate, nella primavera del 2017, a testare volontariamente uno degli strumenti di ausilio decisionale di *Predictice*, ma pochi mesi dopo se ne è constatato il fallimento.

Focus 1 - Il fallimento dell'esperimento di supporto informatizzato alla decisione

Ecco il resoconto del primo presidente della Corte d'appello di Rennes:

1. La legge per una Repubblica digitale del 7 ottobre 2016 ha stabilito, negli artt. 20 e 21, il principio di una «disponibilità pubblica gratuita, nel rispetto della vita privata» dell'insieme delle decisioni giurisdizionali. Queste disposizioni richiedono la pubblicazione di un decreto che specifichi, in particolare, le condizioni di anonimizzazione delle decisioni – ciò che, a causa dei vivaci dibattiti sull'argomento, non è ancora avvenuto.

2. Cfr. l'intervento del Ministro della giustizia al primo *forum* parlamentare di informatica giuridica, organizzato dalla Commissione leggi del Senato francese il 18 giugno 2018.

3. *Justice numérique, justice unique?*, in *Analyse, opinion, critique* (Aoc), 24 aprile 2018 (https://aoc.media/analyse/2018/04/24/justice-numerique-justice-inique/).

«Le nostre due Corti d'appello e il Ministero della giustizia hanno concluso che l'esperimento non è riuscito. Abbiamo ritenuto l'assenza di un valore aggiunto per il lavoro dei magistrati, poiché eravamo già in possesso di banche dati e quindi in grado, in ambito civile, di accedere a tutte le decisioni. Inoltre, disponiamo di strumenti di ricerca per rintracciare le decisioni partendo da parole chiave. Per quanto riguarda l'approccio quantitativo – che ci mancava – ci saremmo aspettati un approccio rinnovato, con una migliore leggibilità delle tabelle. Tuttavia, su un certo numero di *test*, abbiamo considerato come vi fossero effettive distorsioni di ragionamento, derivanti da una confusione interna all'analisi del testo non normato: si confondevano causalità – che informa il dispositivo – e circostanza. Ci siamo, quindi, ritrovati frustrati dal fatto di non poter disporre di una vera analisi quantitativa della giurisprudenza, e le nostre corti hanno deciso di non dar seguito al monitoraggio di questo *software*, aspettando i giorni felici di una migliore qualità analitica».

C) Giustizia digitale, giustizia iniqua?

Per alcuni, la giustizia digitale corrisponderebbe a un ideale, in particolare perché il suo utilizzo eliminerebbe la soggettività dei giudici e il "disordine giudiziario". Essa ridurrebbe anche il costo complessivo della giustizia (che grava sulle finanze pubbliche), concentrando l'attività dei giudici sui casi più difficili. Per il momento, nessuno osa proporre la regolamentazione di tutte le controversie mediante la "giustizia digitale".

Come ha sottolineato l'etnografa Tricia Wang[4], «gli algoritmi possono sbagliare. Possono essere ingiusti. Possono perpetuare uno stato di fatto indesiderato» e, aggiungerei, indesiderabile. «Gli algoritmi riflettono le scelte dei loro creatori, "neo-scribi" le cui produzioni ci colpiscono, ogni giorno, in misura maggiore».

La giustizia digitale, come si legge nell'opera di Antoine Garapon e Jean Lassègue[5], «alimenta un nuovo mito: organizzare la convivenza umana senza intermediari e senza legge, con un semplice gioco di scrittura, e con il rischio di dimenticare che l'uomo è un animale politico», come diceva Aristotele[6], per il quale l'uomo trova la sua realizzazione soltanto vivendo e agendo nella *polis*. In questo processo si intaccano i fondamenti della democrazia, mettendo in discussione la legittimità del diritto, produzione della volontà di "vivere insieme" attraverso il processo democratico, a favore di un "soluzionismo" caso per caso, consistente nel voler trovare una soluzione a tutti i costi, senza alcun riferimento a una regola prestabilita. In una società democratica, quest'ultima dovrebbe definirsi a valle di un dibattito assistito dalla ricerca dell'interesse generale e/o della tutela dei soggetti più vulnerabili.

Dalla riflessione che l'opera suscita, è possibile trarre diversi insegnamenti.

Intanto, la rivoluzione digitale che conosciamo presenta, senza dubbio, più ripercussioni sul diritto che in altri ambiti e costituisce un *fatto sociale totale*: scuote l'intera società e le sue istituzioni. La pratica tradizionale della giustizia ne esce profondamente sconvolta, trattandosi di un processo che, in maniera sostanziale, mette in questione l'identità professionale degli attori della giustizia e – peggio – la legittimità stessa del diritto.

Inoltre, con la rivoluzione digitale, la giurisprudenza non è il *bene comune* direttamente accessibile a tutti i cittadini, come promesso dall'avvento della "Repubblica digitale". Essa finisce, necessariamente, per rientrare nell'attività di gestione dei *big data* fatta propria da *start-up* specializzate, private e capitalistiche, che vanno – inevitabilmente – in cerca di profitti.

D) Il fascino pericoloso del digitale

Per il Ministero della giustizia, che ha proposto una riforma ad ampio raggio (il ddl «di programmazione 2018-2022 e di riforma per la giustizia» (Plpj) 2018-2022, tuttora in discussione) fortemente criticata dal Sindacato dei magistrati[7] e dagli avvocati, la digitalizzazione rappresenta una panacea. Ciò equivale a dimenticare che un'alta percentuale della popolazione, non avendo accesso alla rete e/o non avendone la "cultura", non usa *internet*; ancora, si dimenticano i freni e gli ostacoli all'accesso al diritto che comporta la diffusione di sportelli automatici per i servizi pubblici o para-pubblici, in particolare quelli deputati ad assicurare l'attribuzione dei diritti sociali (indennità di disoccupazione e altre prestazioni sociali). È questa la direzione che si intende imprimere all'evoluzione della giustizia?

---

4. Citata da H. Allouche e A. Touati, *Les algorithmes, juges de demain?*, in *Les Echos*, 2 gennaio 2017 (www.lesechos.fr/02/01/2017/lesechos.fr/0211651191702_les-algorithmes--juges-de-demain--.htm).

5. A. Garapon e J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Presses universitaires de France (PUF), Parigi, 2018.

6. Aristotele, *La Politica*.

7. Tra le diverse critiche a questa riforma, possiamo dire che essa tende ad allontanare il giudice dal cittadino, inscrivendo il primo in una posizione umanamente inaridita, capace di sottrarre alla sua attenzione le preoccupazioni sociali e umane del secondo.

Oltre ai casi in cui l'azione in giudizio potrebbe realizzarsi esclusivamente *online*, nel testo del citato disegno di legge il legislatore estende le ipotesi in cui il tentativo di composizione amichevole costituisce una condizione preliminare necessaria alla soluzione della controversia. In questo settore, si è assistito a una considerevole crescita di importanza di *start-up* private e capitalizzate – logicamente in cerca di profitto – , che sostengono di offrire *online* una risoluzione amichevole delle liti.

Di fatto, il Governo applica una logica che rende la razionalizzazione della spesa pubblica la sola risposta alle carenze del sistema giudiziario francese, respingendo costantemente un serio esame delle questioni cruciali che interessano il suo funzionamento. Poiché considera di non disporre più dei mezzi per gestire il volume del contenzioso, l'Esecutivo organizza circuiti funzionali a una riduzione del carico, ritenendo che lo sviluppo della conciliazione e della mediazione possa, alla fine, produrre un impatto decongestionante sul gratuito patrocinio[8], riducendo il numero dei contenziosi a spese dello Stato. Questo rimane, beninteso, da dimostrare. Inoltre, il Governo prevede, entro il 2021, un taglio ulteriore che potrebbe interessare, per la "fascia alta", le posizioni di 43 magistrati e 65 cancellieri.

Focus 2 - Parere del Difensore dei diritti, 27 settembre 2018

Il Difensore dei diritti è preoccupato per la mancanza di garanzie relative all'operatività di piattaforme per la composizione amichevole, le quali non saranno tenute all'obbligo di certificazione. Il Difensore dei diritti si mostra sorpreso del carattere facoltativo di quest'ultima, il cui ottenimento è subordinato alla verifica del rispetto degli obblighi in materia di protezione dei dati personali, riservatezza, indipendenza, imparzialità, competenza e diligenza, che costituiscono uno *standard* minimo di protezione delle persone.

Queste piattaforme possono ricorrere a forme di automazione dei dispositivi, inclusa l'intelligenza artificiale, che utilizza dati giuridici per prevedere situazioni future e offrire agli utenti una risposta plausibile. Sembra necessario avere le dovute garanzie e un controllo umano sulla qualità delle soluzioni apportate.

Per quanto riguarda il supporto della mediazione, sembra altresì necessario mantenere, a titolo opzionale, un accesso telefonico e postale. L'indagine del 30 marzo 2017 sui rapporti degli utenti con i servizi pubblici, condotta dal Difensore dei diritti su un campione di circa 5.200 utenti, conclude che la smaterializzazione dei servizi pubblici, che si traduce in prestazioni talvolta accessibili solo via *internet*, può compromettere il principio di uguaglianza nell'accesso ai servizi stessi, soprattutto per coloro che ne hanno più bisogno.

Nel *Rapporto annuale di attività - 2016*, il Difensore menziona l'*Inchiesta sull'accesso ai diritti*[9], uno studio approfondito realizzato dalla sua équipe di ricerca e dall'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil), che mostra come il 27% degli intervistati non abbia accesso a *internet* o incontri serie difficoltà, una volta in rete, a completare le procedure amministrative.

Focus 3 - Le modalità di risoluzione online. Rinuncia alla certificazione

Afferma il Ministero della giustizia, nella persona del «Direttore degli affari civili e del sigillo» (Dacs), in risposta alla domanda di un giornalista: «Non Le sarà sfuggito che l'intera riforma contenuta nella proposta di legge di programmazione 2018-2022 si concentra sulla volontà di modernizzare e smaterializzare la procedura civile [*sic*]. Il sostegno, da parte del Ministero della giustizia, dello sviluppo di piattaforme di risoluzione *online* cristallizza in sé questa duplice volontà»[10].

In effetti, l'offerta di assistenza per la risoluzione amichevole delle controversie si è sviluppata in modo spettacolare grazie allo strumento digitale e all'uso degli algoritmi.

---

8. Il gratuito patrocinio («*aide juridictionnelle*») è un istituto assistito da un fondo pubblico che consente un sostegno totale o parziale, da parte dello Stato per le spese legali e processuali a garanzia dei cittadini provvisti di risorse limitate. Il *budget* ammonta a poco meno di 5 milioni di euro.

9. Entrambi i documenti sono disponibili *online*:
- *Rapporto annuale di attività - 2016*, febbraio 2017: www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2016-num-20.02.2017_1.pdf;
- *Inchiesta sull'accesso ai diritti*, marzo 2017: www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/enquete-ead_vol_3_-_oit.pdf.

10. Estratto dell'intervista di Gaëlle Marraud Des Grottes a Thomas Andrieu e Nathalie Fricero, Professore all'Università di Nizza Sophia-Antipolis, in *Actualités du droit*, 15 ottobre 2018, disponibile *online*: www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/start-up/16685/thomas-andrieu-et-natalie-fricero-la-certification-des-plateformes-proposant-des-conciliations-mediations-ou-arbitrages-en-ligne-devrait-contribuer-a-creer-un-climat-de-confiance.

A uno sviluppo della mediazione *online*, si sono parimenti affiancati meccanismi di arbitrato. Questi nuovi dispositivi di risoluzione, considerati dal Governo utili per il privato in quanto «semplici e veloci», offrono servizi a pagamento con corrispettivi compresi tra 400 e oltre 14.000 euro (in base alla complessità del caso), cui può essere aggiunto un costo supplementare relativo al numero dei documenti prodotti, all'uso della videoconferenza, all'esistenza di una domanda riconvenzionale presentata dal convenuto.

Tali modalità non sono sempre sicure e non è possibile garantire i potenziali utenti sulla qualità dei servizi offerti.

Non si può continuare a negare agli utenti la reale incertezza connessa al costo e alla qualità di questi servizi; occorre porvi rimedio.

Data la varietà delle piattaforme proposte e delle soluzioni tecniche dedicate a risolvere controversie evitando di adire il giudice, il Ministero della giustizia aveva, dapprima, ritenuto necessaria la creazione di un sistema di garanzie mediante un processo di certificazione obbligatorio (in base al quale sarebbero stati esclusi i siti che offrivano soluzioni esclusivamente derivanti da elaborazioni algoritmiche o automatizzate). Tuttavia, questa ambizione è stata abbandonata in favore di una certificazione facoltativa. Ne consegue che non è offerta al cittadino alcuna sicurezza, specie in merito al rispetto della riservatezza delle informazioni in possesso di chi opera nell'ambito di questi servizi *online*.

A dire il vero, a differenza della giustizia "tradizionale", di pertinenza esclusiva – o, almeno, in gran parte – dello Stato, la mediazione e in generale le modalità di composizione amichevole non rientrano nella sfera del monopolio, basandosi sulla libertà d'impresa degli attori privati e sulla libertà contrattuale delle parti. Nondimeno, è ragionevole interrogarsi sulla fondatezza delle scelte compiute.

Come si è detto sopra, sono nate molte piattaforme di mediazione e risoluzione *online*, sviluppate da professionisti legali (avvocati, ufficiali giudiziari, notai) o da privati (*legal tech*[11]), che offrono una soluzione amichevole "a monte" del ricorso al giudice, soluzione che il Governo vuole incoraggiare fortemente. Non riuscendo a creare un servizio pubblico per tali modalità risolutive[12], per dare credibilità a questi nuovi attori e alla procedura che mettono a disposizione, sarebbe stato quantomeno auspicabile che, a livello istituzionale, le piattaforme fossero certificate, al fine di assicurare l'effettività delle garanzie essenziali (sul piano della competenza e della deontologia delle piattaforme). Questa scelta non è stata fatta, e l'esito è assolutamente deplorevole.

Di seguito, la motivazione del Dacs presso il Ministero della giustizia: «Sarebbe stato imprudente imporre una certificazione obbligatoria che avrebbe portato alla regolamentazione di un mercato emergente. Si è optato, perciò, per la certificazione opzionale»[13]. Tuttavia, le aziende saranno incoraggiate a richiedere la certificazione. «Si tratta, anzitutto, di un incentivo al mercato. In effetti, la certificazione orienterà i cittadini nella scelta di affidare la loro controversia a questa o a quella piattaforma. Siamo consapevoli di come la certificazione contribuisca a migliorare la fiducia delle parti in causa verso queste tecnologie di gestione. In proposito, è forse necessario ricordare che la certificazione è un processo di valutazione della conformità che porta all'asseverazione scritta del fatto che le piattaforme soddisferanno i requisiti stabiliti dalla legge di programmazione? Pertanto, se queste aziende desiderano aumentare la propria clientela, avranno tutto l'interesse a essere certificate (...). L'organismo che accorda la certificazione dovrà verificare che siano soddisfatte le condizioni necessarie a ottenerla, vale a dire:

- rispetto degli obblighi in materia di riservatezza e protezione dei dati personali, salvo diverso accordo tra le parti;
- attività svolta da una persona fisica con la dovuta diligenza, indipendenza e imparzialità, nel quadro di una procedura efficiente ed equa;
- assenza di un'attività condotta per mezzo di un'elaborazione totalmente algoritmica o automatizzata»[14].

L'effetto è quello di un rinvio alla legge del mercato, là dove converrebbe che la sovranità dei principi democratici ed etici fosse mantenuta.

---

11. Questi soggetti non praticano una effettiva risoluzione amichevole delle controversie, ma non si può negare che questo tipo di offerta possa aumentare costantemente. Si passa, così, facilmente da un sistema di informazioni giuridiche a un sistema di "previsione" della probabile soluzione giuridica in caso di giudizio, quindi allo sviluppo di un accordo fondato, di fatto, sull'accettazione di una soluzione definita in base a tale previsione.

12. Di seguito, la giustificazione addotta da Thomas Andrieu, «Direttore degli affari civili e del sigillo» presso il Ministero della giustizia francese: «questa opzione avrebbe richiesto notevoli investimenti tecnici, anche se molti operatori privati si stanno sviluppando in questo campo, proponendo soluzioni digitali innovative» – intervista apparsa su *Dalloz actualité*, 24 aprile 2018, disponibile *online*: www.dalloz-actualite.fr/interview/plpj-2018-2022-reforme-n-est-pas-encore-cle-en-main-mais-train-est-lance#.XEDFfFxKjIU.

13. Estratto dell'intervista di Gaëlle Marraud Des Grottes a Thomas Andrieu e Nathalie Fricero, *cit*.

14. *Ibidem*.

Possiamo scommettere che le "piattaforme certificate" offriranno tariffe più elevate e che le altre risulteranno più appetibili in termini di prezzo.

L'unica soluzione non a pagamento per l'interessato, la sola compatibile con il principio di gratuità della giustizia e con la posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea (sulla quale si veda *infra*), sarà il ricorso gratuito ai conciliatori di giustizia, il cui numero è – in ogni caso – largamente insufficiente ad affrontare i nuovi bisogni imposti dall'estensione del campo della ricerca preliminare e obbligatoria di una soluzione amichevole. Ne consegue la volontà di reclutare almeno 600 conciliatori di giustizia, ossia quasi un terzo in più rispetto alla forza lavoro attuale; ma un tale reclutamento di ausiliari di giustizia – dei quali, peraltro, si impone una diversificazione – è realmente possibile?

Varrà anche la pena ricordare che, secondo la legge francese – art. 21 cpc –, «rientra nella missione del giudice conciliare le parti». Nel corso degli anni questo compito è stato, a differenza di altri Paesi – ad esempio, il Québec –, trascurato, specie per effetto di una gestione manageriale dell'istituzione giudiziaria. Ora, patendo dalla mia esperienza professionale, posso dire che tale pratica è non solo possibile, ma anche capace di ravvivare e arricchire la qualità della giustizia, e ciò nell'interesse del cittadino.

Focus 4 - Cosa dicono i principi dell'Unione europea?

A tale riguardo, vale la pena menzionare una decisione della Cgue[15] sulla natura obbligatoria di una procedura di «mediazione o conciliazione». La Corte di giustizia ha convalidato la «mediazione» obbligatoria, purché non vi siano ostacoli all'accesso alla giustizia, il costo per i consumatori interessati sia minimo o marginale e il procedimento sia sufficientemente regolamentato per non ritardare l'accesso al diritto. Un'altra decisione[16] molto recente, resa – come la precedente – su un rinvio pregiudiziale del giudice italiano, afferma inoltre che la direttiva 2013/11/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativa alla risoluzione in via stragiudiziale delle controversie in materia di consumo, deve essere interpretata nel senso che essa non si oppone alla creazione di un ricorso alla mediazione quale condizione di ricevibilità della domanda giudiziale relativa alle stesse controversie, dal momento che un tale requisito non impedisce alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al giudice.

Quest'ultima pronuncia sottolinea che, ai sensi dell'art. 8, lett. a, della direttiva 2013/11, «la procedura ADR [*alternative dispute resolution*] deve essere disponibile e facilmente accessibile *online* e *offline* a entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione» (punto 12).

Pertanto, la necessità di una procedura di conciliazione stragiudiziale quale condizione di ricevibilità di un ricorso giurisdizionale può essere compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, «a condizione che tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone» (si veda, in tal senso, il punto 67 della sentenza *Alassini e altri*, citata in nota).

E) Le questioni invisibili della giustizia digitale

Se oggi l'economia 2.0 è una delle principali leve di crescita internazionale, nondimeno essa solleva interrogativi sulla sostenibilità economica, politica e sociale del modello su quale è strutturata, ossia la piattaforma digitale, che consente di centralizzare, estrarre e controllare quantità astronomiche di dati, spesso senza il consenso esplicito degli utenti interessati.

1) Questioni economiche

Nick Srnicek, autore di *Capitalismo digitale*[17], sostiene che, nonostante il "marchio di fabbrica" dell'innovazione, il capitalismo 2.0 riproduce – in diversi casi, esasperandole – le classiche disfunzioni dell'economia di mercato. Talvolta presentata come parte integrante una "quarta rivoluzione industriale", l'economia digitale abbraccia le «imprese il cui modello gestionale si basa in misura crescente sulla tecnologia dell'informazione, le banche dati e *internet*». La tendenza oligopolistica del settore appare come una realtà inconfutabile agli occhi di Srnicek, il quale rileva che «le piattaforme sono portatrici di una tensione

15. Cgue, sez. IV, 18 marzo 2010, *Alassini e altri c. Telecom Italia Spa* (C-317/08, C-319/08, C-320/08) e *Califano c. Wind Spa* (C-318/08), Ecli:Eu:C:2010:146.

16. Cgue, sez. I, 14 giugno 2017, *Menini e Rampanelli c. Banco Popolare – Società cooperativa* (C-75/16), Ecli:Eu:C:2017:457.

17. N. Srnicek, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press, Roma, 2017.

naturale al monopolio». Attori chiave dell'economia internazionale, queste piattaforme digitali, nonostante il loro rapido sviluppo nel corso dell'ultimo ventennio, si fanno una feroce concorrenza e le fusioni/acquisizioni in questo settore sono innumerevoli.

È nel contesto descritto da Nick Srnicek che si sta sviluppando il mondo delle *startup legal tech*. La nuova economia ha condotto una tale offensiva da diventare ineludibile, rendendo l'approccio digitale un bisogno in tutti i settori della vita. Il diritto e la giustizia non potevano sfuggire – o non hanno voluto farlo – a tale attrazione.

In Francia, il settore giuridico ha pesato oltre 31,1 miliardi di euro nel 2017, secondo uno studio dell'«Osservatorio degli attori economici del mercato del diritto»[18]. Attualmente operano, nell'Esagono, 75 imprese francesi di *legal tech* (166, secondo alcune fonti[19]). 400 miliardi di dollari è, invece, la cifra rappresentativa del "mercato del diritto" negli Stati Uniti; le *startup legal tech* statunitensi sono oggi circa 300 e, già nel 2014, rappresentavano più di 254 milioni di dollari di investimenti. In Francia, nel 2017, sono stati destinati a queste aziende fondi per 12,8 milioni di euro, con un sicuro aumento nel 2018: per citare un esempio significativo, dopo una raccolta fondi iniziale (nell'autunno del 2016) di 2 milioni di euro, nel mese di giugno 2018 la società Doctrine si è aggiudicata una nuova tornata di finanziamenti per 10 milioni di euro[20].

La forte concorrenza e la tendenza monopolistica prevalente in questo settore dell'economia non possono non preoccupare (si veda, in nota, il riferimento alle pressioni concorrenziali che condizionano l'attività dell'azienda sopra citata).

Si noti che Nick Srnicek chiede una maggiore regolamentazione del settore da parte degli Stati, suggerendo anche la creazione di «piattaforme pubbliche post-capitaliste» per «collettivizzare» l'innovazione digitale e metterla al servizio dei cittadini e della democrazia. Tale non è, come si è visto sopra, il percorso che la Francia ha scelto nel campo del diritto e, particolarmente, in quello della risoluzione amichevole delle controversie.

2) Questioni sociali

Nel suo ultimo saggio, Antonio A. Casilli[21] rivela l'esistenza delle «piccole mani» dell'intelligenza artificiale: lavoratori – forse milioni – pagati solo una monetina per clic; è quello che chiama «*digital labour*». Ad esempio, Casilli spiega come il lavoro degli autisti di Uber si svolga meno al volante che davanti allo schermo del loro *smartphone*, dove gestiscono informaticamente la propria attività (selezione delle opzioni, arricchimento dei percorsi GPS, riempimento di tabelle, etc.). Inoltre, l'autore sottolinea che l'utilizzo di *big data*, estratti a partire dalle esigenze specifiche di autisti e passeggeri, è di fatto destinato a modellare un particolare tipo di "robot intelligenti": i veicoli autonomi, candidati certi a un avvenire economicamente redditizio.

È impossibile riassumere qui l›analisi dell›autore, ma il suo contributo dimostra che:

- da un lato, dietro "l'intelligenza artificiale" c'è un popolo di lavoratori invisibili e sfruttati, che effettuano materialmente le ricerche di dati per definire, in modo opaco, profili di persone da rivendere ad aziende interessate a proporre loro un'offerta;
- dall'altro, che la ricerca di profitto di una *startup* non appare necessariamente in prima linea: il successo commerciale dell'azienda potrà sopraggiungere in una seconda fase (programmata in anticipo), senza visibilità immediata.

Evitando di cadere in eccessi di carattere paranoico, c'è ragione di temere che il *legal tech* ricorrerà, in misura sempre maggiore, a mezzi diversificati nella raccolta a basso costo – e sfruttando una forza lavoro precaria sparsa in tutto il mondo – di una grande quantità di dati, aumentando così l'offerta di una risoluzione "automatizzata" delle liti, nonché di altri servizi di natura giuridica e/o paragiudiziaria.

---

18. Dati disponibili *online*: www.dynamique-mag.com/article/legaltech-quand-start-up-francaises-bousculent-marche-droit.10656).

19. Dati disponibili *online*: (www.village-justice.com/articles/infographie-les-chiffres-cles-2018-legaltech-france,30171.htm).

20. Secondo quanto comunicato dalla stessa società: «La più grande raccolta di fondi di un *legal tech* in Europa, realizzata grazie agli investimenti di Otium Venture e Xavier Niel. Doctrine vuole assumere 160 dipendenti nei prossimi 18 mesi per continuare a sviluppare la propria tecnologia e intensificare le relazioni con i propri clienti», (https://doctrine.pr.co/167186-doctrine-realise-la-plus-grande-levee-de-fonds-d-une-legaltech-en-europe).
Specie con riguardo ai suoi metodi di ricerca e di ottenimento delle decisioni, questa *startup* è in conflitto con i suoi concorrenti, che le rimproverano di fare uso di nomi di dominio falsi e di flussi di richieste alle cancellerie comunicate con mezzi fraudolenti, (www.lemonde.fr/economie/article/2018/06/28/piratage-massif-de-donnees-au-tribunal_5322504_3234.html; www.lemonde.fr/economie/article/2018/10/05/reglement-de-comptes-chez-les-editeurs-juridiques_5365405_3234.html). Doctrine è anche in lite con l'Ordine degli avvocati di Parigi. (https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/actu/0302305086735-doctrine-attaquee-par-l-ordre-des-avocats-de-paris-323612.php).

21. A. A. Casilli, *En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic*, Éditions du Seuil, Parigi, 2019.

In realtà ritroviamo, sotto diversa forma, il problema sollevato da Cathy O'Neil[22]. Cosa c'è di più neutrale di un *computer*[23]? Cos'è più aprioristicamente oggettivo di una serie di calcoli o di operazioni matematiche? Cosa può essere più lontano da un'opinione di un algoritmo? Ebbene, secondo O'Neil, per il semplice fatto che sono programmati da persone in carne e ossa, anche i dispositivi saranno oggetto di distorsioni. Mentre si tentano di oggettivare realtà assai più complesse di quelle che può descrivere una singola successione matematica, è essenziale considerare che dietro ogni algoritmo sta un'intenzione e che un'intenzione non è neutrale.

Negli Stati Uniti ci si è accorti di come la "polizia predittiva" rafforzasse prospettive orientate: nell'esempio della vigilanza dei quartieri neri da parte delle polizie di Chicago e Oakland, ciò ha provocato un aumento della discriminazione razziale (come evidenziano gli studi effettuati dalla criminologa Jessica Saunders e, rispettivamente, da un'équipe dell'Università di Stato del Michigan)[24].

3) Questioni rituali

Nel libro prima citato, Antoine Garapon e Jean Lassègue sottolineano l'importanza di quella che chiamano la «quarta dimensione dell'udienza», vale a dire il "rituale" che gravita intorno a ogni procedura e che richiede un incontro fisico tra le parti estremamente codificato.

«La giustizia non significa soltanto applicare la legge», spiega Jean Lassègue[25]. «È riuscire a raggiungere, attraverso un'operazione molto ritualizzata e altrettanto complessa, l'accordo sull'esito di una certa disputa. Tutto ciò richiede tempo. Questo è il motivo per cui un processo è lungo e complicato, e comprende ogni sorta di ritualizzazione collettiva. Se si dimentica l'intera dimensione antropologica del diritto per conservarne solo la dimensione algoritmica – per alcuni giuristi, un sogno formalista –, si perde di vista l'obiettivo fondamentale: rendere giustizia».

Si noterà che la dimensione rituale è importante anche nei "piccoli contenziosi" (che non sono mai tali per le parti): benché più sobrio, il rituale resta un attributo della giustizia, caricando di efficacia simbolica la sua funzione di "terzo potere" e la sua capacità di dire il diritto, di rendere giustizia in modo indipendente e imparziale, dopo l'ascolto attento delle parti.

4) Questioni etiche

L'aspetto etico è stato prontamente evidenziato e in Francia molte «carte» sono state elaborate a seguito di iniziative private (professioni legali o *legal tech*).

Un'iniziativa europea ha visto la luce: la «Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e in ambiti connessi»[26], adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa in occasione della sua trentunesima sessione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018). I principi della «Carta» sono: il rispetto dei diritti fondamentali; il principio di non discriminazione; la trasparenza, qualità e sicurezza del trattamento dei dati; la garanzia della neutralità e la tutela dell'integrità intellettuale; infine, il principio del controllo delle proprie scelte da parte dell'utente.

Ma come far vivere e, soprattutto, far rispettare questi principi?

Le considerazioni finora esposte dimostrano che la questione nodale ha natura politica. L'etica potrà fare il suo ingresso unicamente sulla scia delle scelte politiche da compiere in nome dei principi fondamentali, senza sostituirsi a esse.

1.2. Che tipo di giustizia è necessario al tempo presente?

Questa domanda dovrebbe preoccupare i politici, i giuristi e la società civile. Come ha sottolineato[27] Benoit Bastard[28], sociologo specializzato in questioni di giustizia, «dovremmo pensare di più alla giustizia che vogliamo e che stiamo costruendo».

---

22. C. O'Neil, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la diseguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani-Giunti Editore, Firenze, 2017.

23. Si invita all'ascolto e alla lettura della recensione (qui in gran parte ripresa) su *France Culture* (31 dicembre 2018): www.franceculture.fr/emissions/la-methode-scientifique/cathy-oneil-pour-une-ethique-des-algorithmes.

24. www.humanite.fr/lechec-des-outils-predictifs-aux-etats-unis-652933.

25. www.mediapart.fr/journal/france/020119/la-justice-se-prepare-l-arrivee-des-algorithmes?onglet=full.

26. www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment.

27. Cfr. F. Trécourt, *La giustizia al tempo degli algoritmi e dei* big data [*tdR*], in *CNRS le journal*, 28 aprile 2017, disponibile *online*: https://lejournal.cnrs.fr/articles/la-justice-a-lheure-des-algorithmes-et-du-big-data.

28. *Directeur de recherche* emerito presso il Cnrs e membro dell'«*Institut des sciences sociales du politique*» presso la Scuola normale superiore di Cachan (Università di Parigi-Saclay). Dal gennaio 2017, è Decano del polo didattico «*Environnement judiciaire*» della Scuola nazionale della magistratura.

A) In quale mondo viviamo? Crisi di fiducia nelle istituzioni, crisi sociale, crisi politica, ascesa di poteri "forti"

Dopo la fine della Seconda guerra mondiale e, successivamente, con la caduta del Muro di Berlino, c'erano tutti i motivi per credere che l'evoluzione democratica degli Stati europei fosse irreversibile, sia a Est che a Ovest. Tuttavia, quel processo ha lasciato il posto alla stagnazione, se non alla regressione. Al consenso sui valori democratici, sancito nei testi fondatori delle istituzioni europee, è seguita una crisi di fiducia dei cittadini, non solo nei confronti di quelle, ma anche delle istituzioni nazionali. La giustizia non sfugge a queste dinamiche.

Ci troviamo in un contesto che vede crescere i poteri "forti", i nazionalismi e le chiusure identitarie di ogni genere, connotato da un appello diretto al "popolo" e tuttavia privo di riflessioni e di un dibattito approfondito.

La sfiducia si accompagna, del tutto naturalmente, a una negazione del ruolo democratico della giustizia e delle «forze immaginanti del diritto»[29] (prendo in prestito questa bella formula da Mireille Demas-Marty, Professore al Collège de France). Questi poteri proclamano l'egemonia della legittimità delle urne, che darebbe loro carta bianca per governare, accompagnata da una totale immunità.

Come fa notare Pierre Rosanvallon (storico e sociologo, Professore al Collège de France), «i regimi populisti (...) vogliono vedere ai loro piedi le corti costituzionali, sopprimere gli organismi indipendenti e considerare nemici le facoltà di analisi e di giudizio (...). Oggi si può ascoltare questo discorso in tutto il mondo: in Turchia, in Russia, negli Stati Uniti, per bocca di Putin o Orban, Trump o Erdoğan. A essere in gioco è una certa concezione della democrazia (...). Dobbiamo difendere l'idea che la democrazia non è solo il popolo elettorale, ma anche i suoi contro-poteri»[30].

Nessun Paese è immune dalle derive appena descritte.

Mentre si scrivono queste righe, la Francia sta attraversando una crisi sociale drammatica di cui solo la storia, senza dubbio, ci darà la chiave, tanto è difficile da cogliere la diversità dei fattori sottostanti a questo movimento e alle correnti, piuttosto contraddittorie, che lo attraversano. Certamente, la crisi attuale rivela una seria sfiducia nelle istituzioni proveniente da una parte della popolazione e tutto porta a credere che la giustizia non ne sia immune, anche perché alcuni membri di questo movimento hanno a che fare con la giustizia penale nel momento della repressione degli atti commessi durante le manifestazioni. Questa sfiducia proveniente "dal basso" dev'essere tenuta in debita considerazione. A scanso di errori, si può affermare che tale considerazione – contrariamente al piano di riforma della giustizia – impone, per la giustizia e i diritti, un'esigenza di accessibilità uguale per tutti. Questo movimento, in ogni caso, rivendica la sconfitta dei tecnocrati di tutti i partiti: il loro tradimento rispetto ai valori dell'umanesimo è costoso per la nostra democrazia e la nostra Repubblica. Bisogna ricordarlo.

In tale contesto, più che mai, la giustizia dovrà mostrarsi degna della fiducia in essa riposta dai cittadini o, quantomeno, di quella che dovrebbero accordarle in una società democratica: una fiducia non meramente di facciata, ma che rifletta un'adesione profonda alle modalità operative e d'intervento della giustizia, che dovrà anche essere all'altezza delle nuove esigenze e aspettative sociali nei suoi confronti.

B) I due volti della giustizia

Complessivamente, stanno emergendo due concezioni della giustizia su cui è opportuno portare l'attenzione, nella ricerca del tipo di giustizia necessario al nostro tempo:

- una concezione positivista, nella quale la giustizia è solo una *performance* di tecnica giuridica che – magari compiacendo i commentatori "eruditi" – non realizza necessariamente il dono effettivo del "giusto" che la società ha il diritto di attendersi dall'istituzione giudiziaria;
- una concezione sociale rispondente alla filosofia di Paul Ricoeur, che intendeva rendere giustizia alla giustizia e fare spazio al diritto. Ricoeur spiegava che la finalità "breve" di ogni atto giudiziale è risolvere un conflitto, mentre la finalità "lunga" è la ricerca della pace sociale. È la coesione sociale a essere chiamata in causa. L'atto giudiziale non è, pertanto, un atto di pura tecnica giuridica, ma un atto di coscienza: la coscienza del "giusto". Esso è rivolto a una comunità umana e, allo stesso tempo, la impegna. La priorità conferita alla ricerca del "giusto" significa che le idee sociali, nella misura in cui coinvolgono le relazioni degli uomini tra loro, sono al centro dell'atto giudiziale.

Le seguenti osservazioni tendono a identificare i valori intangibili che la giustizia del nostro tempo ha il dovere di rispettare. La chiara necessità di tro-

29. M. Demas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, voll. I-III, Éditions du Seuil, Parigi, 2004, 2006 e 2007.

30. Da un colloquio con Nicolas Truong, *Le Monde*, 2 marzo 2017, disponibile *online*: www.lemonde.fr/affaire-penelope-fillon/article/2017/03/02/pierre-rosanvallon-les-propos-de-francois-fillon-marquent-un-tournant-populiste-dans-la-campagne-presidentielle_5088104_5070021.html.

varsi in rispondenza con il mondo attuale non significa, per la giustizia, estraniarsi da anni di storia e di esperienze talvolta segnate da momenti difficili, che le hanno permesso di fissare questi principi intangibili. Si tratta di garantire a tutti l'esistenza di un sistema giudiziario indipendente, imparziale, efficace e socialmente giusto: il solo capace, nel rispetto dei principi sottesi a un equo processo, di garantire l'effettiva protezione dei diritti fondamentali.

2. I valori intangibili della giustizia

2.1. Libertà: che cosa significa per il giudice?

A) Imparzialità e indipendenza

Per il giudice, la libertà può essere descritta così: dopo un attento ascolto delle parti, spetta a lui condurre ed esporre liberamente la sua analisi, pervenendo a una decisione assunta nel rispetto di un *corpus* di regole e valori che stanno a fondamento del suo ufficio, compresi quelli derivanti da convenzioni internazionali come la Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e altri principi dell'ordinamento europeo. Tale libertà presuppone, per statuto, l'indipendenza del giudice, il quale dovrà sempre collocarsi alla giusta distanza dal contenzioso a lui sottoposto, senza alcuna influenza indebita: per queste stesse ragioni, il giudice è libero.

La libertà del giudice è formata da due principi:

- imparzialità: come può il giudice riconoscere a ciascuna parte la propria parte di giustizia?
- indipendenza: come far sì che il giudice sia tale a pieno titolo?

Non si tratterà, in questa sede, di riprendere le considerazioni abitualmente fatte su tali componenti essenziali della giustizia, che con il principio del contraddittorio caratterizzano il processo "equo", nel senso fatto proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Cercheremo, invece, di far luce su alcuni elementi che il concetto di giustizia digitale mette alla prova.

Ricordiamo che il controllo del rispetto dei suddetti requisiti, nel loro insieme, avviene attraverso la pubblicità (fatte salve giustificate eccezioni). Lo sguardo di soggetti terzi – dei cittadini, della stampa – sul funzionamento della giustizia, specialmente nelle aule di tribunale, è una garanzia indispensabile a una giustizia democratica.

Come possiamo osservare il funzionamento di un algoritmo? Il problema è che questo sistema è una "scatola nera" e contiene profili di valutazione ai quali il comune mortale non ha accesso.

Quale indipendenza potrà valere per le società di *legal tech*, soggetti privati i cui finanziatori possono avere interesse a favorire una particolare giurisprudenza nella selezione delle sentenze di riferimento? Quale imparzialità? Quale uguaglianza tra le parti, ogni volta che il loro rapporto sia marcato da una specifica asimmetria?

Ecco una breve sintesi delle domande che sorgono e qualche elemento di risposta, prima di approfondire alcune componenti di questa libertà.

B) La dittatura del precedente non costituisce una garanzia per le parti

Non solo la supremazia del precedente pregiudica l'indipendenza del giudice nella misura in cui egli non eserciti pienamente il suo ufficio, ma mina anche il suo dovere di imparzialità, in quanto la parte cui la giurisprudenza non è favorevole si trova in una posizione di inferiorità istituzionale.

La legittima preoccupazione per una giurisprudenza coerente e per la certezza del diritto si basa sulla necessità, per chiunque si trovi dinanzi alla giustizia, di una prospettiva sull'esito del processo avviato o subito. Questo non può, tuttavia, essere un modo per negare a qualsiasi soggetto la propria legittima opportunità: una giurisprudenza consolidata non equivale a una giurisprudenza paralizzata.

Un sistema di giustizia digitale aprioristicamente basata sulla giurisprudenza dominante, sul "quantitativismo" giudiziario[31], non è accettabile: una giurisprudenza oggi minoritaria potrebbe essere la giurisprudenza maggioritaria di domani. I *revirement* della giurisprudenza sono salutari; quello che la Corte europea dei diritti dell'uomo esige è la motivazione[32] di un *revirement* o il rispetto del principio di prevedibilità[33].

31. Tale tendenza conduce a errori di apprezzamento: così, in una giurisdizione, si danno talvolta decisioni rese in serie (ad esempio, in caso di licenziamento di molti dipendenti di un'azienda, ogni dipendente essendo il destinatario di una singola decisione), il volume delle quali provoca distorsioni nella ricerca statistica.

32. Troviamo riferimento all'obbligo di motivare i *revirement* giurisprudenziali e alla certezza del diritto in Corte Edu, *Atanasovski c. ex-Repubblica jugoslava di Macedonia*, ric. n. 36815/03, 14 gennaio 2010, in merito al requisito della giustificazione delle decisioni giudiziarie: «nelle circostanze della caso in esame (...) l'esistenza di una giurisprudenza consolidata imponeva alla Corte suprema di giustificare in modo più sostanziale le ragioni di tale rottura», in particolare «fornendo [al ricorrente] spiegazioni più dettagliate».

33. Secondo la Corte di Strasburgo, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione, che in questo caso ha portato all'irricevibilità di una citazione direttamente proposta dalla ricorrente, non è contraria alla Cedu quando tale giurisprudenza non sia basata

Si può immaginare che i dati giurisprudenziali, nei sistemi di *legal tech*, si concentreranno sulla giurisprudenza delle corti superiori – che non è, peraltro, intangibile. Accade, infatti, che le corti d'appello e i tribunali di primo grado "resistano" alla giurisprudenza della Corte di cassazione: talvolta, anche questa giurisprudenza evolverà o potrà essere smentita da un'istanza europea (Corte Edu o Cgue).

I lettori di Emmanuel Carrère conoscono, grazie a *Vite che non sono la mia*[34], la lotta dei «piccoli giudici» che hanno portato la loro giurisprudenza, in conflitto con la Corte di cassazione, davanti alla Cgue. Si trattava di valutare se un giudice può sollevare d'ufficio – vale a dire, ove non gli sia richiesto – la questione della validità di una clausola contrattuale. La Cgue, contrariamente alla posizione della Corte suprema francese, ha affermato che «una protezione efficace del consumatore può essere raggiunta solo se al giudice nazionale è riconosciuta la facoltà di valutare *ex officio* la natura abusiva di un clausola».

La questione dello squilibrio, dell'asimmetria tra le parti, deve costituire un'ossessione per il giudice, nel rispetto e nell'efficacia del principio di parità delle armi, per riconoscere a ciascuna delle parti in causa la propria parte di giustizia. È possibile attribuire la medesima ossessione a un algoritmo?

Allo stesso modo, il giudice francese ha il potere e, talvolta, il dovere di situare la controversia entro un quadro giuridico diverso da quello considerato dalle parti (a condizione, naturalmente, che il principio del contraddittorio sia rispettato). Cosa farà l'algoritmo?

C) L'estensione del dominio della libertà del giudice

1) La valutazione dei fatti

«È il fatto a fare il diritto», recita un vecchio adagio di Loysel, giureconsulto del XVI secolo. Fatti salvi i casi, relativamente rari, in cui i fatti sono estremamente semplici, non si immagina in quale misura l'accertamento dei i fatti di una causa civile (e, certamente, penale), assistito da una relazione dettagliata, permette di arrivare alla sua soluzione giuridica. Il fatto *non è* il diritto, ma nel processo di elaborazione della decisione è un "attore" decisivo.

I fatti sono spesso stabiliti grazie alla perspicacia del giudice, solerte nella ricerca della verità e privo di esitazioni nel farla emergere dietro alle apparenze, talvolta basandosi su una concezione attiva del proprio ufficio (indagini, audizioni delle parti, etc.).

Dei colleghi portoghesi mi hanno detto che il loro Ministro della giustizia, intenzionato a promuovere la "giustizia predittiva", aveva inviato nei tribunali diversi esperti informatici, i quali non riuscivano a capire come e perché i fatti non corrispondessero a dati certi e prestabiliti, ma fossero oggetto di discussione. Questo aspetto ha completamente sconvolto il loro ragionamento.

2) L'importanza crescente dei diritti fondamentali

Ci sono voluti oltre trent'anni perché la Francia, ratificata il 3 maggio 1974 la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il 2 ottobre 1981 aderisse alla garanzia giurisdizionale dei diritti proclamati da quella Convenzione, affidata alla Corte europea dei diritti dell'uomo, riconoscendo il ricorso individuale presentato dinanzi a quest'ultima. Si è potuto, così, sviluppare il principio di proporzionalità, di grande aiuto nel considerare l'asimmetria tra le parti all'interno del processo.

Progresso fondamentale nell'attenzione rivolta ai diritti umani, questo principio permette – nell'ambito dei suoi diversi ambiti applicativi – di bilanciare il diritto del proprietario con il diritto alla tutela della vita privata delle persone minacciate di allontanamento forzato da un luogo "illegalmente" occupato.

La Corte di Strasburgo ha affermato che «la perdita di un'abitazione costituisce una delle più grave violazioni del diritto al rispetto del domicilio» e che «ogni persona che rischi di esserne vittima deve, in linea di principio, essere in grado di far esaminare la proporzionalità di tale misura da un tribunale»; insiste, inoltre, sulla necessità di tenere conto dell'«appartenenza» delle persone interessate «a un gruppo socialmente svantaggiato»[35]. La Francia è stata ripetutamente condannata per espulsioni di individui e famiglie Rom, misure che risultavano prive di tali requisiti.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo consente, quindi, al giudice nazionale – lungi da un'applicazione meccanica della legge – di fornire risposte giudiziarie che favoriscano un maggiore rispetto della persona umana.

È inimmaginabile che l'intelligenza artificiale sia in grado di effettuare un efficace bilanciamentio tra il diritto all'abitazione e il diritto di proprietà.

---

su circostanze imprevedibili (Corte Edu, *Allègre c. Francia*, ric. n. 22008/12, 12 luglio 2018).

34. E. Carrère, *Vite che non sono la mia*, Einaudi, Torino, 2011.

35. Si vedano i seguenti casi, decisi dalla Corte Edu: *McCann c. Regno Unito*, ric. n. 19009/04, 13 maggio 2008, § 50, e *Rousk c. Svezia*, ric. n. 27183/04, 25 luglio 2013, § 137.

3) Riconoscimento del ruolo sociale del giudice

Ripeterò qui le parole di Marc Verdussen, Docente di diritto costituzionale all'Università cattolica di Lovanio, che afferma: «Il giudice odierno non è più il giudice di ieri. Non si accontenta più di dire il diritto e, nemmeno, d'interpretarlo. La modernità lo ha elevato al grado di arbitro dei valori sociali. Naturalmente, i conflitti di valore esistono da sempre e la giustizia vi ha preso parte. Tuttavia, sempre più sistematicamente, quei conflitti sono definiti nelle aule dei tribunali anziché negli emicicli dei parlamenti. Inoltre, il giudice non dovrebbe deciderli in modo categorico e perentorio, ma con sottili adattamenti e raffinati compromessi. Nel considerare tali conflitti, i giudici devono conoscere il limite entro il quale mantenersi (...). La responsabilità sociale traccia un legame positivo tra la comunità dei giudici e la società dei cittadini. In questo senso, la responsabilità sociale si riferisce alla necessaria cultura giudiziaria che ogni giudice ha il dovere di possedere e alimentare. Questa cultura giudiziaria è il prodotto di diversi fattori convergenti verso un requisito fondamentale: nel rispetto dell'indipendenza e dell'imparzialità che fanno di loro un terzo potere, i giudici devono avere una quotidiana attitudine di apertura verso la società civile e di dialogo con i cittadini»[36].

In una società sempre più frammentata e ineguale, è necessario offrire a questo ruolo una possibilità di sviluppo. Come scrive François Ost, «in simili circostanze, è importante che il giudice, prima di decidere, sia adeguatamente informato – nella loro portata estensiva – sulle questioni inerenti alla controversia della quale è competente a conoscere: chi sono esattamente le persone, i gruppi, o anche le categorie di persone coinvolte? Come articolare i loro rispettivi interessi? Come ponderare le prerogative di cui ogni soggetto si fa portatore?»[37]. Quale algoritmo è in grado di operare in modo simile?

Al riguardo, dovrà tenersi in ampia considerazione il ruolo dei principi fondamentali, sia nazionali che internazionali. Al giudice spetta l'utilizzo di tutte le risorse giuridiche, compreso – e soprattutto – l'insieme dei diritti fondamentali. La garanzia derivante dai diritti riconosciuti dall'art. 8 Cedu – vita privata e familiare, domicilio –, così spesso messa in discussione dagli effetti della crisi (espulsione dalle abitazioni, separazione delle famiglie, etc.), dovrà costituire un punto fermo. Questa osservazione è in linea con quanto considerato precedentemente.

Un esempio recente merita di essere menzionato: una decisione della Corte costituzionale francese, datata 6 luglio 2018, sarà un punto di riferimento per il riconoscimento del valore costituzionale al «principio di fraternità» e a uno dei suoi corollari: la «libertà di aiutare gli altri per motivi umanitari», divenuta così una nuova libertà fondamentale, che i giudici dovranno tenere in dovuta considerazione (*décision* n. 2018-717/718QPC, 6 luglio 2018).

Chi può ammettere che l'intelligenza artificiale assumerà il ruolo sociale del giudice, con la inerente capacità di conoscere la realtà sociale che quel ruolo impone?

2.2. Umanità

A) Il senso dell'umanità: un obbligo deontologico, componente indispensabile dell'agire del giudice

In un documento redatto dalla Rete europea dei Consigli di giustizia (ENCJ), che illustra gli obblighi deontologici dei giudici, è scritto:

«Il senso di umanità del giudice si manifesta attraverso il rispetto delle persone e della loro dignità, in tutte le circostanze della sua vita professionale e privata.

La sua condotta si basa sul rispetto della persona umana, considerandone tutte le caratteristiche: fisiche, culturali, intellettuali, sociali, nonché relative alla razza [*sic*] e al genere.

Il giudice mostra rispetto nel suo rapporto con le parti in causa, ma anche nei confronti di coloro che compongono il suo ambiente professionale, gli avvocati, il personale amministrativo, etc.

Questa umanità, che comprende una sensibilità per le situazioni sottoposte al suo giudizio, permette al giudice di considerare la dimensione umana delle sue decisioni. Spetta a lui, nella valutazione dei fatti come nella fase decisionale, trovare un equilibrio tra empatia, compassione, comprensione, rigore e severità, in modo che la sua applicazione del diritto sia avvertita come legittima e giusta»[38].

Sappiamo che la mancanza di umanità è un'accusa spesso avanzata contro la giustizia, che in più circostanze appare – dobbiamo riconoscerlo – spaventosa ai suoi diretti destinatari e alla cittadinanza in genere.

---

36. M. Verdussen, *Des juges socialement responsables*, in *La Libre*, 13 luglio 2007, disponibile *online*: www.lalibre.be/debats/opinions/des-juges-socialement-responsables-51b89422e4b0de6db9b00c32.
Marc Verdussen è Professore di diritto costituzionale all'Università cattolica di Lovanio.

37. F. Ost, *De l'obéissance à la collaboration: une nouvelle déontologie des juges?*, in Éthique publique, vol. 3, n. 2, 2001, disponibile *online*: https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2524.

38. ENCJ, *Report di deontologia giudiziaria 2009-2010*, pp. 12-13, disponibile *online*: www.encj.eu/images/stories/pdf/ethics/judicialethicsdeontologiefinal.pdf.

Il rispetto di questo requisito è importante per stabilire o restaurare la fiducia tra i cittadini e la giustizia.

Vorrei dire – è il mio parere – che la giustizia, in Francia, ha diversi progressi da compiere. Ma sarà un algoritmo a risolvere queste carenze?

B) Una forte componente dell'umanità: l'emozione.

Di solito, si domanda al giudice di mettere l'emozione da parte. La questione delle emozioni non è generalmente affrontata né abbordata dai magistrati, che ne parlano poco o nulla. Non se ne parla alla Scuola nazionale di magistratura (Enm), fatto salvo un riferimento: pur non essendo oggetto di negazione, il giudice dovrà prendere le distanze dalle emozioni. Eppure, Emmanuel Jeuland, in uno studio sul giudice e l'emozione, ricordando un seminario tenuto all'Università di Nanterre nel febbraio 2017, si chiede: «Non è pericoloso mettere le proprie emozioni a distanza fino a chiamarsi fuori dalla loro sfera per raggiungere il giudizio?».

«Sembra acquisito», prosegue, «alla luce delle scoperte delle neuroscienze, che Descartes abbia sbagliato nel distinguere tra corpo e mente, ragione ed emozione (...). Una ragione senza emozione porta a cattive decisioni, laddove una gestione incontrollata delle emozioni porterà a cattive intuizioni»[39].

In un saggio ormai famoso, *L'errore di Cartesio*[40], Antonio Damasio, medico neurologo, descrive la relazione tra ragione ed emozione basata sullo studio neurologico dei pazienti: l'emozione partecipa della ragione e può aiutare il processo di ragionamento – anziché necessariamente disturbarlo, come a lungo si è pensato.

Damasio si è mostrato scettico sulla possibilità di costruire *computer* o *robot* dotati di coscienza[41].

Personalmente, nemmeno io nasconderò il mio scetticismo in merito alla possibilità, per un algoritmo, di provare emozioni.

Conclusione

«Il diritto è troppo umano per aspirare all'assoluto della linea retta», ha scritto Jean Carbonnier[42].

Il sogno – o l'incubo – della giustizia digitale che verrà è la pericolosa illusione di una "macro giustizia" capace di autoregolarsi. Il cuore della giustizia deve essere il sensibile e il singolare. Che ne sarà di questa concezione nella giustizia digitale?

Certo, si adduce che tale modalità sarebbe riservata soltanto a cause di entità limitata. Ma le "piccole questioni" sono spesso molto importanti, nonché fonte di ansia, per chi le vive. È facile scommettere che le persone coinvolte preferiranno avere a che fare con una giustizia umana, ancorché imperfetta.

Varrà la pena sottolineare che la lotta dei "piccoli giudici" per il riconoscimento della facoltà di rilevare d'ufficio la natura abusiva di una clausola in un contratto di consumo riguardava proprio quei "piccoli *dossier*" dei quali si desidera accelerare la trattazione mediante elaborazione digitale.

39. E. Jeuland, *Le juge et l'*émotion, *paper* presentato in data 31 agosto 2018, disponibile *online* sull'archivio elettronico ad accesso aperto HAL: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v2/document. Emmanuel Jeuland è Professore alla Scuola di diritto della Sorbona presso l'Università «Paris 1 Panthéon-Sorbonne» di Parigi.

40. A. Damasio, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, Milano, 1995.

41. Si veda, in proposito, l'intervista rilasciata a Yann Verdo (*Les Echos*, 1 dicembre 2017), disponibile *online*: www.lesechos.fr/idees-debats/sciences-prospective/030937743474-antonio-damasio-antonio-damasio-je-ne-crois-pas-a-des-ordinateurs-doues-de-conscience-2134990.php.

42. J. Carbonnier, *Flessibile diritto: per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, Milano 1997 (prima edizione: Lgdj, Parigi, 1969).

Introduzione. Il dovere di comunicare dei magistrati: la sfida per recuperare fiducia nella giustizia

di *Donatella Stasio*

Nell'epoca della comunicazione e contro il "cattivismo" diffuso che sembra connotare lo spirito dei tempi, diventa ancora più urgente un'etica della comunicazione. La magistratura deve farsi carico dell'aspettativa sociale di conoscere e di comprendere la complessità della giustizia. Ma il dovere di comunicare presuppone la costruzione di una solida e diffusa cultura della comunicazione. Questa è, dunque, la sfida che attende la magistratura tutta, per recuperare credibilità e soprattutto fiducia, caduta ai minimi storici. La fiducia si nutre infatti della trasmissione del sapere, della promozione della conoscenza, dell'esercizio della trasparenza, di condotte rispettose della dignità dell'interlocutore, dell'ascolto, del rendere conto ... . Si tratta di una "riforma" improcrastinabile, che chiede ai giudici (e in generale ai giuristi) anzitutto di uscire davvero dall'autoreferenzialità e poi di mettersi in gioco con umiltà, consapevolezza del proprio ruolo sociale, responsabilità, ed elaborazione del lutto di una giustizia perfetta.

1. Parlare di comunicazione istituzionale della giustizia in questo momento storico, e, addirittura, promuoverne una diffusa cultura e una solida etica tra i magistrati, può sembrare un'idea bizzarra, se non una provocazione. Il fai-da-te con cui, oggi, alcune istituzioni politiche (anche oltre i nostri confini) si rivolgono direttamente al "popolo", contrapponendo alle presunte *fake news* mediatiche le presunte verità in diretta *Facebook, Twitter, Instagram, Youtube,* sicuramente non aiuta a far maturare l'idea di una comunicazione diversamente doverosa e a coglierne il peso strategico per la tenuta della democrazia. Non aiuta ad abbattere il *totem* del silenzio – altezzoso, comodo, difensivo – «*retaggio di una visione sacerdotale*» della giustizia (Beniamino Deidda) e a far radicare la consapevolezza di un «*dovere di spiegare e di spiegarsi, che permetta alla magistratura di divenire una componente attiva, responsabile e incisiva della moderna società della comunicazione*» (Nello Rossi). Non aiuta neppure a superare le diffidenze per il rischio-propaganda o protagonismo. Né consente di mettere a fuoco l'obiettivo di questa necessaria svolta culturale, che non è il consenso popolare – come lo spirito del tempo induce a pensare – ma "solo" (si fa per dire) il recupero, se non la costruzione, di un saldo rapporto di fiducia con i cittadini.

Non è cosa da poco. Tutt'altro, se si pensa che anche dalla fiducia nella giustizia dipende la coscienza del nostro stare insieme, il senso di appartenenza a una comunità profondamente democratica. E la fiducia si nutre anche della trasmissione del sapere, della promozione della conoscenza, dell'esercizio della trasparenza, del riconoscimento e del rispetto della dignità dell'interlocutore, dell'ascolto, del rendere conto ... .

Del resto, una democrazia matura ha bisogno di un'opinione pubblica informata e critica. Perciò, la qualità del discorso pubblico è un bene comune da tutelare e nessuno – tanto meno la giustizia – può non farsene carico, pensando di delegare ad altri questo compito.

Sfida difficile.

Viviamo nell'era della comunicazione «*ma abbiamo perduto la capacità di comunicare*», ci ricorda Vittorio Lingiardi. E per di più, il Censis, nel suo ultimo Rapporto (il 52°) ci descrive come un popolo in preda a «*un cattivismo diffuso, che erige muri invisibili ma spessi*». Bucare quel muro, tirato su con il cemento della paura, della rabbia, del risentimento e

della diffidenza, è una sfida tanto difficile quanto ineludibile, che si impone a chiunque abbia a cuore la democrazia.

«*Il pastore sa che le sue parole rischiano di essere impopolari, eppure non si astiene dal pronunciarle*» scrive Giancarlo De Cataldo, citando il bellissimo romanzo di Kent Haruf, *Benedizione*, per sottolineare che, così come il compito del pastore non è inutile, anche se nel breve periodo può sembrarlo, «*il dovere del giudice di rendere la migliore motivazione possibile non può mai essere negletto*» e la sua utilità «*si misura in un tempo che non è quello delle passioni immediate*». Dunque, non c'è spazio per un pur comprensibile scetticismo. Il diritto di comunicare è, oggi, più che mai dovere. E poiché, come ricorda Elisabetta Cesqui, i giudici parlano, oltre che con le sentenze, «*con i loro comportamenti, con il modo in cui organizzano gli uffici e con cui si pongono nei confronti di chi, vittima o reprobo, incrocia il loro cammino nei luoghi di giustizia*, essi *non possono sottrarsi al dovere di rendere comprensibile il loro agire*». Forse non è questa la strada della popolarità ma certamente è quella che imbastisce la fiducia o ne ricuce lo strappo con i cittadini per garantirne la loro effettiva partecipazione democratica.

Dal 2011 ad oggi, la fiducia nella giustizia è andava via via diminuendo. Pur rientrando in un quadro generale di disaffezione dei cittadini verso le istituzioni, la caduta è stata vertiginosa e preoccupante. Secondo un sondaggio realizzato da *Ipsos* per *Il Corriere della sera* (pubblicato il 10 novembre scorso), siamo passati dal 67 al 44%. Ventitré punti percentuali in meno: un'enormità. Il sondaggio rileva anche che aumenta l'insoddisfazione dei cittadini per i tempi dei processi e per l'esito delle sentenze. Ma certo non si tratta di due criticità recenti, posto che i tempi biblici dei processi affliggono da sempre la giustizia, e da sempre l'esito dei processi – soprattutto se non coincide con le aspettative del cittadino o se è segnato dalla prescrizione – condiziona negativamente il "sentimento popolare" sulla giustizia. Inoltre, se storicamente la figura del giudice (a differenza del poliziotto, dell'ispettore, dell'avvocato) non è mai stata frequentata con particolare simpatia da scrittori, poeti, pittori, sceneggiatori, e ha suscitato diffidenza e freddezza più che empatia, è anche vero che in alcune stagioni recenti della nostra storia (basti pensare agli anni di Tangentopoli), giudici e pubblici ministeri sono stati vissuti come simboli di verità e giustizia e la loro difesa spesso ha riempito le piazze.

Che cosa è cambiato, allora, in questi sette anni per giustificare il crollo vertiginoso della fiducia nella giustizia? Nulla, se non lo scenario politico: fino a novembre 2011 ha governato (per lo più) Silvio Berlusconi mentre successivamente si sono avvicendati governi tecnici, governi promiscui, governi misti di centrosinistra e centrodestra, fino all'attuale governo giallo-verde. Il massimo della fiducia nella giustizia, quindi, si è registrato durante il ventennio berlusconiano (malgrado i continui attacchi ai magistrati, e probabilmente proprio come reazione ad essi) mentre, dall'uscita di scena di Berlusconi in avanti, quel patrimonio (forse non così solido come sembrava) è stato dilapidato. Le cause sono molteplici e non è questa la sede per analizzarle. Oggi, però, non si può non fare i conti con questa grave e progressiva disaffezione. E, oggi più che mai, bisogna dare ascolto all'aspettativa sociale di una giustizia che – al di là delle *performance* ma a maggior ragione se le *performance* non sono positive – sia comprensibile, trasparente, affidabile, inclusiva nel rapporto con il cittadino, nel linguaggio che usa e nei comportamenti che pone in essere.

L'attuale deriva populista è un ulteriore elemento che impone di sviluppare una cultura della comunicazione giudiziaria capace di spiegare la complessità dell'esistente, quanto meno per arginare le *fake news* che ne scandiscono spesso la narrazione. *Fake* che non nascono con internet ma che il web diffonde a una velocità mai conosciuta prima. E il fattore tempo è decisivo per cristallizzare verità o presunte tali. Nel saggio *Verità e politica*, Hanna Arendt già segnalava i rischi della "tecnica", che, se da un lato alza il livello delle libertà, e quindi della democrazia, dall'altro lato «*ha un potenziale di distorsione dei fatti tale da sostituire un mondo fittizio a quello reale*»: tanto la menzogna sistematica di stampo totalitario quanto la fabbricazione di immagini nelle democrazie di massa, scriveva, «*sarebbero impensabili senza l'esistenza di tecniche capaci di amplificare e rendere pervasiva la mistificazione*».

Peraltro, nell'ultimo congresso dell'*American Psycological Association* è emerso che la tendenza a credere alle *fake news* avrebbe addirittura radici nell'infanzia. Il meccanismo che ci porta a credere a notizie poco credibili è il cosiddetto "pregiudizio di conferma": dal punto di vista cognitivo ed emotivo è meno faticoso accettare informazioni che avallano le nostre credenze, giuste o sbagliate che siano, e "dimenticare" quelle contrarie. In sostanza, fin da giovanissimi sviluppiamo una modalità di pensiero per ridurre l'ansia derivante dalle incertezze del mondo e ci trinceriamo dietro certezze, anche infondate, pur di non doverci confrontare con la complessità. Con evidenti ricadute negative sulla capacità di sviluppare un serio spirito critico.

Confronto con la complessità e spirito critico sono invece essenziali per far crescere una democrazia. Bisogna perciò stimolare l'uno e l'altro, muovendosi, ovviamente, sul terreno dei fatti. E se, come diceva Arendt, la verità non è annoverabile tra

le virtù politiche, è invece bene che lo sia tra le virtù di istituzioni come la magistratura, che dovrebbe avere nel suo dna, oltre ad autonomia, indipendenza e imparzialità, anche la credibilità. Perciò è più che legittimo aspettarsi almeno una tendenziale verità quando la magistratura si rivolge ai cittadini o partecipa al dibattito pubblico. La giustizia, infatti, ha molte "facce": è funzione, potere, servizio, istituzione, e a ciascuna di esse corrisponde un diverso diritto/dovere di comunicare, che però ha come tratto comune, oltre alla chiarezza, *l'affidabilità* della comunicazione, anche quando questa ha un taglio più "politico", come la comunicazione della magistratura associata. L'affidabilità non implica necessariamente la coerenza ma certamente il dovere di saper spiegare all'opinione pubblica i cambiamenti di posizione, soprattutto se in precedenza, in nome di quelle posizioni, ci si è rivolti proprio all'opinione pubblica per sostenere le proprie "battaglie".

Quando un magistrato parla o scrive, rivolgendosi al grande pubblico, osserva Nello Rossi, il cittadino «*ha il diritto di attendersi che il suo potenziale accusatore o giudice parli e argomenti in modo chiaro e comprensibile; che partecipi al discorso pubblico come un attore razionale, capace di ascolto degli argomenti altrui e di repliche meditate, che non prorompa nell'urlo fazioso, nell'invettiva, nella semplificazione magari brillante ma brutale e fuorviante*». Questo lo rende affidabile, credibile. Questo è il suo dovere, attraverso il cui esercizio concorre responsabilmente a coltivare la fiducia dei cittadini.

Ma affidabilità non significa neppure assoluta prevedibilità delle decisioni, tanto più in una prospettiva in cui – con buona pace degli algoritmi – l'interpretazione del giudice è destinata sempre più ad essere decisiva nell'adeguare l'ordinamento giuridico alla mutevolezza e complessità della realtà. Lo spiega in modo esemplare Paolo Grossi, nella parte di questo volume dedicata alla "prevedibilità". Il presidente emerito della Corte costituzionale, da storico del diritto scrive di aver «*preso atto di un itinerario che si sta distanziando dalle certezze moderne, ordinando la società e i suoi bisogni con approcci e soluzioni profondamenti nuovi*». Questa strada ha un «*costo da pagare*», rappresentato da «*una diffusa incertezza e da una scarsa, difficile prevedibilità*». Al tempo stesso, però, questa «è anche la strada che permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia», conclude Grossi. Il che rende ancora più evidente la necessità di una comunicazione chiara e tempestiva da parte del giudice.

Dunque, il dovere di comunicare – a prescindere dalla mediazione giornalistica, che non va certo bypassata – risponde anzitutto all'esigenza di farsi comprendere per consentire un efficace controllo sociale – contrappeso dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura – spesso ignorato o minimizzato da una giustizia prevalentemente "in difesa", silente e soprattutto autoreferenziale, anche nelle parole che usa e che appartengono a un linguaggio specialistico da addetti ai lavori, per pochi intimi. Inoltre, il dovere di comunicare risponde all'aspettativa sociale di entrare "dentro" la complessità della giustizia, senza paura di perdersi o di subire ma per emanciparsi dalle semplificazioni *social*, dai pregiudizi, dal tifo da stadio, dalle polemiche sterili, dai luoghi comuni. In buona sostanza, per partecipare al dibattito pubblico con cognizione di causa e spirito critico. Non più da spettatore o, peggio, da *straniero* – come nell'omonimo romanzo di Albert Camus – ma da cittadino appartenente a una comunità, di cui la giustizia è un pilastro fondamentale. E, quindi, da vero protagonista della vita democratica. Comunicare, insomma, per sviluppare il senso di appartenenza dei cittadini alla comunità.

Il cittadino che "incontra" la giustizia (non solo come utente o parte) pretende perciò un registro comunicativo che anzitutto riconosca e rispetti la dignità dell'interlocutore, esigenza mirabilmente descritta da Elvio Fassone in questo volume e di per sé sufficiente a spiegare la necessità di un approccio al tema della comunicazione diverso da quello tradizionale, declinato per lo più in termini di divieti e patologie invece che di doveri e di saperi. Un approccio "costituzionale", posto che il dovere di comunicare – per tutto quanto si è già detto e si dirà ancora – trova direttamente nella Costituzione la sua vera ragion d'essere (Deidda).

2. *Non mi interessa l'immagine della giustizia ma la giustizia* dice Isabelle Huppert in un film di Claude Chabrol uscito in Italia nel 2006 – *La commedia del potere* – ispirato a un noto caso di cronaca giudiziaria francese degli anni '90. La Huppert interpreta Eva Joly, magistrata rigorosa, ai limiti del fanatismo, alle prese con una grossa indagine di corruzione che coinvolge politica, finanza, magistratura. Huppert/Joly è circondata da figure terribili e squallide, totalmente prive del senso di giustizia e di principi morali, tra cui il procuratore capo. Il quale, sensibile alle pressioni provenienti dall'alto per fermare quella scomoda inchiesta, invita la collega a prendersi una vacanza, le offre promozioni fittizie, le affianca una collaboratrice nella convinzione che «*le donne tra loro si massacrano*» (previsione che, come spesso accade in questi casi, si rivelerà sbagliata). Ed è proprio lui, il procuratore, che la invita a farsi carico dell'«*immagine della giustizia*». Ed è a lui che la Huppert/Joly risponde «*Non mi interessa l'immagine della giustizia ma la giustizia*».

In questa frase – che offre molti spunti di riflessione – si misura la distanza tra immagine e realtà,

tra realtà e rappresentazione, tra realtà e percezione. È la distanza che separa l'istituzione dal cittadino e che con il tempo rischia di diventare un baratro.

Il film di Chabrol è stato l'occasione per cominciare a ragionare, a scrivere, e a sollecitare una riflessione sulla comunicazione giudiziaria intesa più come dovere che come diritto e, quindi, in una prospettiva per certi versi nuova. Un percorso tutto in salita. Da almeno sette anni – su *Il Sole 24 Ore*, in convegni, seminari, sedi istituzionali, e anche su questa *Rivista* – ho sostenuto che la "comunicazione giudiziaria" – intesa come diritto/dovere della giustizia di comunicare la giustizia, indipendentemente dalla mediazione giornalistica – è cruciale per rendere effettivo il controllo sociale, colmare la distanza con i cittadini, recuperando la loro fiducia, e contribuire a migliorare la qualità della democrazia.

In particolare, proprio la consapevolezza del controllo sociale implica – o dovrebbe implicare – una declinazione del principio di responsabilità anche come dovere del giudice di rendere conto ai cittadini. Quindi, non in funzione di una particolare strategia (investigativa, di carriera o di consenso popolare) ma di un più generale dovere di trasparenza e di chiarezza. Che, come diceva Piero Calamandrei, è «*una garanzia della giuridicità dei contenuti*», perché tutto ciò che è oscuro, aggiungeva Vittorio Scialoja, «*non può appartenere al diritto*».

Ma la comunicazione non si improvvisa. Né può essere delegata ad altri. Se non in seconda battuta. Richiede una specifica *forma mentis* e un allenamento costante. E richiede anzitutto *un costume, un'etica*, che accompagna il magistrato fin dai suoi primi passi, con l'acquisizione (per nulla scontata, purtroppo) della consapevolezza del proprio ruolo sociale e di come questo ruolo gli imponga di riconoscere i propri interlocutori anche attraverso una comunicazione inclusiva. Che, perciò, non si esaurisce nel comunicato stampa, nella conferenza stampa o nella dichiarazione pubblica davanti alle telecamere e neppure nell'informazione *online* ma è qualcosa di più e di meglio, perché ha a che fare con "l'essere magistrato". È quella che Fassone chiama l'«*etica della relazione*, ovvero *un'interpretazione del ruolo ispirata alla consapevolezza che il rapporto tra magistrato e cittadino è inteso come rapporto tra persone di pari dignità*».

Davvero efficace, anche se dichiaratamente forzato, il parallelismo che Vittorio Lingiardi propone tra psicoterapeuti e giuristi e in generale fra tutte le professioni che implicano una declinazione relazionale della conoscenza. «*Occorre aprire una finestra nella stanza d'analisi. Io non sono se non in un campo psichico con gli altri, con la gente, gli edifici, gli animali, le piante*», scrive James Hillman e Lingiardi si chiede (e ci chiede): «*Non vale forse per i giuristi come per gli psicoanalisti? L'invito* – aggiunge – *non riguarda tanto le tecniche, quanto i rischi dell'isolamento e dell'autoreferenzialità*».

3. La Scuola superiore della magistratura ha cominciato a cambiare passo su questo fronte, anche se non ancora in modo convinto (e perciò convincente), a differenza di quanto avviene all'estero (per esempio in Francia) dove la comunicazione giudiziaria è una specifica competenza professionale della magistratura. Come riferisce Nicoletta Giorgi, la formazione deve coinvolgere *prima di tutto un cambiamento culturale*, fin da quando i magistrati cominciano a muovere i primi passi.

Ecco perché ha ragione Luigi Ferrarella quando, a proposito delle «*Linee guida*» del Csm varate nel 2017, nota una contraddizione: se si ammette che la comunicazione giudiziaria è uno dei doveri istituzionali della magistratura, allora «*il tema del come comunicare quello che si fa nei Tribunali e nelle Procure non può continuare a essere limitato ai soli dirigenti degli uffici giudiziari e vissuto invece da tutte le altre toghe come un fastidio, come un ulteriore fardello del proprio lavoro, ma deve diventare un pezzetto del loro lavoro*». Dall'inchiesta di Raffaella Calandra sembra emergere una nuova sensibilità culturale dei magistrati più giovani sulla comunicazione, per la necessità di ridurre le distanze con l'opinione pubblica. E tuttavia, se forte è l'esigenza di *uscire dalla torre d'avorio* non altrettanto forte è la consapevolezza che ciascuno deve mettersi in gioco. Prevale ancora l'idea che la comunicazione sia affare di pochi, competenza di alcuni magistrati appositamente formati o di professionalità esterne. In sostanza, ancora oggi sembra prevalere l'idea che la comunicazione, se non un fastidio o un ulteriore fardello, non debba rientrare nel bagaglio culturale del magistrato né debba "appesantirne" il lavoro. Si conferma, dunque, il quadro emerso nel 2015 dall'Indagine svolta, per conto della Scuola superiore della magistratura, da Nadio Delai e Stefano Rolando, citata da Calandra: all'epoca solo il 13% dei magistrati avvertiva la necessità di incrementare una formazione nella comunicazione.

Eppure, la fiducia, il rispetto, la credibilità dipendono anche da come il magistrato rende comprensibile le proprie decisioni alle parti e ai cittadini. Anche perché se non lo fa lui, osserva Ferrarella con la sua esperienza di cronista giudiziario, ci pensa qualcun altro, *al posto suo*: forze di polizia, avvocati, persino *staff* di pubbliche relazioni, che nel silenzio delle toghe, occupano lo spazio tra l'attività giudiziaria e la sua rappresentazione, manipolandole e influenzandone l'opinione pubblica.

Secondo Ferrarella, però, c'è il rischio che la comunicazione giudiziaria, per com'è concepita nelle «Linee guida» del Csm, si riduca alla costituzione di

Uffici stampa presso Procure, Tribunali e Corti che puntino a indirizzare la comunicazione mediatica. Il timore, insomma, è che il dovere di comunicare sia finalizzato più a una determinata "strategia comunicativa" dell'Ufficio che a rendere conto dell'operato di quell'Ufficio. E che, quindi, gli Uffici giudiziari, e chi li dirige, possano interpretare in questi termini la comunicazione, esaurendola in una sorta di informativa ed escludendo qualunque interlocuzione con terzi, siano giornalisti o cittadini comuni.

Una ragione di più per coltivare la "cultura" della comunicazione intesa anzitutto come etica della relazione.

Giuseppe Pignatone, procuratore della Repubblica di Roma, è stato tra i primi interpreti di questa cultura, tanto che considera persino inutile dotarsi di Uffici stampa, i quali potrebbero dare notizie «*del tutto insufficienti (per i giornalisti)*». Ma quel che più conta – rispetto al "come" comunicare – è la sua affermazione che «*il diritto dell'accusato, e anche il principio di non colpevolezza, si rispetta garantendo un processo equo e corretto anche sotto il profilo dell'informazione fornita*». Il che implica, appunto, una profonda consapevolezza della funzione della comunicazione giudiziaria e delle responsabilità che ne derivano. Ma questo è un terreno ancora da arare perché, purtroppo, talvolta i pubblici ministeri perdono questa bussola e, quando comunicano, si preoccupano più dell'immagine che della giustizia.

4. Antoine Garapon scriveva, nel 2007, che «*essere un buon giudice, in una democrazia, esige* la *permanente elaborazione del lutto di una giustizia perfetta*». E forse è proprio da qui – dalla consapevolezza dell'imperfezione della giustizia – che bisognerebbe partire per avviare un percorso culturale e formativo – dunque pre-giuridico – sul dovere della comunicazione giudiziaria.

Imperfezione non come alibi comunemente usato per giustificare i buchi neri della giustizia, e dunque per aggirarne le responsabilità, poiché questa strada porta solo all'immobilismo. D'altro canto, però, chiunque cercasse nella giustizia la perfezione, ora e sempre, sarebbe condannato a una frustrazione foriera di rabbia e di risentimento. E, dunque, a quel *cattivismo* che si sta impossessando – nell'analisi del Censis – del nostro Paese. È lì che stiamo andando, per mancanza di conoscenza e di consapevolezza della realtà.

Non a caso, il 52mo Rapporto non solo conferma la sfiducia dei cittadini nella giustizia ma, attraverso numeri e percentuali, la fa risalire soprattutto all'incapacità del sistema di *garantire pienamente la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*: lo pensano 7 italiani su 10 e, a quanto pare, il 30,7% della popolazione adulta (cioè 15,6 milioni di persone) nell'ultimo biennio ha rinunciato a intraprendere un'azione giudiziaria volta a far valere un proprio diritto. I costi, i tempi, la sfiducia nella magistratura e nel funzionamento del sistema, e sullo sfondo il pessimismo sul futuro ... .

Ecco, di questo sentimento occorre certamente farsi carico – ad ogni livello – soprattutto là dove segnala l'incapacità di garantire pienamente i diritti fondamentali della persona. Tuttavia, se questo è – e lo è – il "minimo sindacale" che va garantito, bisogna anche guardarsi dalle «*proiezioni idealizzanti*» sulla giustizia che sono – ha spiegato la psicoanalista Simona Argentieri in un corso alla Scuola della magistratura – «*le più pericolose*» perché riflettono «*enormi aspettative sull'idea di giustizia e di chi la somministra: aspettative infantili di vendetta o di risarcimento totale per ogni torto o danno subito*». Queste aspettative, ha aggiunto Argentieri, sono «*le più pericolose* anche *perché lusingano, a loro volta, le fantasie di onnipotenza del giudice, e conducono inesorabilmente alla delusione*».

Pertanto, senza quella «*elaborazione del lutto di una giustizia perfetta*», la comunicazione giudiziaria rischia di veicolare messaggi distorti e persino nocivi. Al contrario, la consapevolezza dell'imperfezione della giustizia non solo è la leva per migliorarla ma è anche il necessario presupposto di una comunicazione giudiziaria responsabile: forse, non l'antidoto alla deriva cattivista del sentimento collettivo ma certamente, come suggerisce Lingiardi, «*l'antidoto alla banalizzazione* twitter *e all'esibizionismo dialettico, in favore di una comunicazione che porti conoscenza e pensiero nel dibattito pubblico, che faciliti la convivenza tra cittadini e istituzioni, promuovendo una mentalità in grado di muoversi tra idee complesse e spiegazioni semplici e non, come sempre più spesso accade, idee confuse e spiegazioni semplificate*».

Una grande occasione, insomma, anche per tentare di uscire dal pantano della paura, del rifiuto della complessità, di un linguaggio impoverito, sgangherato e deresponsabilizzante, che può inghiottire lentamente la democrazia.

Introduzione. Un percorso che deve coinvolgere l'agire quotdiano dei magistrati per costituire una effettiva svolta culturale

di *Vincenza (Ezia) Maccora*

Risale al 2008 la spinta del Consiglio superiore della magistratura ad investire sulla comunicazione della giustizia sulla giustizia. In questo ultimo decennio si sono moltiplicate le iniziative in questo settore – Urp, Bilancio sociale, siti internet, attività di sensibilizzazione, attenzione al linguaggio, anche del corpo, con cui il magistrato entra in contatto con le parti – e dalla loro analisi si comprende il tentativo di allineamento delle Istituzioni giudiziarie italiane ai principi espressi a livello europeo. Tanta strada è stata percorsa ed ora spetta ai singoli magistrati il compito di impadronirsi del momento comunicativo, raccogliendo gli stimoli provenienti "dall'alto" e da qualche magistrato antesignano, superando le resistenze culturali che ancora si riscontrano. Questo obiettivo cerca di fare il punto su dove siamo arrivati e sul cammino ancora da percorrere, nella consapevolezza che impegnarsi sul piano della comunicazione/informazione è un dovere di tutti i magistrati e che da questa si alimenta anche la fiducia dei cittadini verso la giustizia.

1. «*Parlare di comunicazione istituzionale della Giustizia in questo momento storico, e, addirittura, promuoverne una solida e diffusa cultura tra i magistrati, può sembrare un'idea bizzarra, se non una provocazione*».

Così inizia la riflessione introduttiva di Donatella Stasio.

Vorrei proseguire da qui, in un ideale percorso unitario, ripercorrendo le tappe di un cammino avviato da alcuni magistrati, non pochi, che, oltre dieci anni fa, si sono interrogati sulla necessità di aprirsi a questa cultura, promuovendola e diffondendola, consapevoli dell'esigenza di farsi carico del "*diritto*" della collettività ad essere informata e del dovere dell'istituzione di "*dar conto del proprio operare*".

Nella consiliatura 2006/2010, di cui ho fatto parte, il tema della comunicazione è stato centrale e lo testimoniano in particolare due delibere.

Risale al 2008 l'ideazione e l'organizzazione di corsi di formazione rivolti ai magistrati titolari di incarichi direttivi e semidirettivi «*Strumenti per i Capi degli Uffici: la comunicazione pubblica, la valutazione delle prestazioni, governare le interdipendenze organizzative*». Corsi innovativi per la platea dei destinatari, per le tematiche affrontate e per la metodologia adottate. L'importanza della formazione in tale settore è stata anche sottolineata nella Relazione quadriennale del Consiglio superiore della magistratura 2005/2008 dove si legge «... *tale offerta formativa dovrà quanto prima essere estesa al maggior numero possibile di colleghi così da diffondere al meglio la cultura della direzione ed organizzazione e strutturare l'accesso al direttivo come risultato di uno specifico percorso professionale e non come "sbocco avanzato* ratione temporis"».

A questo primo significativo passo se ne sono aggiunti molti altri, come ci ricorda Nicoletta Giorgi nella sua riflessione sull'attività formativa svolta dalla Scuola superiore della magistratura in tema di comunicazione giudiziaria, sottolineando come la Scuola ha proseguito il percorso avviato dal Consiglio superiore della magistratura, ampliandone la riflessione, rendendola innanzitutto fruibile a più magistrati e non solo a coloro che rivestono ruoli direttivi. Un settore su cui si dovrà continuare ad investire perché la «*formazione* deve *coinvolgere prima di tutto un cambiamento culturale, valorizzando l'opportunità che già nella formazione dei Mot si parli in modo sempre più compiuto e approfondito del tema della comunicazione, togliendolo dagli argomenti tabù,*

se mai vi è stato, e inserendolo tra le competenze da acquisire perché non deve essere dimenticato il principio espresso dalla Corte costituzionale poco meno di 40 anni fa e che ha identificato il prestigio dell'ordine giudiziario nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità della stessa» (Giorgi).

Infatti, come ci ricorda Franco Ippolito, «*se è doveroso rifuggire dalle sirene del consenso, sia di popolo sia di potere, essenziale, per la giurisdizione e per la magistratura, è invece la fiducia dei cittadini, a cominciare da quelle della parti coinvolte nel procedimento giudiziario, "fiducia nell'imparzialità di giudizio dei giudici, fiducia nella loro onestà e nel loro rigore intellettuale e morale, fiducia nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio". ... Importante, in questo quadro, è una strategia di comunicazione efficace a tutti i livelli: dalla chiarezza delle motivazione con presa in carico delle ragioni di tutte delle parti, alle informazioni comprensibili sulle più rilevanti decisioni in attesa delle motivazioni, alle deliberazioni degli organi di autogoverno*».

Ritornando all'attività del Consiglio superiore, l'altra importante delibera si è avuta con l'approvazione il 26 luglio 2010 della risoluzione «Uffici Relazioni con il p*ubblico e modalità di comunicazione degli Uffici giudiziari e del Consiglio superiore della magistratura*» che ha acceso i riflettori sulla esigenza di interagire con i cittadini rendendoli partecipi di un servizio indispensabile che si nutre anche della fiducia di chi ne usufruisce. «*La richiamata svolta di ordine culturale, che qualifica la giustizia non già quale potere ma come pubblico servizio e che, conseguentemente, pone al centro dell'attività giudiziaria il cittadino che invoca il riconoscimento dei propri diritti, impone di dare piena attuazione al principio di buon andamento ed imparzialità di cui all'articolo 97 Cost., il quale oltre a richiedere che l'azione degli uffici giudiziari risponda a criteri di efficienza, implica altresì che le modalità di erogazione del servizio siano sempre più attente alle esigenze comunicative proprie di una società moderna. Del resto, la necessità di abbattere la "cortina di incomunicabilità"*[1] *tra uffici giudiziari e cittadini è un dato già acquisito dalle magistrature dei Paesi gravitanti nell'area europea. L'attivazione di strutture di comunicazione (Urp) presso tutti gli uffici giudiziari potrebbe quindi promuovere un rapporto fiduciario nei confronti della giustizia da parte della collettività, creando l'immagine di un'amministrazione accessibile e comprensibile, non mera fortezza della legge, ma luogo di tutela dei diritti*».

Nella delibera vi è anche un riferimento diretto alla comunicazione esterna quale momento centrale di trasparenza e di comprensibilità dell'attività di una Istituzione: «*Il rapporto tra Istituzioni e cittadini nelle democrazie mature implica, infatti, forme di comunicazione che rispondano al diritto di informazione dei cittadini, come discendente dall'articolo 21 della Costituzione; un'amministrazione moderna ha l'obbligo di informare adeguatamente gli utenti in ordine al contenuto della propria attività e, conseguentemente, di predisporre strutture e strumenti idonei per adempiere a tale obbligo*».

Entrambe le delibere citate sono, a mio giudizio, esemplificative del nuovo sentire dell'organo di Governo autonomo su un tema che almeno fino a dieci anni fa era poco arato. Il vento del cambiamento che soffiava in quella consiliatura è testimoniato anche dalla scelta di partecipare al primo «*Salone della Giustizia*», svoltosi a Rimini nel dicembre 2009, che è stato un importante punto di incontro e di confronto tra i cittadini e tutte le realtà che compongono il mondo della giustizia e che ha contribuito a far maturare la piena consapevolezza in capo al Consiglio superiore dell'assoluta indispensabilità di avviare nuove e stabili forme di interlocuzione con i cittadini. Ovviamente mi riferisco alle occasioni di *consultazione interattiva*, diverse da quella, ad esempio, della inaugurazione dell'anno giudiziario in cui la magistratura si limita a fornire dei dati accompagnati da una lettura ragionata, dove non c'è nessuna interlocuzione con chi ascolta, mentre andrebbero favorite occasioni in cui la collettività è attiva, chi ascolta può fare domande, e dunque anche l'informazione diventa più specifica ed efficace.

Da quel 2008, tanta strada è stata percorsa solo se si guarda, restando nell'ambito dell'attività consiliare, a quanto è stato fatto negli ultimi anni: dalla riqualificazione e ristrutturazione del sito ad accesso pubblico www.csm.it fino alle «Linee-guida» sulla comunicazione approvate dal plenum l'11 luglio 2018. In mezzo a questo decennio troviamo molte altre tappe di rilievo, richiamate da Edmondo Bruti Liberati che invita il Consiglio superiore ad approfondire, omogeneizzare ed implementare ulteriormente le prassi positive esistenti in materia di siti internet degli uffici giudiziari, di Urp e di Bilanci di Responsabilità sociale, e sottolinea l'importanza della ä*valorizzazione del profilo del "rendere conto" che deve contribuire ad accrescere nella coscienza di tutti i magistrati il profilo del "servizio" da rendere ai cittadini*».

1. L'espressione è riportata nei "Principi di Bangalore", elaborati dal Gruppo giudiziario per il rafforzamento dell'integrità dei giudici (Jgsji), operante in seno alle Nazioni Unite. I Principi di Bangalore, benché elaborati in un ambiente di *common law*, risultano generalmente condivisi nelle moderne democrazie basate sulla separazione dei poteri statuali.

L'ultimo decennio si caratterizza quindi per un positivo fermento culturale ed è per questo che la decisione della *Rivista* di fare il punto su dove siamo arrivati è particolarmente utile e per niente provocatorio, sia perché mette in luce il cammino fin qui percorso, forse poco conosciuto, sia perché è giunta l'ora di mettere a fuoco gli ulteriori e necessari passi da fare al fine di favorire una comunicazione rapida ed efficace, non superficiale e non destinata solo agli addetti ai lavori.

2. Il nostro Paese, peraltro, non poteva non essere coinvolto dalla spinta ad abbracciare una nuova cultura della comunicazione che arrivava dall'Europa e dalle riflessioni che si registravano in altri Paesi in tema di comunicazione giudiziaria.

Ne danno conto sia Maria Rosaria Guglielmi, nel suo ampio *excursus* su quanto avviene a livello di Istituzione europee sia la riflessione approfondita, con indicazione delle criticità ancora esistenti in Romania, della magistrata Daniela Lecca, già portavoce del Consiglio superiore della magistratura rumeno.

Come più in particolare sottolinea Guglielmi «*Il punto di vista europeo … manifesta la consapevolezza che, contribuendo ad una corretta e trasparente informazione, i sistemi giudiziari si rendono partecipi delle dinamiche del dibattito democratico, si confrontano con le aspettative di giustizia dei cittadini e alimentano, in un "percorso circolare", la fiducia che la collettività deve ricevere dalla magistratura e che alla magistratura restituisce attraverso la comprensione e l'accettazione delle sue decisioni*».

Le conseguenze dell'assenza di questo "*percorso circolare*" le evidenzia Francesco Petrelli quando, guardando al ruolo dell'avvocatura nel nostro Paese, sottolinea «*il limite evidente creato … dalla nostra incapacità di comunicare il processo, non solo alla comunità nella quale viviamo, ma anche di utilizzare una lingua comune fra noi operatori*». Con la conseguenza che «*una società spaventata, resa insicura ed incerta dalla crisi e dalla globalizzazione, ha cessato del tutto di vedere nel diritto uno strumento di realizzazione della persona. Ciò che viene chiesto dal cittadino non sono più diritti ma sono in realtà tutele e protezioni, non nuovi spazi di libertà, ma più benefici e più assistenza, non diritti civili e garanzie della persona per poter sviluppare e veder maturare le proprie aspettative individuali, politiche e sociali*».

E d'altra parte, come sottolinea Patrizia Giunti, «*la partita per una comunicazione giuridica autenticamente inclusiva sul piano sociale si giocherà … alzando l'asticella, accogliendo la sfida per una professionalità che sappia coniugare la più alta qualificazione tecnica con la più ampia riconoscibilità e credibilità del proprio messaggio, vuoi nel dibattito tra giuristi, vuoi nel circuito sociale delle idee. E la partita sarà persa se, nel costruirne la strategia, ci si dovesse fermare al livello delle pur imprescindibili questioni morfologico-lessicali senza aggredire il livello della dimensione etica rispetto a quella funzione di servizio che il giurista assolve nei confronti del corpo sociale*».

3. Ritornando al contesto europeo ritengo opportuno richiamare brevemente, anche se sono stati citati dai più autori in varie parti dell'obiettivo, alcuni principi espressi dalle Istituzioni europee perché delineano con nettezza il campo su cui oggi occorre muoversi.

Mi riferisco innanzitutto al parere n. 7 del 2015 del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) laddove invita a migliorare i contatti tra uffici giudiziari e mezzi di informazione al fine di rafforzare la comprensione delle funzioni giudiziarie, informare sulla natura, portata e complessità dell'attività giudiziaria, correggere eventuali errori nella comunicazione di singoli casi giudiziari.

Ed ancora al parere n. 8 del Consiglio consultivo dei procuratori europei (Ccpe) che evidenzia come il pubblico ministero, al fine di assolvere le sue funzioni in modo equo, imparziale, obiettivo ed efficace, può considerare opportuno rilasciare ai media un comunicato stampa, una sessione informativa, oppure rilasciare altre comunicazioni, ad esempio tenendo conferenze stampa, rilasciando interviste e/o partecipando a seminari e tavole rotonde … le nuove tecnologie dell'informazione possono essere largamente utilizzate per informare il pubblico, in modo appropriato e puntuale, sulle attività del pubblico ministero ed altre attività che servono a mantenere la legge e l'ordine dello Stato (42); … ciò può contribuire a dimostrare il coordinamento degli sforzi tra le diverse forze ed evitare e prevenire la diffusione di false informazioni e le conseguenze negative per la società a seguito di reati particolarmente gravi (43).

Al parere congiunto Ccje-Ccpe *(Dichiarazione di Bordeaux 2009)* laddove specifica che è interesse della società che i mezzi di comunicazione possano informare il pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario ed auspica che siano redatti codici di buone prassi o linee-guida in ordine ai rapporti dei magistrati con i mezzi di comunicazione .

Così anche il *Rapporto justice, society and the media –Report 2011.2012 dell'Encj* che sottolinea come la trasparenza e comprensibilità dell'azione giudiziaria sono valori indispensabili di una società democratica e rimandano ad una concezione nuova della responsabilità dei magistrati e del dovere del riserbo.

Con riferimento specifico alla comunicazione sulla giustizia penale troviamo poi la raccomandazione Rec 2003-13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottata il 10 luglio 2003 ed in particolare il Principio 6[2].

Da tutte queste fonti europee possiamo ricavare alcuni importati principi in tema di comunicazione dei procedimenti penali così sintetizzati:

- quando i procuratori compaiono d'innanzi ai mass media, in qualsiasi veste essi lo facciano, vale a dire sia come rappresentanti dell'ufficio sia a titolo personale, è raccomandato che prestino attenzione ai rischi che possono sorgere per l'immagine d'imparzialità ed integrità del Pm;
- il Pm nella sua comunicazione deve assicurarsi di non influenzare in nessun modo il processo; ne consegue l'esigenza che le tesi vengano sempre presentate come ipotesi di accusa, soprattutto nel contesto italiano dove non è patrimonio culturale dell'opinione pubblica la distinzione tra avvio di un'indagine, rinvio a giudizio, giudizio dibattimentale e giudicato;
- occorre salvaguardare la *verginità* cognitiva del giudice che viene citata dalla raccomandazione Rec 2003(13) del Consiglio d'Europa con riferimento ai giudici popolari;
- occorre rispettare la presunzione innocenza dell'imputato fino a sentenza definitiva;
- occorre prestare attenzione alla tutela della vittima, che non deve essere esposta senza necessità alla curiosità del pubblico.

Ma soprattutto occorre richiamare il parere del Ccje 18(2015), che rappresenta il momento più completo della riflessione europea, dove accanto alla legittimazione "*costituzionale o formale*" del potere giudiziario si pone la legittimazione "*funzionale*", che discende dal rapporto di fiducia con i cittadini e dal dover *rendere conto* alla collettività dell'esercizio dei propri poteri e delle prerogative di indipendenza; ... quindi non solo "*responsabilità giudiziaria*" rispetto al merito delle decisioni assunte (che devono essere pubbliche, motivate e appellabili), ma accesso al più ampio significato di *accountability: «i giudici sono tenuti a rendere un servizio trasparente e decisioni motivate interagendo con il pubblico e con gli altri poteri pubblici»* (Guglielmi).

In questa ottica anche l'investimento nella cd giustizia procedurale[3], oggi all'attenzione della Scuola della magistratura, è rilevante. Particolarmente significative sono, infatti, le esperienze degli altri Paesi europei come ad esempio quella svedese. Marie B. Hagsgård, già giudice della Corte d'appello della Svezia orientale[4], ha evidenziato come «l*e informazioni trasmesse dal giudice e il modo in cui tratta le parti (compreso il linguaggio del corpo) sono risultate essere particolarmente importanti per avere fiducia nella giustizia*».

Ed infine l'ulteriore frontiera della comunicazione a cui ci richiama Elvio Fassone, «*la comunicazione non è solo svelamento di notizie, ma anche manifestazione del proprio essere attraverso i modi del proprio agire... . Non si comunica un fatto od un'opinione o un messaggio, ma una moralità di fondo, un'interpretazione del ruolo ispirata alla consapevolezza che il rapporto tra il magistrato e il cittadino è inteso come un rapporto tra persone di pari dignità. Questa diversa espressività non fa ancora parte di nessun codice deontologico, ma segnala l'aspirazione a che anche il modo di rappresentare l'istituzione sia orientato da una qualche etica della relazione*».

Un'etica che proprio la magistratura può far propria quando «*nell'esprimere le proprie ragioni e nel darsi carico delle ragioni degli altri e dell'interesse generale, reca quel contributo di razionalità e di*

2. La Raccomandazione è reperibile anche in lingua inglese sul sito del Consiglio d'Europa. «*Information régulière pendant les procédures pénales. Dans le cadre des procédures pénales d'intérêt public ou d'autres procédures pénales attirant particulièrement l'attention du public, les autorités judiciaires et les services de police devraient informer les médias de leurs actes essentiels, sous réserve que cela ne porte pas atteinte au secret de l'instruction et aux enquêtes de police et que cela ne retarde pas ou ne gêne pas les résultats des procédures. Dans le cas des procédures pénales qui se poursuivent pendant une longue période, l'information devrait être fournie régulièrement*».

3. Nel marzo 2018 l'*American Judges Association* in collaborazione con il *Centre for Court Innovation*, il *National Centre for State Courts* e il *National Judicial College* hanno pubblicato un documento di "referenza rapida" che delinea i principi della giustizia procedurale, precisando come la loro adozione migliori l'accettazione delle decisioni giudiziarie e la fiducia pubblica nella giustizia. La versione originale del documento è disponibile al link: www.courtinnovation.org/publications/procedural-justice-bench-card. La giustizia procedurale consiste in un approccio di origine socio-psicologica che esplicita l'idea di *giusto processo* sulla base delle relazioni tra i soggetti coinvolti nel procedimento. Si è sviluppato nei paesi anglosassoni, e si sta rapidamente diffondendo anche in Europa, anzitutto nei paesi scandinavi e in Olanda, con l'obiettivo di migliorare il trattamento degli utenti, l'effettività del giudizio e la fiducia nel sistema. I dati statistici dimostrano che la giustizia procedurale comporta una maggiore accettazione delle decisioni e nel contempo un giudizio positivo degli utenti sul singolo magistrato, sull'ufficio giudiziario e sull'intero sistema giudiziario.

4. *Qualità e legittimità della giustizia in Svezia*, relazione tenuta a Scandicci il 12-14 novembre 2018, nel corso organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, *La qualità ed i tempi del processo e della decisione.*

equilibrio che la collettività si aspetta da chi è investito di delicate funzioni istituzionali» (Ippolito).

4. L'invito delle Istituzioni europee a percorrere la strada dell'*accountability* impone ai magistrati la massima attenzione nei contatti con i *media*. Armando Spataro chiarisce in modo incisivo le regole a cui occorrerebbe attenersi esemplificando ciò che all'evidenza non deve essere fatto, ed in tal senso significativo appare il richiamo negativo a quei magistrati che parlano *solo per rafforzare la propria immagine* senza che vi sia alcuna effettiva esigenza di comunicazione, così come all'immagine, da respingere, «*del magistrato unico (o quasi) depositario della morale collettiva*». Ricorda che anche nei comunicati stampa è indispensabile attenersi «*al senso del limite e all'etica del dubbio cui devono conformarsi le parole di un pubblico ministero prima della decisione del giudice*». Nella consapevolezza più profonda che «*la percezione sociale del magistrato e della giustizia – e dunque la maggiore o minore fiducia, il maggiore o minore rispetto, la maggiore o minore credibilità – si nutre sempre di più anche del "costume giudiziario", ovvero di come i magistrati si pongono, parlano, scrivono, si comportano, e si relazionano con le parti del processo e con il pubblico ...*» conseguentemente «*l'enfasi con cui certe indagini vengono rappresentate dalla stampa rischia di favorire il diffondersi di una "febbre giustizialista" nell'opinione pubblica, anche al di là degli effetti reali sullo svolgimento dei processi*».

Su questa linea di pensiero richiamo da un lato le riflessioni di Giuseppe Pignatone quando sottolinea «*la necessita di evitare di rincorrere il consenso popolare, di perseguire un'immagine mediatica a fini di promozione personale o di creare assi privilegiati tra uffici o singoli magistrati e una o più testate giornalistiche*», dall'altro quelle di Elisabetta Cesqui che invita a rifuggire dai cd processi mediatici che rappresentano «*l'esasperazione dell'interesse della pubblica opinione al processo,* dove *non è l'informazione che parla del processo, ma il processo che viene celebrato direttamente nell'universo parallelo dei media, con regole, rappresentazioni, protagonisti propri e con pene assai più rapide e non meno afflittive di quelle previste dalla giustizia reale, senza appello, cassazione o corte costituzionale*».

5. L'esperienza italiana delle prassi comunicative positive rimanda ad alcune significative direttive dei procuratori della Repubblica. Penso alla circolare del procuratore di Napoli Giovanni Melillo del 19.12.2017 laddove sottolinea «*la doverosa cura e l'efficace tutela della dignità delle persone sottoposte ad indagini qualora la persona versi in condizione di particolare vulnerabilità, come nel caso in cui sia privata della libertà personale ... in conformità alle precise indicazioni normative le SS.ll. vorranno assicurare-impartendo ogni opportuna disposizione agli uffici e ai comandi dipendenti- la più scrupolosa osservanza del divieto di indebita diffusione di fotografie o immagini di persone arrestate o sottoposte ad indagine nell'ambito di procedimenti la cura dei quali compete a quest'ufficio, segnalando preventivamente le specifiche istanze investigative o di polizia di prevenzione ritenute idonee a giustificare eventuali, motivate deroghe al principio sopra richiamato*».

Una circolare ancora più importante se si considera l'attuale contesto storico dove ministri scelgono di sottoporre alla "*gogna mediatica*" soggetti privati della libertà, trasformando in *spot* propagandistico l'arrivo nel nostro Paese e la traduzione in carcere di un latitante, pur di catturare consenso all'azione di governo, in evidente violazione di norme di legge (art. 114 cpp e 42 *bis* ordinamento penitenziario) ed in spregio agli stessi principi costituzionali ed europei.

I magistrati comunicano poi anche attraverso l'interpretazione delle norme processuali. Il riferimento va alla circolare del 2.10.2017 del procuratore di Roma Giuseppe Pignatone in tema di modalità e tempi di iscrizione degli indagati nel registro *ex* art. 335 cpp «*Se invero è evidente la funzione di garanzia che riveste l'iscrizione all'interno del procedimento, non può essere trascurato che la "condizione di indagato" è connotata altresì da aspetti innegabilmente negativi, tanto da giustificare –secondo la Corte costituzionale, sent. 174/1992- la previsione di un termine delle indagini preliminari. Non può essere infatti trascurato che dall'iscrizione si dispiegano, per la persona indagata, effetti pregiudizievoli non indifferenti sia sotto il profilo professionale sia in termini di reputazione ... in definitiva: l'iscrizione ha, molto spesso, un "costo" significativo anche per colui nel cui (astratto) interesse viene effettuata ed è inoltre soggetta ad essere sollecitata per ragioni di carattere strumentale del tutto estranee alle fisiologiche dinamiche processuali. Queste considerazioni impongono di abbandonare una concezione formalistica imperniata sull'approccio ispirato ad una sorta di "favor iscritionis", criterio non formalizzato ed estraneo al sistema. Al contrario: procedere ad iscrizioni non necessarie è tanto inappropriato quanto omettere le iscrizioni dovute*». Tutti siamo consapevoli dell'attenzione mediatica riservata a tale provvedimento (iscrizione) e delle conseguenze distorte che ne possono derivare dato che nella opinione pubblica lo *status* di indagato è ormai equiparato a quello di imputato o addirittura condannato. Le direttive contenute nella circolare citata rappresentano un'assunzione di responsabilità in capo al pubblico ministero

perché consentono di prevenire gli effetti mediatici distorti che potrebbero discendere da tale atto.

Esempi concreti di magistrati che «*parlano anche con i loro comportamenti, con il modo in cui organizzano gli uffici, con il modo in cui si pongono nei confronti di chi … incrocia il loro cammino nei luoghi della giustizia e non possono sottrarsi al dovere di rendere comprensibile il loro agire*» (Cesqui).

Il pensiero corre alla riflessione di Luigi Ferrajoli, che sono solita richiamare negli incontri nelle scuole sulla legalità, «*Ogni giudice, nella sua lunga carriera, incontra migliaia di cittadini: come imputati, come parte offese, come testimoni, come attori o come convenuti. Naturalmente non ricorderà quasi nessuna di queste persone. Ma ciascuna di queste migliaia, di questi milioni di persone, indipendentemente dal fatto che abbia avuto torto o ragione, ricorderà e giudicherà il suo giudice, ne valuterà l'equilibrio o l'arroganza, il rispetto oppure il disprezzo per la persona, la capacità di ascoltare le sue ragioni oppure l'ottusità burocratica, l'imparzialità o il pre-giudizio. Ricorderà, soprattutto se quel giudice gli ha fatto paura o gli ha suscitato fiducia*».

6. Lontani appaiono i tempi descritti da Deidda se si guarda all'attività di *sensibilizzazione* che negli ultimi anni sta svolgendo la Corte costituzionale. Un'esperienza esemplificativa è il «*Viaggio in Italia della Corte*», con i giudici costituzionali che visitano le scuole secondarie per parlare con gli studenti, per interloquire con loro con un linguaggio inclusivo, rendendoli partecipi del patrimonio costituzionale. In questo modo – come scrive il presidente Grossi nella relazione annuale –«*la Corte, con tutte le donne e tutti gli uomini del suo apparato, è "protagonista" di un itinerario etico e giuridico che viene da molto lontano e che riguarda la nostra storia comune e quella che stiamo costruendo*».

Un esempio concreto ed attuale di quella attività di sensibilizzazione che costituisce un aspetto della più ampia comunicazione giudiziaria a cui ci richiamano le Istituzioni europee.

Così come più che significativa è la scelta di entrare in contatto con i detenuti reclusi nelle carceri italiani, il secondo fronte del «*Viaggio nel Paese reale, dove è stata inverata la più avanzata idea di comunicazione, spiegandosi e spiegando la Costituzione ad un uditorio difficile, che peraltro si è rivelato per nulla ostile e molto interessato ad un'interlocuzione effettiva e limpida; e anche ai contenuti che questa interlocuzione offriva*»[5].

Ed anche qui significative sono le parole del presidente Giorgio Lattanzi nel motivare questa scelta «*Credo sia utile dialogare anche con queste persone, non per discettare della "Costituzione più bella del mondo" bensì per ribadire che secondo quella Costituzione la legittima privazione della libertà personale non cancella la tutela dei diritti. Il messaggio è: la Costituzione e la Corte ci sono per tutti, anche per voi*»[6].

Anche la magistratura ordinaria si muove nell'area della *sensibilizzazione*. Molteplici sono le iniziative organizzate dall'Associazione nazionale magistrati con le scuole in attuazione della Carta d'Intenti siglata il 27.11.2018 tra Csm, Anm, Dna, Anac e Miur[7].

7. Mi soffermo infine su una questione cruciale in tema di comunicazione giudiziaria, affrontata nelle Nuove «Linee Guida» approvate dal Consiglio e che merita a mio giudizio un particolare apprezzamento: le modalità di comunicazione all'opinione pubblica della sentenza penale.

La questione si pone per i procedimenti molto complessi e sensibili, dove quasi mai la motivazione viene depositata contestualmente alla lettura del dispositivo.

In questi ultimi anni i media, dopo la lettura di alcuni dispositivi di particolare interesse pubblico, si sono sbizzarrirsi sul perché i giudici sono giunti a determinate decisioni, anche solo diversamente interpretando la formula assolutoria adottata. I giornalisti non conoscono il percorso motivazionale sotteso al dispositivo, dato che trattandosi di decisioni complesse, la sentenza non viene mai depositata prima di 90 giorni dalla lettura del dispositivo. Con la conseguenza che nelle more tra la lettura del dispositivo e il deposito della motivazione, ogni giornalista "*racconta*" la decisione secondo la propria chiave di lettura. Pensiamo al processo *Ruby*, celebrato presso la Corte d'appello di Milano che ha assolto Silvio Berlusconi riformando la sentenza di condanna in primo grado, e a ciò che abbiamo letto ed ascoltato dai mezzi di comunicazione che, nella settimana seguente alla lettura del dispositivo, avvenuta il 18.7.2014, hanno

5. Così lo definisce Marco Patarnello in questa *Rivista on line, Un Viaggio Avventuroso*. www.questionegiustizia.it/articolo/un-viaggio-avventuroso-_08-10-2018.php.

6. Intervista di Giovanni Bianconi al presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi, *Corriere della Sera* 13.6.2018.

7. Si pensi alle notti bianche sulle legalità organizzate a Roma e in altre città italiane ed alle altre diverse esperienze raccontate in questa *Rivista On line*: www.questionegiustizia.it/articolo/parole-che-smuovono-le-pietre_17-03-2018.php, www.questionegiustizia.it/articolo/il-carcere-negli-occhi-degli-studenti_25-11-2016.php; www.questionegiustizia.it/articolo/la-parola-ai_giovani_giurati_25-01-2015.php.

prospettato all'opinione pubblica la propria *interpretazione* delle argomentazioni tecniche/giuridiche che avevano portato la Corte a ribaltare il giudizio di condanna di primo grado[8]. In quel contesto una opinione pubblica disorientata si è formata il proprio convincimento sulla base delle possibili diverse "*letture*", tutte legittime ma anche contrastanti tra di loro, che di quella decisione sono state date dai principali mezzi di informazione. Convincimento che potrebbe anche essersi dimostrato errato dopo il deposito delle motivazioni, ma che difficilmente sarà stato rimosso a distanza di tre mesi da quando si è formato.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi e richiedono una soluzione perché la comprensione corretta delle decisioni è strumento indispensabile per mantenere quel rapporto di fiducia tra magistratura e cittadino che è il sale di ogni democrazia.

Fermo restando che ci sarà sempre un divario tra i tempi dell'informazione e quelli del processo, occorre trovare, laddove possibile, le modalità più idonee a rendere comprensibili all'opinione pubblica le decisioni più rilevanti, sapendo che si tratta di agire su un piano diverso da quello più tecnico che rimanda al controllo della decisione nei gradi successivi di giudizio.

A livello europeo vi è un'indicazione specifica nel parere sopra citato del Consiglio consultivo dei giudici europei, che evidenzia l'opportunità, per una maggiore comprensione delle sentenze, di comunicare agli organi d'informazione la sintesi delle decisioni da parte dell'ufficio giudiziario.

In passato, i giudici che si sono assunti il compito di *spiegare* alle parti la decisione che avevano assunto sono apparsi a dir poco stravaganti ed alcuni sono stati sottoposti anche a procedimenti disciplinari. Ricordo il comportamento del presidente del collegio nel maxi-processo per il Petrolchimico di Porto Marghera, quando nel 2001, dopo dieci giorni di Camera di consiglio nell'aula bunker di Mestre, è stata letta la sentenza di primo grado che ha assolto tutti gli imputati, accusati di strage, omicidio e lesioni plurime per aver causato 157 morti per tumore tra gli operai del Petrolchimico, e disastro colposo per aver inquinato con gli scarichi aria, suolo, sottosuolo e acque lagunari. In quel contesto, allo sconcerto dei presenti che contestavano la decisione e dopo che anche i difensori era stati colti da pianto di commozione, il presidente del collegio, Nelson Salvarani, registrata la fortissima tensione fuori e dentro l'aula, si è assunto il compito di spiegare ai cronisti per sommi capi i motivi che avevano portato alle assoluzioni, dato che la motivazione della sentenza sarebbe stata depositata solo dopo 90 giorni dalla lettura del dispositivo.

«*Il processo* – ha detto Nelson Salvarani – *ha consentito di accertare che tutte le malattie causate dal Cvm (Cloruro di vinile monomero) sono riconducibili alle molto elevate esposizioni risalenti agli anni '50 e '60 e ai primi anni '70, quando se ne ignorava la tossicità che fu evidenziata dalla comunità scientifica solo nel 1973*». Il magistrato, riportano gli articoli di stampa di quell'epoca, pur specificando che «*non si spiegano le sentenze appena emesse*», vista l'attenzione su questa vicenda, ha sottolineato: «*Solo una parte delle malattie possono dirsi causate dall'esposizione a cvm, cloruro di vinile monomero. Successivamente al 1973 per prima Montedison e poi Enichem realizzarono tempestivamente gli interventi sugli impianti necessari a ridurre l'esposizione dei lavoratori a livelli compatibili con quelle norme di protezione che il legislatore solo allora emanò*». Per quanto riguarda il capo d'accusa relativo ai reati ambientali, Salvarani ha sottolineato che «*il processo ha consentito di accertare che lo stato di inquinamento dei canali industriali, pur sussistente, è tuttavia risalente a epoche in cui non esistevano norme di protezione ambientale*».

Un esempio di comunicazione assunta dal presidente del collegio alla luce della fortissima tensione registrata dopo la lettura del dispositivo che ha consentito una corretta informazione sui motivi della decisione che diversamente si sarebbero conosciuti solo dopo tre mesi. Ed in quell'arco di tempo tutto sarebbe stato lasciato all'interpretazione/mediazione dei giornalisti.

Altro esempio significativo lo ricorda, in questo numero, Beniamino Deidda per esserne stato il protagonista in anni ancora precedenti al 2001, cioè nel 1971, descrivendo nel contempo un'epoca in cui «*nessuno di noi parlava dei processi nei quali era impegnato (neanche di quelli che non erano più coperti dal segreto), nella convinzione che la personalizzazione degli atti giudiziari nuocesse a quella idea di distacco imparziale dalle vicende sottoposte al nostro giudizio, che costituiva uno dei pilastri della deontologia del giudice e del magistrato più in generale. Parlare (o anche solo spiegare dal punto vista*

8. I maggiori quotidiani hanno dato risalto, qualche giorno dopo la lettura del dispositivo, alle opinioni di giuristi, commentatori, giornalisti esperti, molto diversificate tra loro proprio perché rese *al buio* e solo sulla base del dispositivo. In molti articoli si è posto l'interrogativo sulla influenza che la legge Severino (che nel 2012, a processo iniziato, aveva riformato la fattispecie della concussione) potesse avere avuto sulle imputazioni. Si veda al riguardo l'articolo pubblicato il 22.7.2014 su *Il Sole 24Ore* da Donatella Stasio, *Cassazione. Il chiarimento sulle novità della legge Severino. Per induzione il nodo dell'Indebito vantaggio*. e quello pubblicato il 19 .7.2014 sul *Corriere della Sera* da Luigi Ferrarella, *Non ci fu la concussione, ecco perché Berlusconi è stato assolto.*

tecnico-giuridico) del processo o di un singolo atto processuale sarebbe sembrato un deplorevole episodio di esibizionismo o, peggio, di gratuita personalizzazione di una pronunzia che invece doveva essere riferita in astratto al Tribunale o alla giustizia».

Era l'epoca in cui si riteneva, per dirla con le parole di Elvio Fassone, che «*il magistrato non ha nulla da comunicare*». Sempre Deidda ricorda come proprio intorno alla rivista *Quale giustizia,* un gruppo di magistrati cominciò ad interrogarsi sul tema «*della comprensione dei provvedimenti giudiziari da parte dei cittadini e, prima di tutto, di coloro che partecipavano al processo nella diverse vesti di imputato, parte offesa o testimone*».

Tutto ciò oggi può apparire superato, se si pensa che sia la Corte di cassazione sia la Corte costituzionale si sono attrezzate per rendere immediatamente comprensibili le loro decisioni attraverso la tecnica delle informative provvisorie (Corte di cassazione) e con veri e propri comunicati stampa (Corte costituzionale).

In questo contesto culturale si inseriscono le «Linee Guida» emanate dal Consiglio superiore che provano a fare un passo avanti prevedendo, per quanto attiene alla comunicazione da parte degli uffici giudicanti, che «*il magistrato decidente curerà la predisposizione della notizia di decisione (abstract), contestuale o immediatamente successiva alla deliberazione/decisione, consistente nell'illustrazione sintetica, con linguaggio semplice, chiaro e comprensibile, delle statuizioni decisorie e delle ragioni delle stesse*». Sarà poi «*il responsabile per la comunicazione (*figura di nuova istituzione) che *si occuperà della selezione e rielaborazione tecnica della notizia di decisione e che successivamente curerà la trasmissione della comunicazione agli organi d'informazione e ai media*».

Un salto di qualità importante, da tempo atteso, come giustamente sottolinea Luigi Ferrarella nella sua riflessione. Una comunicazione plurale e diretta a tutti gli organi di comunicazione da parte del giudiziario, ovviamente di chi sa e conosce quello che occorre comunicare, che faciliterà la comprensione della decisione e ridurrà certamente il rischio di una sua possibile artificiosa distorsione.

8. Tocca ora alla magistratura fare proprio e rendere effettivo questo "*dovere di comunicare*". Perché, come giustamente osserva Nello Rossi, «*la rivoluzione comunicativa è ancora una rivoluzione promossa principalmente dall'alto e fatta propria da volenterose avanguardie. Che si sia dinanzi ad una "rivoluzione dall'alto" è provato dalla molteplicità degli impulsi che promanano dai vertici delle istituzioni che si occupano di giustizia. Dal Ministero della giustizia, dal Csm, dalla Scuola della magistratura* e dai dirigenti degli uffici, *giungono infatti con insistenza al corpo della magistratura diversi stimoli*».

La scommessa è che gli stimoli siano recepiti, condivisi ed applicati correttamente.

Il tema della comunicazione della giustizia sulla giustizia è un tema ineludibile, finora troppo sottovalutato o temuto, con il quale ogni magistrato – giudice o pm – deve misurarsi, non solo con gli strumenti "*ordinari*", a cominciare dal rendere sempre comprensibile la motivazione dei propri provvedimenti, ma anche attraverso altre forme di comunicazione che, a prescindere da quella veicolata dai media, raggiungano in modo corretto l'opinione pubblica.

Come ha ricordato, di recente, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ai magistrati ordinari in tirocinio «*Quel che è doverosa è la trasparenza dell'agire. Questa può essere assicurata da un'adeguata comunicazione istituzionale che risponde in modo equilibrato alle esigenze di informazione e conoscenza –legittima e doverosa- da parte della società. Come il Csm ha recentemente affermato in una importante delibera assunta proprio sul tema "la trasparenza e la comprensibilità dell'azione giudiziaria sono valori che discendono dal carattere democratico dell'ordinamento e sono correlati ai principi d'indipendenza e autonomia della magistratura nonché a una moderna concezione della responsabilità dei magistrati". È, pertanto, auspicabile che si prosegua in questa direzione, utile ad evitare rischiose sovraesposizioni che rischiano, anche per una comunicazione frettolosa e superficiale, di minare il prestigio della funzione giudiziaria*»[9].

Ne sono già consapevoli i magistrati più giovani, «c*hi è appena entrato in magistratura sente con forza l'importanza di poter spiegare*», intervistati da Raffaella Calandra, «troppo spesso non si capiscono le ragioni dei nostri provvedimenti e ciò provoca una sensazione di scarsa affidabilità».

Come tutti i percorsi culturali più impegnativi si tratta ora di far vivere il dovere della comunicazione e di dargli corpo, superando le resistenze culturali che ancora vi sono, accompagnando tutti i magistrati ad acquisire una effettiva consapevolezza dell'importanza di questa sfida. Solo così si approderà ad una vera e propria svolta culturale che per essere tale deve coinvolgere tutta la magistratura e non soli i suoi "*vertici*".

9. Intervento del Presidente della Repubblica in occasione dell'incontro con i magistrati ordinari in tirocinio nominati con dm 7 febbraio 2018 in www.quirinale.it/elementi/11799.

Questo obiettivo è stato ideato e strutturato anche con questa funzione.

Così come per il fermento culturale di un gruppo di magistrati che si sono ritrovati intorno a *Quale Giustizia*, come ci ricorda Deidda, ancora oggi nell'ambito di questa *Rivista* si sono ritrovate le idee e le considerazioni di magistrati, di giuristi e di giornalisti che abbiamo ritenuto utile sottoporre all'attenzione dei lettori con l'aspirazione di poter contribuire a dare gambe a questa necessaria svolta culturale, perché l'informazione non è un diritto di libertà del magistrato ma è un dovere, corrispondente al diritto della collettività ad essere informata (Ccpe n. 8 del 2013).

Condividere un linguaggio, aprire una finestra

di *Vittorio Lingiardi*

Per molti anni la professione dello psicoanalista è stata governata da tre principi fondamentali: *neutralità, astinenza* e *anonimato*. Col tempo, la cosiddetta "svolta relazionale" in psicoanalisi ha modificato, senza alterarne lo spirito etico e terapeutico, lo stile della comunicazione tra terapeuta e paziente. Prendendo spunto da questo esempio, ma rifuggendo parallelismi forzati e fuorvianti, propongo alcuni spunti di riflessione sull'importanza di una comunicazione empatica e accessibile, pur nel rigore della specificità, tra giudici e cittadini. Il tempo delle torri d'avorio è finito, e per non rimanere travolte dall'inconsistenza dei *tweet*, è importante che le professioni e le istituzioni, senza cedere al narcisismo della visibilità e all'esibizionismo dialettico, imparino a parlare alle cittadine e ai cittadini in modo tempestivo, non gergale, non propagandistico. Stile e modi di comunicazione dei giudici influenzano infatti la formazione dell'immagine, individuale e collettiva, psichica e sociale, della giustizia. È bene che, "oltre le sentenze", ci siano parole che le spiegano e le accompagnano. Per non vivere in un mondo dominato dall'imperativo della comunicazione ma che ha perso la capacità di comunicare.

Per molti anni la mia professione è stata governata da tre principi fondamentali che servivano a definire la posizione dell'analista nella relazione con il suo paziente: *neutralità, astinenza* e *anonimato*. Consapevole che qualunque parallelismo è forzato, per non dire fuorviante – il giudice non è un terapeuta e il cittadino[1] non è un paziente – userò queste tre dimensioni e la loro evoluzione in ambito clinico e teorico, per iniziare a muovere i pensieri – i miei e quelli di chi legge – sul tema della comunicazione in ambito giuridico. Quanto deve aprirsi all'esterno? Quanto inclusiva dev'essere, e a quale livello di divulgazione deve mantenersi? Una comunicazione inevitabilmente specialistica e asimmetrica (un soggetto conosce, l'altro no), può essere al tempo stesso cooperativa, empatica e paritetica? È un tema che non riguarda solo terapeuti e giuristi, ma tutte le professioni che implicano una declinazione relazionale della conoscenza. Come la professione medica, per esempio nella sua espressione diagnostica[2].

In psicoanalisi, la neutralità del clinico serviva a mantenere una posizione di massima "obiettività", evitando il compito ingrato di sbilanciarsi con pareri esorbitanti rispetto a quello che veniva considerato il proprio ruolo. L'analista, in sostanza, doveva astenersi da qualsiasi intervento che, rendendolo meno anonimo, lo avrebbe anche reso meno imparziale e pericolosamente troppo vicino al paziente. L'atteggiamento neutrale ha in passato assunto forme paradossali, che provo a esemplificare:

Paziente: Buonasera dottore. [Il dottore si presenta in seduta con una gamba visibilmente ingessata]. Oddio, cosa le è successo?

Analista: Buonasera. Cosa la spinge a farmi questa domanda?

1. In questo testo, ho scelto di seguire le regole finora in uso della lingua italiana e usare prevalentemente il maschile ("il giudice", "il cittadino", ecc.): non certo per perpetuare il sessismo nel linguaggio, ma per evitare di appesantire il testo.

2. V. Lingiardi, *Diagnosi e destino*, Einaudi, Torino, 2018.

Oppure:

Paziente: Com'è abbronzato, dottore? Dove è stato di bello?
Analista: Che cosa muove questa sua curiosità?

Anche se la storia ci consegna ritratti ben diversi del modo di fare di Freud o Jung con i loro pazienti, all'analista si è sempre raccomandato di essere uno "schermo opaco" («Il medico dev'essere opaco per l'analizzato e, come una lastra di specchio, mostrargli soltanto ciò che gli viene mostrato»[3], non poteva comunicare nulla di sé (se non fornire al paziente delle "interpretazioni"). Il paziente era in gioco con le sue parole e l'analista con i suoi silenzi. Poi, verso la seconda metà del secolo, avvenne qualcosa che prese il nome di "svolta relazionale". Sono tutti concordi nel far coincidere questa svolta con la pubblicazione di un libro, non a caso scritto a quattro mani, intitolato *Le relazioni oggettuali nella teoria psicoanalitica*[4]. Fu una svolta fortunata, perché vicina alla pratica della clinica di tutti i giorni. Molti la seguirono modificando, rileggendo, trasformando le tre regole fondamentali. Nuove parole iniziarono ad abitare la teoria clinica: sintonizzazione, empatia, co-costruzione, *self-disclosure*, intersoggettività. Fu la (ri)scoperta di una psicoanalisi "a tutto campo", dove l'approccio "interpersonale" o "relazionale", negli anni 1930-40 considerato "non psicoanalitico", entra con vitalità sulla scena psicoanalitica tanto da diventare esso stesso *mainstream*, quasi oscurando l'approccio tradizionale[5].

Oggi, con il termine "neutralità" si intende il mantenimento di una posizione non giudicante nei confronti del paziente, caratterizzata non da distacco o freddezza, bensì da partecipazione emotiva. Il passaggio, per citare Luciana Nissim Momigliano[6], da un "ascolto sospettoso" a un "ascolto rispettoso". Per "astinenza" si continua a intendere la giusta attitudine a non gratificare in modo indiscriminato i desideri e i bisogni del paziente (e ovviamente dell'analista) quando questi violano i confini del *setting*. Quanto all'"anonimato", oggi l'analista è consapevole dell'utilità, talvolta, di manifestare aspetti della propria soggettività (si parla di *self-disclosure*), pur evitando di rivelare contenuti inutilmente personali o di esprimere giudizi o opinioni in modo perentorio o autoritario. Del resto, l'analista si rivela anche nella sua condizione più neutrale, silenziosa e anonima. Il silenzio stesso è una rivelazione. Così come il ritiro è a volte una forma della paura. Non sempre è freddezza, a volte è semplicemente una difesa che protegge dal coinvolgimento spontaneo, la barriera che controlla gli affetti, un'iperconsapevolezza dell'importanza etica e tecnica della propria vocazione. Ho provato a dirlo con due semplici versi[7]:

Alcuni sciocchi chiamano freddezza
il precipizio che sovrasta la carezza.

È importante che il paziente possa cogliere l'umanità del suo medico. Ed è il dialogo una delle formule più alte dell'umanità. Il ritmo buberiano dell'Io-Tu che prelude ogni comunicazione autentica. Fui colpito, anni fa, dall'esclamazione di un giovane collega che, incamminatosi lungo un percorso analitico molto ortodosso, dopo mesi di sedute silenziose, mi disse: «Oggi ha parlato! Il mio analista oggi mi ha parlato!».

Il film di Richard Eyre «Il verdetto», tratto dal romanzo di Ian McEwan «La ballata di Adam Henry», racconta l'incontro tra l'austera giudice inglese Fiona Maye e il cittadino Adam Henry, minorenne, testimone di Geova, leucemico, bisognoso di una trasfusione proibita dalla sua fede. Fiona è un "Vostro onore" che non si è mai concessa un'apertura comunicativa al di fuori del perimetro del rito. E bene ha fatto: confini ben custoditi, regole, disciplina istituzionale. Ma c'è una volta, la volta di Adam, in cui la dieta restrittiva della sua comunicazione si avvicina troppo, deliberatamente, alla materia incandescente dell'adolescenza testarda su cui si trova a deliberare. È una smagliatura, rivelatrice di una trama troppo tesa. È l'incontro con l'inatteso che mette in tensione drammatica due eccessi: la distanza di un lavoro chiuso nel suo rito impeccabile e la gestione drammatica di un avvicinamento emotivo che produce l'inevitabile corto circuito, l'incidente. È anche per regolare queste tensioni che occorre che la comunicazione fluisca, il suo ritmo regolato dalla diastole (il momento dell'apertura) e dalla sistole (quello della contrazione).

Oggi i clinici tendono a partecipare più attivamente all'interazione, creando un clima di fiducia e sicurezza, in modo che il dialogo con il paziente sia spontaneo e fluido, pur senza perdere le caratteristiche di separatezza nella vicinanza e asimmetria nell'alleanza che, caratterizzando la relazione tera-

3. S. Freud, S. (1912), *Consigli al medico nel trattamento analitico*, tr. it. in Opere, vol. 6. Boringhieri, Torino, 1974.

4. J.R. Greenberg - S.A. Mitchell (1983), *Le relazioni oggettuali nella teoria psicoanalitica*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1987.

5. P. Migone, *Terapia psicoanalitica*, Franco Angeli, Milano, 1995; V. Lingiardi - G. Amadei - G. Caviglia - F. De Bei, *La svolta relazionale*, Raffaello Cortina, Milano, 2011.

6. L. Nissim Momigliano, *L'ascolto rispettoso. Scritti psicoanalitici*, Raffaello Cortina, Milano, 2001.

7. V. Lingiardi, *La confusione è precisa in amore*, Nottetempo, Roma, 2012.

peutica, la differenziano da tutte le altre relazioni significative del soggetto. Questa rilettura dello "stare con il paziente" è avvenuta all'interno di un più generale spostamento da una prospettiva *mono-personale* a un'ottica *bi-personale*, in cui paziente e analista sono entrambi coinvolti nella produzione congiunta di significati. Non sono cambiate le regole "etiche" della relazione analitica, sono cambiati gli spazi della relazione e i modi della comunicazione.

La parentela tra l'appello rivolto, anni or sono, da Peter Fonagy[8], autorevole figura della ricerca contemporanea in campo psicodinamico, agli psicoanalisti, invitati a "interrompere il loro (non così tanto) splendido isolamento", la *turris eburnea* della loro solitudine linguistica e disciplinare, e quello rivolto dall'emerito Marcello Gallo, nel corso di un convegno bolognese del 2014, ai colleghi perché uscissero «dall'adorata asetticità del mestiere di giuristi» e dagli spazi angusti del «carattere esoterico» del loro linguaggio, non può che farmi risuonare nella memoria un terzo appello: le celebri parole pronunciate da James Hillman in un libro dal suggestivo titolo *Cento anni di psicoterapia e il mondo va sempre peggio*[9]. «Occorre aprire una finestra nella stanza d'analisi», scriveva Hillman. «Io non sono, se non in un campo psichico con gli altri, con la gente, gli edifici, gli animali, le piante». Non vale forse per i giuristi come per gli psicoanalisti? L'invito, infatti, non riguarda tanto le tecniche, quanto i rischi dell'isolamento e dell'autoreferenzialità. La consapevolezza che per capire meglio quello che ci abita e ci governa, la psiche come la legge, è necessario aprire le finestre dei nostri studi, dei nostri palazzi, delle nostre discipline. Senza perdere, va ribadito sempre, la protezione del *setting*, l'insieme di regole che governano il campo relazionale e i rapporti tra i soggetti coinvolti.

Potrei andare avanti a lungo, annoiandovi con dibattiti interni al mondo della psicoanalisi. Ma l'intenzione del mio breve scritto mi sembra ormai chiarita: che le nostre professioni si svolgano – come e dove giustamente devono svolgersi – in stanze tranquille e lontane dal clamore; ma che non si dimentichino le loro salutari ricadute, concrete e simboliche, sul tessuto sociale. Nessun riflettore, va da sé, nessuna esibizione, nessuna proiezione di bisogni personali, ma una voce istituzionale, chiara e rivolta alla promozione della conoscenza. Una scelta di democrazia, perché il sapere non va tenuto stretto, ma elargito e condiviso. Perché "oltre le sentenze", ci sono parole che le spiegano e le accompagnano.

Questa inclinazione diventa particolarmente importante in un contesto politico e sociale dominato dalla paura-rifiuto della complessità, vera e propria malattia culturale del nostro tempo, e dalla progressiva riduzione del linguaggio (non solo sociale ma anche politico!) agli scarni caratteri di un *tweet*. In un momento in cui la politica è fatta di *hashtag* e il dibattito si avvita e inaridisce in tifoserie pro/contro, il contributo di una divulgazione giuridica non può che irrigare un terreno linguistico e concettuale sempre più arido e petroso. Dove le parole diventano pietre, non nel senso altissimo di Carlo Levi, bensì in quello violento della lapidazione *online*, dell'*hate speech*, il discorso fondato sull'odio, dove la comunicazione diventa evacuazione delle nostre "scorie psichiche".

La connettività istantanea ha soppiantato l'introspezione e il modo in cui elaboriamo le informazioni e organizziamo i pensieri. La comunicazione e la divulgazione, quella scientifica come quella giuridica, sono compiti troppo importanti per essere trascurati o peggio lasciati al danno delle semplificazioni. Usando le parole dello psicoanalista Christopher Bollas «le risposte-scorciatoia non ci portano lontano», «la psicoanalisi serve a favorire domande capaci di muovere idee inconsce infinite», a battere «l'egemonia delle soluzioni semplici a favore dei movimenti complessi del pensiero». Viviamo in un mondo dominato dall'imperativo della comunicazione, ma abbiamo perso la capacità di comunicare. In questa "età dello smarrimento"[10], la comunicazione è sempre più veloce, ma ahimè sempre più superficiale, imprecisa, se non addirittura fasulla (*fake news*). Impegnarsi sul fronte di una comunicazione vera è oggi un dovere civile. Come osserva Sherry Turkle[11], docente al Mit di Boston, esperta di *digital culture* e studiosa al confine tra psicologia e sociologia, il trionfo delle tecnologie comunicative ha aumentato i nostri scambi ma ha ridotto le nostre conversazioni. Con ripercussioni profonde e durature: meno conversazione = meno empatia = meno introspezione = meno conoscenza.

Guardati con gli occhi del cittadino, vi sono due aspetti sui quali, come psicoanalista, mi sembra importante fermare l'attenzione. Il *primo* riguarda l'aspettativa di una giustizia comprensibile, "accoglien-

8. P. Fonagy, *Genetica, psicopatologia dello sviluppo e teoria psicoanalitica: l'occasione per interrompere il nostro (non così tanto) splendido isolamento*, tr.it. in *Richard & Piggle*, vol. 1, 2004, pp. 77-102.

9. J. Hillman - M. Ventura, *Cento anni di psicoterapia e il mondo va sempre Peggio*, tr. it., Raffaello Cortina, Milano, 1998.

10. C. Bollas, *L'età dello smarrimento. Psicoanalitica*, tr.it. Raffaello Cortina, Milano, 2018.

11. S. Turkle, *Insieme ma soli. Perché ci aspettiamo sempre più dalla tecnologia e sempre meno dagli altri*, tr.it., Codice, Roma, 2012; dello stesso autore, *La conversazione necessaria. La forza del dialogo nell'era digitale*, tr. it. Einaudi, Torino, 2016.

te", trasparente e viva nel dibattito pubblico e quindi capace di comunicare. In questo modo il cittadino non si sentirà, o si sentirà meno, estraneo alla cosa pubblica, ma invece partecipe di un istituto fondativo della democrazia costituzionale; potrà così (ri)stabilire un rapporto di fiducia con la giustizia (negli ultimi oggetto di svalutazioni maledicenti o di idealizzazioni salvifiche), comunque necessario al di là del consenso o della critica. Il *secondo* riguarda una certa timorosa resistenza della magistratura, a parte i noti casi di passaggio alla politica attiva, ad addentrarsi in un ambito, quello della comunicazione aperta, non solo sconosciuto ma considerato estraneo ai saperi tipici del giudice. E percepito come pericoloso non solo per le conseguenze disciplinari, ma anche per la convinzione che autorevolezza e magistero si possano esprimere solo con un linguaggio tecnico, poco accessibile, faticoso, inevitabilmente per addetti ai lavori.

Giudici capaci di comunicare sono invece importanti perché la loro parola si va a posare sulla formazione di un sentimento collettivo della giustizia. Che è anche, potremmo dire, un "oggetto psichico" composito, sfaccettato, carico di proiezioni: timore reverenziale, paura che affonda nella colpa, desiderio di risarcimento, idealizzazione di un genitore potente, punizione di un genitore vendicativo, intrusione di uno potere controllante, e così via. La collega Simona Argentieri, in un corso sulla comunicazione organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, ha mostrato come le aspettative idealizzanti siano tra le più pericolose perché lusingano, in un gioco di specchi, le fantasie di onnipotenza e onniscenza del giudice. Giudici inquisitori che perseguitano, indagano, puniscono? Giudici eroi che ripuliscono, salvano, ristabiliscono l'ordine morale? Non dimentichiamo, e la teoria clinica della personalità narcisistica lo ha ben dimostrato, che idealizzazione e svalutazione, l'altare e la polvere, sono facce della stessa medaglia. E non sottovalutiamo fenomeni sociali preoccupanti che sempre più stanno prendendo piede, dalla ribellione *no-vax* alle aggressioni fisiche ai danni di medici e insegnanti (nell'ultimo anno, in Italia, 1200 medici sono stati aggrediti da pazienti o loro familiari: tre al giorno, e due su tre sono dottoresse).

È importante riflettere sul sentimento collettivo (e di questi tempi, inevitabilmente, anche sul "risentimento") nei confronti delle istituzioni perché solo da lì possiamo partire per trarre indicazioni su come la giustizia deve parlare al cittadino. Lo stile e i modi di comunicazione dei giudici influenzano la formazione di un'immagine collettiva della giustizia e devono rappresentare un antidoto sia alla banalizzazione *twitter* sia all'esibizionismo dialettico, a favore di una comunicazione istituzionale tempestiva, non gergale, non propagandistica. Una comunicazione che porti conoscenza e pensiero nel dibattito pubblico, che faciliti la convivenza tra cittadini e istituzioni, promuovendo una mentalità in grado di muoversi tra idee complesse e spiegazioni semplici e non, come sempre più spesso accade, idee confuse e spiegazioni semplificate. Insomma promuovendo democrazia perché, come scrive Wisława Szymborska[12], «e ti piaccia o no, | i tuoi geni hanno un passato politico, | la tua pelle una sfumatura politica,| i tuoi occhi un aspetto politico. | Ciò di cui parli ha una risonanza, | ciò di cui taci ha una valenza | in un modo o nell'altro politica».

12. W. Szymborska, *Gente sul ponte*, Tr.it. Scheiwiller, Milano, 1986.

Recuperare la fiducia e non rincorrere il consenso

di *Franco Ippolito*

Tracciare l'esatta distinzione tra consenso e fiducia, nella società democratica e nello Stato costituzionale di diritto, è esigenza essenziale per la magistratura. Per un pieno recupero della fiducia è necessario rifuggire dalla ricerca del consenso e concorrere alla formazione di una opinione pubblica fondata sulla corretta informazione e comunicazione, sull'esercizio della critica razionale e ragionata, sul rispetto degli altri.

1. Qualche giorno fa[1], Gerardo Villanacci, in un articolo sul *Corriere della Sera*, opportunamente avvertiva che «il concetto di fiducia è diverso da quello di consenso [...] per quanto frequentemente utilizzati l'uno quale sinonimo dell'altro». Al di là di ogni analisi psicologica, filosofica o sociologica[2], è sufficiente considerare che mentre tutti i sondaggi rilevano che il Governo in carica e i partiti che lo costituiscono godono del consenso del 60% degli elettori, il recentissimo XXI Rapporto su *Gli Italiani e lo Stato*, curato da Demos[3], misura nel 5% la fiducia nei partiti politici.

Tracciare l'esatta distinzione tra consenso e fiducia non è un vezzo linguistico o una pedanteria concettuale, ma è una fondamentale esigenza politico-culturale, che non dovrebbe essere trascurata da chi è consapevole del carattere effimero del consenso, in gran parte determinato da fattori emotivi irrazionali (simpatia/antipatia, fascino del nuovo, risentimenti e rancori, paure dell'ignoto ...) del tutto momentanei, cangianti e potenzialmente evanescenti.

Ciò è tanto più necessario oggi, con l'informazione superficialmente e acriticamente basata sulla televisione d'intrattenimento, sui social-media e su internet, con la prevalente tendenza degli utenti a condividere le notizie che confermano le proprie convinzioni; e tanto più in Italia, Paese in cui – come risulta da uno studio di agosto 2018 della sezione inglese dell'istituto di ricerca Ipsos – è allarmante la distanza tra percezione e realtà effettiva quali la criminalità e l'immigrazione[4], e bassissima la percentuale di laureati nella fascia di popolazione attiva.

Interessante e significativo è il commento di Nando Pagnoncelli, presidente di Ipsos Italia: «non è un caso che a guidare la classifica della distorsione percettiva siano Italia e Stati Uniti. Due Paesi in cui è in atto il cambiamento più profondo nel rapporto tra elettori ed eletti, con questi ultimi ad inseguire l'opinione pubblica e a cavalcarne le paure»[5].

---

1. Gerardo Villanacci, *Fiducia e consenso non sono sinonimi* in *Corriere della Sera*, 3 gennaio 2019.

2. Per la copiosa dottrina in argomento, ci limitiamo a rinviare al fascicolo n. 42/2009 della rivista *Parolechiave*, dedicato alla *Fiducia*, ove si trovano i riferimenti bibliografici essenziali, www.fondazionebasso.it/2015/pubblicazioni/parolechiave/422009-fiducia/.

3. *La Repubblica*, 24 dicembre 2018.

4. Sui temi dell'immigrazione, anche secondo una recente analisi dell'Istituto Cattaneo, l'Italia è il Paese dell'Unione europea con la percezione più distorta: il 73% degli italiani – a fronte di un 7% di immigrati presenti nel paese – ritiene che si tratti del 25 per cento della popolazione complessiva, con uno scarto tra opinioni e fatti di ben il 18%!

5. In www.tpi.it/2018/09/24/sondaggi-percezione-italia.

2. Nella cultura progressista, l'espressione "opinione pubblica" è stata utilizzata, fin dalle sue origini, in senso assiologicamente positivo. Con essa, dalla filosofia di Kant a quella di Habermas, si fa riferimento all'insieme degli attori che partecipano al dibattito e al discorso pubblico, quale elemento essenziale per una democrazia fondata sulla pari dignità delle persone, sulla libera manifestazione del pensiero, sulla più ampia di libertà di critica, che può investire ogni ambito – e in particolare quello attinente all'esercizio del potere, pubblico o privato, politico o istituzionale – senza mettere tuttavia in dubbio la pari legittimità degli interlocutori ad esprimere il proprio punto di vista su ogni tema socialmente, politicamente o istituzionalmente rilevante.

La fecondità del discorso pubblico e la piena legittimazione di ciascuno a concorrere alla sua formazione derivano dalla condizione e dalla qualità di attore consapevole dei molteplici problemi della *polis* e dalla capacità di affrontarli a partire da elementi di fatto verificati o verificabili, di esaminarli con metodo razionale e logica argomentativa, mantenendo la (almeno tendenziale) adeguatezza degli strumenti utilizzati rispetto ai fini proposti o desiderati.

Ovviamente ci sono ambiti in cui non basta la consapevolezza del cittadino attivo e critico, ma occorre anche una specifica competenza tecnica o scientifica, non inquinata da influenze politiche o da interessi economici. Per fare un esempio, esaminare gli effetti del riscaldamento del globo terrestre e dei fattori anche umani che determinano lo scioglimento dei ghiacciai e la desertificazione dell'Africa non è la stessa cosa che discutere sull'opportunità o meno di svolgere in lingua inglese le attività accademiche nelle università italiane.

Oggi, invece, accade sempre più frequentemente che nella rete informatica e nei programmi televisivi circolino affermazioni non verificate e non verificabili, prive di qualsiasi fondamento (come, ad es., l'irrilevanza dell'uso del carbone sull'innalzamento della temperatura) o addirittura demenziali (come quelle di coloro che sostengono che la terra è piatta). Ciò che risulta più preoccupante è che esse vengano apprezzate da numerosissimi utenti che esprimono la loro passiva condivisione di assenso e consenso, mescolando indistintamente fatti, opinioni e *fake news*.

Allarme maggiore per la vita democratica e sociale si ha quando quelle affermazioni hanno origine o comunque provengono da soggetti che detengono notorietà o potere (dal presidente degli Stati Uniti al ministro dell'Interno del Governo italiano), che utilizzano, a fini politici, timori, paure, risentimenti e rancori diffusi. Accade inevitabilmente che centinaia di migliaia di acritici *followers* ne amplifichino la diffusione con rilancio di opinioni o notizie suggestive, così determinando un generale clima "politico-culturale" in cui sembra destinato all'insuccesso ogni sforzo di riportare la discussione alla verifica dei fatti (dalla percentuale di migranti residenti in Italia, al numero degli omicidi commessi annualmente, ai procedimenti penali per eccesso di legittima difesa). Si tratta di un clima determinato dagli umori e dalle emozioni circolanti nella società, che in questi anni si addensano nella cosiddetta "antipolitica" (certamente anche frutto delle delusioni di promesse e aspettative create da partiti precedentemente al potere) sapientemente cavalcata da politici vecchi e nuovi, capaci di utilizzare e alimentare gli umori di massa a fini di conquista o di rafforzamento del potere.

La storia tragica del '900 è ricca di insegnamenti sui pericoli che corrono la democrazia e lo Stato di diritto per l'attività spregiudicata di classi dirigenti che, a fine di consenso politico, inseguono, guidano e alimentano una maggioranza di persone orientate da suggestioni ed emozioni, intimando il silenzio a chiunque (magistrato, giornalista, economista, sociologo ...) critica o dissente dalle opinioni dominanti perché confortate dal consenso elettorale.

Va perciò condivisa la sollecitazione a non confondere l'opinione pubblica di derivazione illuministica da questo indistinto aggregato[6], prodotto dall'insieme di acritici e passivi utenti di televisione e di rete, pronti ad accettare per vera un'opinione per il solo fatto che viene ripetuta e diffusa. Proprio il carattere passivo e irriflesso della acritica ricezione di questa massa di notizie ne rivela il carattere di deteriore "senso comune volgare", a cui Gramsci ha dedicato tanti passaggi nei *Quaderni del carcere*, evidenziandone il contrasto persino con il buon senso[7] e la necessità di un forte impegno culturale per disgregarlo e superarlo.

3. Come contrastare il senso comune esistente attorno al complesso di questioni relative all'attività giudiziaria (separazione dei poteri e delle funzioni, ruolo della giurisdizione, promozione e tutela dei diritti, controllo di liceità dell'esercizio di ogni potere, efficienza del servizio, professionalità dei magistrati e degli avvocati, diritto di critica all'azione e ai provve-

6. Cfr. R. Parascandolo, *Internet: opinione di massa ed economia del gratis*, relazione al convegno "*Quarto potere*" del 23 gennaio 2019, organizzato dalla Fondazione Basso e da Filosofia in movimento, in www.fondazionebasso.it.

7. Contrasto già evidenziato da Alessandro Manzoni (*I Promessi Sposi*, cap. XXXII) a proposito della difficoltà di contrastare le credenze popolari sugli untori: «il buon senso c'era; ma se ne stava nascosto, per paura del senso comune».

dimenti giudiziari ...) che non sono riducibili a *slogan* e battute polemiche o propagandistiche, è problema certamente complicato e difficile, reso più acuto dalla tendenza di parte del sistema politico a negare a chi esercita funzioni non elettive la legittimazione alla comunicazione e al confronto pubblico e, persino, all'esercizio delle doverose funzioni istituzionali di controllo sull'esercizio del potere amministrativo (dal rifiuto di far sbarcare sulle coste italiane migranti e profughi salvati in mare allo smantellamento dei centri di accoglienza dei migranti).

Nei momenti difficili – e questo lo è davvero non soltanto per la giurisdizione, ma per la democrazia costituzionale del Paese – è più che mai necessaria un'assunzione di responsabilità da parte di chi ha un ruolo istituzionale e, più in generale, di tutti coloro che esercitano funzioni fuori dal circuito della maggioranza politica e che fondano il senso del proprio agire sull'etica e le regole della professione, della scienza e delle istituzioni di garanzia, che non trovano nel consenso la propria fonte di legittimazione.

Per quanto riguarda i magistrati ciò richiede una accresciuta consapevolezza politica, ossia la doverosa capacità di cogliere compiutamente la dimensione istituzionale della propria funzione e di quella dell'intera giurisdizione, al fine di svolgere i compiti che nella attuale situazione sono ancor più rilevanti per la tenuta dello Stato costituzionale di diritto e per la salvaguardia della vita e della dignità di ogni persona: a) la tutela effettiva dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, dalla Carta dell'Unione europea e dal diritto internazionale, utilizzando tutti gli strumenti consentiti dall'ordinamento per infrenare gli spiriti selvaggi, xenofobi e razzisti espressi dalle pulsioni sovraniste e nazionalistiche; b) l'efficace controllo sulla liceità e legalità dell'esercizio dei poteri pubblici e privati, resistendo ai tentativi di intimidazioni autoritarie e senza cedimenti al senso comune.

In questa direzione vanno condivise le ripetute dichiarazioni del Presidente della Repubblica Mattarella che, mentre riafferma come necessarie e doverose «la credibilità e la trasparenza» dell'azione della magistratura, «che possono essere rafforzate anche da un'adeguata comunicazione istituzionale», non perde occasione per ricordare che «l'attenzione e la sensibilità agli effetti della comunicazione non significa [...] orientare le decisioni giudiziarie secondo le pressioni mediatiche né, tanto meno, pensare di dover difendere pubblicamente le decisioni assunte. La magistratura, infatti, non deve rispondere alle opinioni correnti perché è soggetta soltanto alla legge»[8].

Il consenso popolare – come sottolinea Luigi Ferrajoli – mentre è la fonte di legittimazione democratica delle funzioni politiche di Governo, sebbene «nei limiti e con i vincoli stabiliti dalle Costituzioni», non lo è affatto della giurisdizione e dei giudici, che trovano, invece, specifici fondamenti nel carattere «tendenzialmente cognitivo» della giurisdizione e nel suo ruolo di garanzia[9]. «Proprio perché risiede nella garanzia dell'imparziale accertamento del vero, la legittimità del giudizio non può dipendere dal consenso della maggioranza», che non può e non deve incidere sui diritti e sulle libertà della persona coinvolta in giudizio. È bene tenere a mente ciò che scrisse Tocqueville: «quando sento la mano del potere che mi preme sul collo, poco m'importa di sapere chi è che mi opprime; e non sono maggiormente disposto a chinare la testa sotto il giogo per il solo fatto che questo mi viene porto da milioni di braccia»[10].

Tale avvertenza deve indurre a contrastare sia gli attacchi sommari e delegittimanti verso la giurisdizione, sia le manifestazioni di sostegno di piazza dell'attività giudiziaria. La dirigenza dell'Associazione nazionale magistrati, ai tempi di Mani Pulite, sostenuta dalla stragrande maggioranza dei mass-media e delle associazioni di cittadini, non nascose i rischi e i pericoli insiti in tali manifestazioni.

«Gli applausi e le manifestazioni popolari attorno al palazzo di giustizia milanese – si disse nella relazione conclusiva dei lavori del congresso di Milano-Como – sono espressione di una legittima pretesa dei cittadini che la legge valga davvero per tutti. Ma sono la spia di un pericolo. Innanzitutto di un eccesso di aspettative nell'intervento giudiziario, destinate a rimanere in parte inevitabilmente deluse. In secondo luogo, sono l'espressione di una spinta ansiosa al raggiungimento di "risultati", con rischio di torsione dello strumento giudiziario, giacché la giurisdizione non deve essere una istituzione di scopo»[11].

Nessuna compiacenza, dunque, per manifestazioni popolari o mediatiche di assenso, tanto più che la tensione verso il pieno recupero di fiducia nella giuri-

8. Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia di commiato dei componenti il Consiglio Superiore della magistratura uscente e di presentazione dei nuovi, 25-9-2018.

9. Sulle differenti fonti di legittimazione della giurisdizione e della legislazione è indispensabile rinviare, con invito alla lettura, al saggio di L. Ferrajoli. *Giurisdizione e consenso*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 4/2009. Da questo saggio sono le citazioni virgolettate che seguono.

10. Alexis de Tocqueville, in *La democrazia in America*, (1840), libro 2, parte 1, capitolo 2.

11. In *La Magistratura*, Bollettino, *Speciale Congresso/assemblea*, n. 2 aprile-giugno 1993, pp. 18-20, nonché in E. Bruti Liberati, *Ma-*

sdizione non coincide con la ricerca del consenso verso singoli atti del pubblico ministero o singole decisioni del giudice e, tanto meno, con l'allineamento al senso comune. Il metro di valutazione di una decisione giurisdizionale, infatti, non è il plauso dei mezzi di informazione o il consenso dei più, ma il fondamento giuridico su cui essa riposa e la solidità e persuasività della sua motivazione.

Dovere del giudice indipendente, come ha efficacemente sintetizzato Ferrajoli, è quello «di assolvere sulla base degli atti, quando tutti invocano la condanna, e di condannare quando tutti reclamano l'assoluzione, preoccupandosi non già del consenso della pubblica opinione ma solo della fiducia delle parti nella sua imparzialità e nella sua onestà intellettuale».

Se il consenso non ha alcun rilievo per la legittimazione sociale della giurisdizione, nessuna giustificazione può trovare la ricerca del consenso, che anzi sovente produce fondate critiche e polemiche che concorrono alla delegittimazione della funzione giudiziaria.

Gravemente inopportuna, e talora anche disciplinarmente rilevante, è la ricerca di consenso da parte di taluni magistrati, a mezzo di "conferenze monologanti" o "comunicati stampa", orientati in senso accusatorio (come è recentemente accaduto) o anche interventi pubblici sui social-media, sulla stampa o in televisione, a sostegno all'attività giudiziaria intrapresa o della decisioni assunte, tanto più che tali condotte violano l'elementare regola deontologica secondo cui tutti possono parlare dei procedimenti giudiziari e delle sentenze, ad eccezione dei magistrati che se ne occupano o che li hanno svolti. «Senza mediazione, la comunicazione è soprattutto propaganda», ha recentemente affermato un esperto in mezzi di comunicazione di massa[12] e i magistrati devono rifuggire dalla propaganda, sia pure esercitata con le intenzioni di sostenere l'attività giudiziaria.

Certamente non si può ignorare né sottovalutare che la sintonia con le emozioni e le "opinioni correnti" può essere anche strumentalmente attuata e utilizzata, da parte di talune forze politiche, per la messa in atto di una sofisticata strategia di discredito della magistratura e di limitazione delle funzioni della giurisdizione, con ulteriori possibili effetti di delegittimazione che si producono nel senso comune.

Tuttavia non è di alcuna utilità reagire, come troppo spesso è avvenuto, con chiusure di difesa corporativa della magistratura o peggio ancora, come pure è accaduto da parte di autorevoli esponenti del mondo giudiziario corteggiati dalle televisioni, con generici e indifferenziati attacchi, cedendo alla tentazione di delegittimare il mondo politico in riconvenzionale, finendo così per concorrere ad alimentare o rafforzare rancorosi sentimenti che nutrono la cosiddetta "antipolitica", che quasi sempre annuncia e prepara esiti autoritari.

Occorre invece – da parte dei singoli magistrati – esercitare con maggiore rigore, impegno e trasparenza le proprie funzioni; da parte dell'associazionismo giudiziario e delle istituzioni dell'autogoverno, agire a difesa dell'indipendente esercizio della funzione svolto correttamente dagli uffici giudiziari e dai singoli magistrati, rendendone edotta la pubblica opinione, tanto più quando la giurisdizione è sottoposta a pressioni e reazioni emotive. Mentre va ribadita la fecondità democratica del principio della critica argomentata e consapevole ai provvedimenti e all'attività giudiziaria, è infatti necessario rifuggire da ogni acquiescenza a stati d'animo collettivi, spontanei o alimentati.

4. Se è doveroso respingere le sirene del consenso, sia di popolo sia di potere, essenziale per la giurisdizione e per la magistratura è, invece, operare per accrescere la fiducia dei cittadini[13], e in particolare quella delle parti coinvolte nel procedimento giudiziario, «fiducia nell'imparzialità di giudizio dei giudici, fiducia nella loro onestà e nel loro rigore intellettuale e morale, fiducia nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio»[14].

La cultura psicologica ci avverte che per dare fiducia agli altri, istituzioni comprese, occorre avere fiducia in sé stessi e che le espressioni diffuse di rancore, rabbia, xenofobia e razzismo sono chiari sintomi di una collettività impaurita e senza fiducia nelle proprie capacità e possibilità di disegnare un futuro diverso da quello proposto da chi alza muri, chiude porti o invoca blocchi navali per "respingere le invasioni degli stranieri". Ma sappiamo anche che la fiducia cresce se aumenta la credibilità dell'istituzione giudiziaria nella realizzazione dei compiti pre-

---

gistratura e società nell'Italia Repubblicana, Laterza, 2018, pp. 266-7.

12. C. Giua, *Senza mediazione la comunicazione è soprattutto propaganda*, relazione al convegno "*Quarto potere*" del 23 gennaio 2019, organizzato dalla Fondazione Basso e da Filosofia in movimento, in www.fondazionebasso.it.

13. Risulta dal citato Rapporto su "Gli Italiani e lo Stato", curato da Demos per *La Repubblica*, che la fiducia degli intervistati verso la magistratura si attesta sul 42% (+ 5 rispetto al 2008 e al 2017).

14. L. Ferrajoli, *Giurisdizione e...* cit.

visti dalla Costituzione e dall'ordinamento giuridico. È esattamente quello che devono fare i magistrati, unitamente all'associazionismo giudiziario e agli organi di autogoverno: puntare al pieno recupero della fiducia da parte della collettività e delle persone che si rivolgono ai giudici.

Tale recupero implica e richiede l'accresciuta consapevolezza del ruolo di garanzia costituzionale della giurisdizione e la correlata accettazione delle responsabilità che esso comporta, la qualificazione e la competenza tecnica e professionale dei singoli, il perseguimento effettivo della ragionevole durata dei processi, la convinta ricerca d'intesa con l'avvocatura e le associazioni forensi sul rilancio di un servizio giudiziario efficiente e affidabile, ma anche un costume di serietà, sobrietà e razionalità nella partecipazione al dibattito pubblico, tale da far crescere la credibilità dei singoli e dell'intera istituzione.

Importante, in questa prospettiva, è una strategia di comunicazione efficace a tutti i livelli: dalla chiarezza delle motivazioni con presa in carico delle posizioni di tutte le parti, alle informazioni comprensibili sulle più rilevanti decisioni in attesa delle motivazioni, alle deliberazioni degli organi di autogoverno.

In questo quadro, anche gli atti di informazione e di comunicazione e gli interventi nel discorso pubblico degli organismi associativi e dei singoli magistrati possono efficacemente contribuire al recupero di credibilità e di fiducia se, nell'esprimere le proprie ragioni e nel darsi carico delle ragioni degli altri e dell'interesse generale, recano quel contributo di razionalità e di equilibrio che la collettività si aspetta da chi è investito di delicate funzioni istituzionali.

È in tal modo che si rilancia l'efficacia e l'incidenza dell'opinione pubblica «fondata sull'argomentazione razionale, la libera circolazione delle conoscenze, la democrazia e il rispetto dell'altro»[15], alla cui formazione i magistrati, le loro associazioni, gli uffici giudiziari, il complesso degli apparati istituzionali di giustizia hanno il dovere di partecipare per contribuite alla corretta informazione, alla compiuta conoscenza, alla razionalità del dibattito pubblico, al rispetto di tutti gli interlocutori. Rispetto che implica fiducia nella fecondità del dialogo e del confronto, ma anche fiducia nella capacità di tutti gli attori democratici di farsi convincere o di convincere ovvero, il più delle volte, di accogliere una mediazione alta, che aiuti ciascuno e tutti a superare contrapposizioni paralizzanti per fare insieme un passo avanti. È l'impegno che può e deve proporsi la magistratura per contribuire alla tenuta democratica del Paese e al recupero di cultura e civiltà di cui la società necessita.

15. R. Parascandolo, *Internet: opinione…*, cit.

Farsi capire da Adam Henry e da tutti gli altri

di *Elisabetta Cesqui*

Una comunicazione trasparente è fondamentale per un corretto esercizio della giurisdizione, dare conto del proprio agire e del servizio reso alla generalità è questione che attiene la sua stessa legittimazione. L'informazione sull'attività degli uffici deve passare attraverso servizi dedicati, Bilanci sociali e una concezione più moderna delle relazioni dell'Ispettorato del ministero. L'informazione sui procedimenti, specie quelli di rilevante interesse per la generalità, deve trovare un punto di equilibrio tra le esigenze proprie del processo, il diritto di cronaca giudiziaria, la tutela della dignità delle persone e quella della riservatezza. Serve perciò una comunicazione gestita dagli uffici, costante, chiara, senza discriminazioni tra giornalisti. È necessario valorizzare, non mortificare l'intermediazione professionale degli operatori dell'informazione e rivedere il sistema normativo dei divieti e delle sanzioni. Condizione presupposta di una comunicazione corretta è la chiarezza, comprensibilità e appropriatezza dei provvedimenti e degli atti da comunicare. Un tentativo di conciliare le diverse esigenze nella nuova disciplina delle intercettazioni.

Nella sequenza centrale del film *The children act – Il Verdetto,* Emma Thompson, nel pronunciare la decisione con la quale autorizza i medici a sottoporre ad intervento chirurgico il quasi diciottenne Adam Henry, che quell'intervento vorrebbe rifiutare per coerenza con la sua convinzione religiosa e per fedeltà ai valori che fondano i suoi legami familiari, dà conto delle ragioni della sua decisione e dei passaggi che hanno portato alla sua formazione e quando afferma che il suo dovere di giudice è quello di salvaguardare la vita di Henry prima ancora che la sua dignità la decisione viene immediatamente percepita da tutti non solo come "conforme a diritto" ma anche come "giusta". Il medesimo passaggio nel libro da cui il film è tratto occupa quasi cinque pagine e contiene la descrizione particolareggiata di come la giudice Fiona Maye ricostruisce in Aula, al momento della decisione, i termini della questione, la posizione delle parti, i precedenti dei quali deve tener conto, le ragioni giuridiche, ma anche il sistema di valori fondamentali, che sostengono le sue conclusioni, insomma una completa motivazione contestuale orale, che non serve a dare maggiore forza al dispositivo, che è un ordine semplice da eseguire, quanto a rendere la sentenza comprensibile e perciò più facile da accettare. Ha ragione Paola Perrone che su questa *Rivista on line*[1] ha sottolineato come, dal punto di vista di un giurista, il punto essenziale che il film, e prima ancora e meglio il romanzo da cui è tratto, affronta, è quello dei limiti tra la legittimazione che viene dalle regole e il bisogno di chi giudica di conoscere le persone la cui vita, in qualche modo, si ha momentaneamente nelle mani, ma qualche interessante spunto di riflessione lo possiamo trarre anche sul terreno della comunicazione dell'attività giurisdizionale, che è meno lontano dal primo di quanto si possa sembrare. Un giudice che prima di leggere il dispositivo concludesse, come il giudice Maye dopo l'articolata motivazione contestuale dicendo «è stata una questione non facile da risolvere. Ho tenuto nel debito conto l'età di A., il rispetto della sua religione e la dignità individuale insita nel diritto di rifiutare le cure mediche. Ma è

1. www.questionegiustizia.it/articolo/il-verdetto-the-children-act-un-film-di-richard-eyre-2017_10-11-2018.php.

mia opinione che la vita di A sia più preziosa della sua dignità. Pertanto, in contrasto con il volere di A e dei suoi genitori, cosi dispongo: ...» sarebbe considerato qui da noi quantomeno stravagante e certamente una forma così diretta di chiarimento delle ragioni della decisione sarebbe impossibile in un processo penale con molti imputati, con imputazioni complesse, con pluralità di vicende, quei processi nei quali il solo arido dispositivo è lungo parecchie pagine. Non possiamo però liquidare la stravaganza del giudice Maye (sempre poi che Mc Ewan, notoriamente scrupolosissimo nella ricostruzione dei contesti professionali, ci abbia reso una rappresentazione realistica del giudizio) facendoci forti della diversità di contesto, della diversità di sistemi processuali, del diverso valore della motivazione scritta, delle diverse tradizioni culturali.

La comunicazione della attività e delle decisioni è un gesto di trasparenza e la trasparenza, quando riguarda il potere, è un esercizio di democrazia che non può che giovare alla società.

Se riconosciamo che il dare conto in modo diretto delle ragioni della giurisdizione e rendere trasparente il suo operato, non solo è utile, ma è doveroso, dobbiamo vedere come raggiungere questo obbiettivo nell'ambito del nostro sistema e delle nostre regole.

Sappiamo che la riflessione su questi temi è ormai più che matura, non parte da ora e non riguarda solo il nostro sistema. Nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003[2] c'è già quasi tutto. Destinatari di quella Raccomandazione sono sia le autorità giudiziarie che gli attori della comunicazione ed il principio fondante è il primo tra quelli elencati: «Il pubblico deve poter essere informato sull'attività delle autorità giudiziarie e di polizia attraverso i mezzi di comunicazione. Pertanto, i giornalisti devono avere la possibilità di riferire e commentare liberamente il funzionamento del sistema giudiziario penale, con le sole limitazioni previste ai sensi dei principi che seguono». Le limitazioni attengono alla tutela della privacy (principio 8) alla tutela della serenità del giudizio (principio 10) alla tutela dell'identità dei testimoni (principio 16) e ad una sorta di diritto all'oblio quando la condanna sia stata definitivamente scontata (principio 18), ma in capo all'autorità pubblica vengono posti dei veri e propri doveri: di accuratezza nel fornire le informazioni (principio 3) di non discriminazione tra i giornalisti all'accesso alle informazioni (principi 4 e 5), di periodica e regolare informazione sui processi di particolare rilevanza (principio 6). Il taglio interessante della Raccomandazione sta proprio in questo, che non assume la prospettiva del segreto per definire quello che è lecito e quello che non lo è, ma assume quella della "comunicazione dovuta", per definirne le modalità. Per questo non deve sorprendere se tra i principi non troviamo riferimenti ai divieti di comunicazione delle notizie segrete o di quelle che danneggiano le indagini. Anche il nostro approccio dovrebbe essere quello di regolamentare il lecito e di ridefinirne i confini con chiarezza, consentendone con coraggio la massima espansione compatibile con l'esigenza primaria del processo, che è quella dell'accertamento penale delle responsabilità.

Su quello di cui non si può parlare per esigenze investigative o perché sull'interesse alla informazione prevalgono altri diritti fondamentali costituzionalmente protetti occorre, come direbbe Wittgenstein, tacere, su tutto il resto, quando sia di pubblico interesse, bisogna dare una informazione corretta e senza discriminazioni tra giornalisti e testate.

Le «linee guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale» approvate dal Consiglio superiore della magistratura il 18 luglio del 2018, pur non prendendo posizione quanto alla necessità di ridefinire ed allargare i confini delle notizie comunicabili (né questo rientrava nella logica del documento) raccolgono e traducono in utili indicazioni le sollecitazioni e i contributi maturati in sede europea, nell'ambito della Scuola superiore ella magistratura, nella discussione aperta tra i colleghi più direttamente interessati e più sensibili a questi temi. La parte iniziale della delibera, ai punti 1 e 2, dà ampiamente conto del background documentale al quale il Consiglio ha fatto riferimento nell'elaborare le linee guida, non ultimi i lavori del seminario su *Giustizia e comunicazione* organizzato a Roma nell'ottobre del 2015 dalla Scuola superiore, dal Csm e dall'Ordine dei giornalisti a partire dal quale è stato promosso il *Tavolo di confronto: analisi del sistema giustizia nel mondo dell'informazione,* tenutosi al Ministero della giustizia nel maggio del 2017 cui hanno partecipato giudici e pubblici ministeri, rappresentanti della Scuola, del Ministero e del Csm, che è poi confluito nel corso della Scuola superiore tenuto nel giugno del 2017 sul *Sistema della giustizia nel mondo dell'informazione,* che in qualche modo intendeva trarre le fila di questo percorso. Sul tema della "giustizia penale e dell'informazione giudiziaria" il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Firenze ha condotto una ricerca, coordinata dal prof. Francesco Palazzo, i cui documenti sono stati pubblicati sulla Rivista trimestrale di *Diritto penale contemporaneo*[3]. La ricerca ha poi visto il suo momento conclusivo nel convegno organizzato dall'Università a

2. Raccomandazione (2003)13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottata il 10 luglio 2003.

3. *Diritto Penale contemporaneo*, 3/2017, http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/it/archivio/rivista-trimestrale-3-2017.

Firenze nel dicembre del 2017. Quegli atti costituiscono un riferimento essenziale per qualunque ulteriore elaborazione, poiché colgono tanto i nodi tecnico-giuridici che quelli politico-sociali del problema.

Quando parliamo di comunicazione e chiediamo un cambio di passo nell'approccio dei magistrati parliamo anche della comunicazione istituzionale degli uffici nelle sue varie forme. Già una risoluzione del 2010[4] il Csm coglieva lo stretto nesso tra rafforzamento della democrazia e rapporto trasparente del potere pubblico con la collettività sottolineando la necessità della costituzione presso il maggior numero possibili di uffici giudiziari, almeno presso tutte le corti d'appello, di Uffici rapporti con il pubblico che, attraverso l'attività di accoglienza e orientamento dell'utenza e di supporto alla gestione dei siti web, accorciassero le distanze e superassero le incomprensioni. Sappiamo quanto i problemi organizzativi e la carenza di personale abbiano reso difficile la crescita di queste esperienze anche negli uffici che vi avevano messo impegno. Allo stesso modo abbiamo visto come le medesime ristrettezze organizzative e l'intermittenza con la quale le amministrazioni locali sono state in grado di sostenere, anche economicamente, la predisposizione dei Bilanci sociali degli uffici, abbiano reso tali esercizi disomogenei e discontinui. Dove e quando è stato possibile dare conto in modo organico e completo alla collettività del servizio reso, delle risorse impiegate, di quelle recuperate, delle scelte organizzative fatte e delle loro ricadute sull'efficacia dell'azione pubblica, indubbiamente questo ha giovato (sempre che si sia detta la verità) a recuperare o consolidare un rapporto di fiducia con la società.

Sotto questo punto di vista l'Ispettorato del ministero può svolgere un ruolo essenziale, se vuole. L'ispezione dovrebbe essere infatti l'occasione per una revisione completa dell'organizzazione e dei servizi avvalendosi dell'esperienza e della competenza delle équipes ispettive, la relazione dovrebbe essere costruita proprio sul modello dei bilanci sociali e la pubblicazione della relazione sul sito del Ministero, secondo quanto già disposto dal ministro Orlando, dovrebbe rendere fruibile a tutti il risultato della verifica e comparabili tra loro gli uffici, specie se in condizioni dimensionali e funzionali analoghe. Tra i molti vantaggi questo renderebbe meno vaga la discussione sul rinnovo degli incarichi dirigenziali e sul conferimento di uffici direttivi quando l'aspirante ha già avuto modo di mettersi alla prova in un'altra sede, ma, per stare al tema che qui ci interessa, fornirebbe, utilizzando meglio le risorse disponibili senza assorbirne di nuove, un formidabile strumento di conoscenza e comunicazione del servizio reso dall'amministrazione.

Se si ha fiducia nella trasparenza, infatti, occorre favorirla ed avere il coraggio di praticarla.

Ma quando parliamo di comunicazione parliamo anche dei singoli procedimenti, degli atti, delle indagini, dei provvedimenti e delle sentenze e qui, prima che la pubblicità del dibattimento lasci confluire tutto in un unico bacino, abbiamo due diversi livelli: il primo, quello della comunicazione ai diretti interessati, che è interamente regolato dalle norme di procedura, e conosce regole e sanzioni, il secondo, quello della comunicazione all'esterno, che è privo di regole di condotta in positivo quanto alla comunicazione, ma è presidiato da un sistema ormai inadeguato di divieti: nessuna norma ti dice quello che devi fare (a differenza di quelle che regolano la comunicazione degli atti alle parti) alcune norme impongono divieti (di comunicazione, di pubblicazione, di esposizione dei contenuti) accompagnate da scarsamente efficaci e comunque assai poco praticate sanzioni. Facendo chiarezza a partire da entrambi i versanti; quello delle azioni in positivo e quello delle condotte vietate, è forse possibile trovare più facilmente il punto di equilibrio tra gli interessi, tutti meritevoli di tutela, che entrano in gioco quando il processo si confronta con la pubblica opinione.

Questo secondo livello passa necessariamente attraverso la intermediazione della comunicazione ed al suo interno il processo mediatico costituisce un sottoinsieme tanto patologico quanto diffuso. Il processo mediatico è l'esasperazione dell'interesse della pubblica opinione al processo, non è l'informazione che parla del processo, ma il processo che viene celebrato direttamente nell'universo parallelo dei media, con regole, rappresentazioni, protagonisti propri e con pene assai più rapide e non meno afflittive di quelle previste dalla giustizia reale, senza appello, cassazione o corte costituzionale. Quel «processo *agarantista,* dinanzi al quale il cittadino interessato ha, come unica garanzia di difesa, la querela per diffamazione»[5]. Nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 il primo presidente della Corte di cassazione Giovanni Canzio rilevava la problematicità di questo nodo: «L'opinione pubblica esprime spesso sentimenti di avversione per talune decisioni di proscioglimento o anche di condanna, se ritenute miti, pronunciate in casi che hanno formato oggetto di rilievo mediatico. Si scorge una frattura fra gli esiti dell'attività giudiziaria e le aspettative di giustizia, a prescindere da ogni valutazione circa la complessità

4. Ufficio relazioni con il pubblico e modalità di comunicazione degli Uffici giudiziari e del Consiglio superiore della magistrature – risoluzione del 26 luglio 2010.

5. Cass, sez. V, n. 3674/11 del 27 ottobre 2010, Gomez.

dei fatti, la validità delle prove, i principi di diritto applicati, le garanzie del processo, la tenuta logica della decisione. Il disorientamento nasce dalla discrasia spazio-temporale fra l'ipotesi di accusa, formulata nelle indagini, il pre-giudizio costruito nel processo mediatico parallelo, che s'instaura immediatamente, e le conclusioni dell'attività giudiziaria, che seguono a distanza di tempo dalle indagini, già di per sé troppo lunghe. In questa contraddizione s'annida il conflitto tra la giustizia "attesa" e la giustizia "applicata", con il pernicioso ribaltamento della presunzione d'innocenza dell'imputato. Talora sono lo stesso pubblico ministero, titolare delle indagini, o l'avvocato difensore a intessere un dialogo con i media e, tramite questi, con l'opinione pubblica: in tal caso, il corto circuito tra il rito mediatico e il processo penale è destinato ad accentuarsi. Si conferma, anche per questo aspetto, l'urgenza dell'intervento riformatore, diretto a restaurare le linee del giusto processo, ridando respiro all'accertamento della verità nel giudizio, secondo criteri di efficienza, ragionevole durata e rispetto delle garanzie. Nello stesso tempo, mi sembra che, per un verso, debbano essere ricostruite le linee dell'attrazione ordinamentale della figura del pubblico ministero nella cultura della giurisdizione (da cui, di fatto, è visibile, in alcuni casi, il distacco, per una sorta di spiccata autoreferenzialità, anche nei rapporti con la narrazione mediatica); e che, per altro verso, meriti di essere presa in seria considerazione la proposta di aprire talune finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini, piuttosto che prevedere interventi di tipo gerarchico o disciplinare.».

Il processo celebrato sui mezzi di informazione induce però anche un'altra deleteria deformazione, erodendo l'autorevolezza e la posizione di terzietà della magistratura e compromettendone la connaturata funzione di rafforzamento della fiducia dei cittadini nelle istituzioni. Il punto è colto nella risoluzione del 2010 del Consiglio superiore sulle modalità di comunicazione degli uffici giudizi che abbiamo prima richiamato: «È stata in particolare sottovalutata la circostanza che la rappresentazione della giustizia e della magistratura è oggi, troppo spesso, affidata solo all'informazione mediatica (soprattutto a quella televisiva) con la conseguenza che gli schemi utilizzati rischiano di togliere alla magistratura il ruolo di *super partes*, costringendola a schierarsi e a divenire parte. Non deve sfuggire, infatti, che i media si propongono sempre di più come mezzi di rappresentazione più accessibili, più espressivi, più fedeli alla realtà e più recettivi della diversità dei punti di vista, in breve più "semplici" rispetto al quadro procedurale in cui è iscritta un'aula di udienza. Tuttavia essi disintegrano quell'unità spazio temporale in cui si svolge il processo e contribuiscono a dare un'immagine della singola vicenda giudiziaria parziale, fuorviante e distonica rispetto al sistema processuale.».

Se perciò è persino troppo evidente che la prima esigenza è quella di abbreviare la discrasia spazio-temporale rispettando la ragionevole durata imposta dal giusto processo, è altrettanto importante che la giurisdizione si faccia carico, nei limiti delle sue possibilità, del governo della comunicazione assumendo rispetto ad essa un ruolo nè antagonista nè passivo.

Certo è del tutto illusorio pensare di arginare il problema prosciugando il serbatoio delle informazioni cui i mezzi di comunicazione possono attingere, allargando *ad libitum* l'ambito del segreto e rafforzando i divieti. D'altra parte questo assetto sconta un elevato tasso di ipocrisia poiché anche nei confronti dei tutori naturali del segreto, i pubblici ufficiali che ne sono depositari, il sistema delle sanzioni è in effetti più apparente che reale. Rarissimi son i casi in cui sono stati aperti procedimenti penali contro noti per il reato proprio di violazione del segreto ed è del tutto sconosciuto il ricorso al capoverso dell'art. 326 cp che, sanzionando l'agevolazione colposa nella rivelazione del segreto d'ufficio, ben avrebbe in più di un caso potuto punire negligenze, imperizie o violazione di norme extrapenali di magistrati, personale amministrativo o di polizia giudiziaria.

Il punto di equilibrio tra i valori e i diritti in gioco (e li possiamo richiamare con il solo elenco degli articoli della Costituzione cui rinviano: 21, 24, 107, 111) non lo si può stabilire arbitrariamente, non solo perché questo violerebbe uno o più di essi, ma perché valori e diritti conoscono una forza espansiva autonoma che tende comunque a recuperare lo spazio che gli viene ingiustamente sottratto. Sconfinamenti arbitrari cadrebbero poi sotto la mannaia certa della Corte costituzionale e ancor di più della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che su questo tema è da sempre molto sensibile. Giustamente ha osservato Glauco Giostra, parlando dell'accesso della pubblica opinione alla giustizia penale: «Questo accesso, infatti, non si pone in termini di opportunità, ma di necessità politica: per un ordinamento democratico moderno, prima ancora che essere utile una giustizia pubblica, è inconcepibile una giustizia segreta. Sottratta ad una efficace forma di *controllo da parte della società*, la repressione penale, che è il più incisivo mezzo di *controllo sulla società*, sviluppa fatalmente l'aspetto deteriore di quella politicità che le è connaturale, divenendo pericoloso strumento di affermazione di parte.[6]»

6. Glauco Giostra, *Processo penale e mass media*, in: *Criminalia* ,2007, p. 68.

La trasformazione della comunicazione attraverso la rete ed i *social* ha aggravato la situazione: in un mondo in cui una quantità indistinta di soggetti non solo vuole avere informazioni, ma pretende spesso, per averlo letto su *facebook*, di conoscere le cose di più e meglio dei diretti protagonisti ed in buona o cattiva fede mescola vero, probabile e falso è sempre più importante calmierare la comunicazione dando ufficialità alle informazioni e diventa prezioso valorizzare la intermediazione del giornalismo professionista che rimane pur sempre ancorato a regole, prassi di condotta ed ad un codice etico. È vero che il richiamo ai codici etici è spesso accolto con un sorrisino di circostanza e un'alzata di spalle, e lo stesso articolo 6 di quello dell'Associazione nazionale magistrati sembra totalmente sconosciuto a diversi di noi[7], ma intorno alla correttezza dell'informazione è stata costruito nel tempo, anche nel dialogo tra più ambiti professionali, un *background* di regole di *soft law* che sarebbe un errore minimizzare. Dalla Carta di Treviso, la cui prima stesura risale al 1990, sui rapporti tra informazione e infanzia[8], alla Carta di Roma del giugno del 2008 relativa all'informazione sui richiedenti asilo, vittime della tratta e migranti[9], alla confluenza delle diverse iniziative nel Testo unico dei doveri del giornalista approvato dal Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti il 27 gennaio del 2016[10], senza tenere conto che la delibera 13/2008 dell'Autorità Garante delle telecomunicazioni, nel formulare l'atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni televisive, sollecita emittenti e fornitori di servizi radiotelevisivi a adottare codici di autoregolamentazione [11] e il codice della privacy (d.lgs 193/2006 ora modificato dal d.lgs 10 agosto 2018 n. 101 in adeguamento alle disposizioni del Regolamento Ue 679 del 2016)[12] attribuisce al

7. Art. 6 - Rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa**:** Nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio.
Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni per ragioni del suo ufficio concernenti l'attività del suo ufficio o conosciute per ragioni di esso e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati.
Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa, così come in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione.
Evita di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica.

8. Vale la pena richiamare due punti specifici relativi ai procedimenti giudiziari: 1) i giornalisti sono tenuti ad osservare tutte le disposizioni penali, civili ed amministrative che regolano l'attività di informazione e di cronaca giudiziaria in materia di minori, in particolare di quelli coinvolti in procedimenti giudiziari;
4) per quanto riguarda i casi di affidamento o adozione e quelli di genitori separati o divorziati, fermo restando il diritto di cronaca e di critica circa le decisioni dell'autorità giudiziaria e l'utilità di articoli o inchieste, occorre comunque anche in questi casi tutelare l'anonimato del minore per non incidere sull'armonico sviluppo della sua personalità, evitando sensazionalismi e qualsiasi forma di speculazione. Ma ancora di più vale richiamare il *Vademecum* che ne è seguito nel 1995 e l'aggiornamento del 2006 che tiene conto delle osservazioni del garante della Privacy

9. Vedi, nel sito di questa *Rivista on line*, Paola Barretta, *Regole e principi per un buon giornalismo e non per un giornalismo buono: la nuova edizione delle linee guida della Carta di Roma,* www.questionegiustizia.it/articolo/regole-e-principi-per-un-buon-giornalismo-non-per-_15-10-2018.php.

10. Articolo 8: Cronaca giudiziaria e processi in tv il giornalista:
1. rispetta sempre e comunque il diritto alla presunzione di non colpevolezza. In caso di assoluzione o proscioglimento, ne dà notizia sempre con appropriato rilievo e aggiorna quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate *online*;
2. osserva la massima cautela nel diffondere nomi e immagini di persone incriminate per reati minori o condannate a pene lievissime, salvo i casi di particolare rilevanza sociale;
3. evita, nel riportare il contenuto di qualunque atto processuale o d'indagine, di citare persone il cui ruolo non sia essenziale per la comprensione dei fatti;
4. nelle trasmissioni televisive rispetta il principio del contraddittorio delle tesi, assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra i soggetti che le sostengono – comunque diversi dalle parti che si confrontano nel processo – garantendo il principio di buona fede e continenza nella corretta ricostruzione degli avvenimenti;
5. cura che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi.

11. Delibera n. 13/08/Csp Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive, adottato il 31 gennaio 2008 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 39 del 15 febbraio 2008.

12. Art. 2-*quater* (Regole deontologiche). 1. Il Garante promuove, nell'osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento dei dati personali, l'adozione di regole deontologiche per i trattamenti previsti dalle disposizioni di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettere c) ed e), 9, paragrafo 4, e al capo IX del Regolamento, ne verifica la conformità

rispetto del codice etico una più marcata vincolatività (art 2 *bis*, c. 4: Il rispetto delle disposizioni contenute nelle regole deontologiche di cui al comma 1 costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali.). È certo lungo l'elenco dei rimproveri che potremmo rivolgere alla categoria dei giornalisti, a molti di loro individualmente, ma è altrettanto grave il pericolo che il trionfo della disintermediazione si trasformi nella negazione della professionalità e dell'etica pubblica. D'altra parte già nel 2007 Glauco Giostra segnalava la «stretta interdipendenza tra la professionalità del cronista ed una informazione giudiziaria all'altezza del suo alto compito istituzionale» e rilevava come «Probabilmente proprio a causa del lamentato *deficit* di preparazione specialistica, il giornalismo giudiziario finisce sovente per trasmettere tantissime notizie e pochissima conoscenza in ordine alle cose della giustizia: il vero antidoto al segreto, infatti, non è l'accumulo delle notizie, ma l'intelligenza critica della vicenda giudiziaria"[13]. È necessario perciò tenere alto il livello professionale della mediazione giornalistica, non bypassarla.

Occorre che gli uffici giudiziari giudicanti e requirenti si facciano in prima persona carico del governo dell'informazione, con prudenza, cautela, misura, *self restraint,* ma con chiarezza e decisione, non ponendosi rispetto ad essa né come chi deve difendersi da un'aggressione e quando può contrattaccare a suono di divieti e sanzioni, né come uno che sale su un tram per fare più presto, godersi il panorama e scendere infastidito se non gli cedono il posto a sedere.

Gli americani hanno fatto della gestione mediatica dei procedimenti giudiziari una professione ed un servizio (*Litigation public relation* – Lpr) diretto a tutelare la reputazione dei soggetti e delle aziende coinvolte in un procedimento attraverso una efficace, strategica e tempestiva comunicazione con i mass media. Tradizionalmente si fa coincidere la nascita della attività di *Litigation public relations* agli anni 80 e alla gestione mediatica, affidata a professionisti, del processo nel quale il generale Westmoreland fece causa alla Cbs per un documentario sul Vietnam[14], di un tale supporto si è avvalsa Amanda Knox per rafforzare presso i media americani la convinzione della sua innocenza[15] e leggiamo, nella *brochure* dello studio australiano *John Connolly e partners*, che si accredita come il più importante nel settore: «senza una strategia di comunicazione che accompagni la strategia legale anche un esito giudiziario favorevole può causare significativi danni alla reputazione» e che «una comunicazione ben fatta limita i rischi, qualcosa alla quale nessuna azienda dovrebbe sottrarsi.».

È evidente che le esigenze della amministrazione della giustizia sono completamente diverse da quelle della tutela della reputazione sul mercato proprie delle compagnie, delle aziende private, dei singoli[16], ma ugualmente si deve avere la consapevolezza che il modo in cui l'amministrazione della giustizia viene

---

alle disposizioni vigenti, anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto.

2. Lo schema di regole deontologiche è sottoposto a consultazione pubblica per almeno sessanta giorni.

3. Conclusa la fase delle consultazioni, le regole deontologiche sono approvate dal Garante ai sensi dell'articolo 154-*bis*, comma 1, lettera b), pubblicate nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana e, con decreto del Ministro della giustizia, sono riportate nell'allegato A del presente codice.

4. Il rispetto delle disposizioni contenute nelle regole deontologiche di cui al comma 1 costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali.

Art. 139: (Regole deontologiche relative ad attività giornalistiche). 1. Il Garante promuove, ai sensi dell'articolo 2-*quater*, l'adozione da parte del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti di regole deontologiche relative al trattamento dei dati di cui all'articolo 136, che prevedono misure ed accorgimenti a garanzia degli interessati rapportate alla natura dei dati, in particolare per quanto riguarda quelli relativi alla salute e alla vita o all'orientamento sessuale. Le regole possono anche prevedere forme particolari per le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 del Regolamento.

2. Le regole deontologiche o le modificazioni od integrazioni alle stesse che non sono adottate dal Consiglio entro sei mesi dalla proposta del Garante sono adottate in via sostitutiva dal Garante e sono efficaci sino a quando diviene efficace una diversa disciplina secondo la procedura di cooperazione.

3. Le regole deontologiche e le disposizioni di modificazione ed integrazione divengono efficaci quindici giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ai sensi dell'articolo 2-quater.

4. In caso di violazione delle prescrizioni contenute nelle regole deontologiche, il Garante può vietare il trattamento ai sensi dell'articolo 58 del Regolamento.

5. Il Garante, in cooperazione con il Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti, prescrive eventuali misure e accorgimenti a garanzia degli interessati, che il Consiglio è tenuto a recepire.

13. Glauco Giostra, cit. p. 63

14. Peter W. Kaplan, *Public relations facet of Westmoreland Trial, 23 ottobre 1984,* in *New York Times*, www.nytimes.com/1984/10/23/arts/public-relations-a-facet-of-westmoreland-trial.html.

15. Paolo Marsala, *Comunicazione giudiziale e* litigation public relations, in *Sicurezza e scienze sociali*, Franco Angeli, 2013 fasc. 2, p. 90.

16. Paolo Marsala, ivi, p. 85.

percepita e comunicata è un tassello significativo del grado di fiducia che la società ripone in essa e che anche attraverso una comunicazione in qualche modo strutturata è più facile proteggere l'immagine di terzietà ed imparzialità della giurisdizione ed evitare la inutile sovraesposizione di singoli magistrati, molte volte subita, ma a volte impropriamente ricercata.

Il Comandamento per il quale «i giudici parlano solo con le sentenze», cioè attraverso i loro provvedimenti, è sacrosanto nei limiti in cui evoca in termini sintetici e discorsivi la stretta correlazione tra il principio di soggezione del giudice solo alla legge dell'articolo 101 cpv della Costituzione ed il fondamento, parimenti costituzionale, dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti previsto dall'articolo 111, c. 7, e nei limiti in cui ammonisce e al tempo stesso tutela il magistrato da possibili sovraesposizioni, ma ripetuto a sproposito, come un mantra, finisce per perdere significato e valore. Non è vero che i giudici parlano solo con le loro sentenze, parlano anche con i loro comportamenti, con il modo in cui organizzano gli uffici, con il modo in cui si pongono nei confronti di chi, vittima o reprobo che sia, incrocia il loro cammino nei luoghi della giustizia e non possono sottrarsi al dovere di rendere comprensibile il loro agire: «il giudice non parla solo con le sentenze, ma ha bisogno che le sue sentenze siano capite e comprese» ha detto Giorgio Lattanzi, presidente della Corte costituzionale, in una dichiarazione pubblica l'8 marzo del 2018. Potremmo dire perciò che è vero che il giudice parla con i suoi provvedimenti, ma è necessario che i provvedimenti "parlino" alle persone e alla generalità. E che il giudice non si esprima solo con le sentenze è doppiamente vero per il pubblico ministero che, pur non essendo giudice, è allo stesso titolo soggetto della giurisdizione, ma che sentenze non ne scrive ed i provvedimenti, sia pure motivando le richieste, per lo più li sollecita al giudice. Il problema della comunicazione si pone per le procure con specifica delicatezza perché per le procure, più che per le corti, vale l'epifania dei fatti prima della analisi dei testi (l'interesse mediatico di un procedimento esplode con l'esecuzione degli arresti, poi viene l'esegesi dell'ordinanza del tribunale della libertà e, per quanto eclatante, la condanna in primo grado pronunciata dal tribunale non è seguita dall'esecuzione in aula dell'arresto dell'imputato libero) e il loro operare è più strettamente connesso con la problematica della tutela del segreto, dei divieti di comunicazione e di pubblicazione. Non è senza una ragione se alla comunicazione delle procure si sia cercato di dare un assetto normativo e ordinamentale, rimettendo ancora quella delle corti alle raccomandazioni consiliari e all'iniziativa dei singoli.

Il problema di una comunicazione chiara ci porta così a ritroso al problema dell'oggetto della comunicazione perché tra i due momenti c'è un rapporto di stretta continuità. Anche su questo terreno non partiamo da zero ed il problema ci è chiaro da tempo. Affrontato sotto il profilo della sinteticità, esso pone fondamentalmente il tema della chiarezza e della non ridondanza delle richieste dirette alla giurisdizione e delle risposte che questa deve fare. Il problema si è posto prima con riferimento al giudizio civile ed in particolare in quello di cassazione, e di esso sono ora ben consapevoli anche i giudici penali[17].

Nell'ambito del procedimento penale, nella fase che precede il dibattimento pubblico, il problema della chiarezza e comprensibilità dell'atto assume però una valenza specifica ed ulteriore perché la non ridondanza non è solo una questione di sinteticità, ma anche di valore dell'appropriatezza dei provvedimenti, cioè di corrispondenza del loro contenuto alla funzione che il codice gli attribuisce e questo non è privo di riflessi sulla possibilità della loro comunicazione esterna senza che questo comporti lesioni di altri interessi meritevoli di tutela, specialmente di quelli attinenti al rispetto del principio di presunzione d'innocenza, alla reputazione, alla riservatezza, alla tutela della immagine dei soggetti a qualunque titolo coinvolti, interessi sacrificabili solo a fronte di un prevalente interesse pubblico alla conoscenza.

Guasti inenarrabili sono costantemente prodotti dalla cattiva abitudine diffusa in molti uffici di procura di riprodurre in forma alluvionale nelle richieste cautelari intere informative di polizia giudiziaria e centinaia di pagine di trascrizioni di intercettazioni

17. Possiamo richiamare in modo disordinato il protocollo siglato tra il Cnf e la Corte di cassazione il 17 dicembre del 2015 sulle «regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria»; le linee guida degli Osservatori della giustizia civile approvate dall'Assemblea nazionale degli osservatori dal 19 al 21 maggio del 2017, ed i molti protocolli concordati in sede locale; le "linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti» adottate con delibera del 5 luglio 2017 e il documento sulla loro prima attuazione approvato il 20 giugno 2018, ma soprattutto i lavori del gruppo di studio presieduto dal cons. Antonello Mura istituito presso il Ministero della giustizia con decreto del 9 febbraio 2016 e poi successivamente rinnovato ed integrato che, in tre successivi *steps*, per ciascuno dei quali è stata redatta una relazione, ha affrontato il problema della chiarezza e della sinteticità degli atti e dei provvedimenti prima con riferimento al giudizio di legittimità, poi a quello di impugnazione ed infine ai procedimenti di primo grado in ambito civile e penale. Con la relazione finale dell'ultima fase sono state formulate proposte di intervento sul codice di procedura civile e sul codice di procedura penale dirette a orientare le modalità di redazione degli atti sia per le parti che per i magistrati. Proprio dal 28 al 30 novembre di quest'anno è programmato un corso della Scuola superiore della magistratura sulla "tecnica dei provvedimenti penali", rivolto ai giudici, che, in uno dei gruppi di lavoro, si propone di affrontare il tema della rappresentazione nelle decisioni delle intercettazioni telefoniche. Analoga iniziativa sarebbe estremamente utile nei confronti degli uffici di procura.

telefoniche, e danni ancora peggiori si sono prodotti riversando materiale affastellato in provvedimenti di perquisizione e di sequestro, non di rado proprio al fine di pilotare interessatamente il travaso di materiale investigativo dalla zona protetta del "segreto interno" tutelato dall'articolo 329 cpp, sanzionato per i pubblici ufficiali dall'articolo 326 cp e sottratto ad ogni possibilità di pubblicazione dall'articolo 114, c 1, cpp, nella più esposta prateria del "segreto esterno", cioè degli atti non segreti, ma tuttavia non pubblicabili, alla quale i successivi cinque commi dell'articolo 114 cpp riservano una disciplina tanto confusa quanto di fatto sottratta ad ogni sanzione[18]. Il cattivo costume e la vera e propria scorrettezza emergono con tanta maggiore evidenza quanto più grande è la sproporzione tra la funzione dell'atto e la incongruente elefantiasi della sua motivazione. Non è facile formulare norme processuali che affrontino questa stortura e lo stesso strumento disciplinare non è di semplice praticabilità[19], ma certamente i nodi della comunicazione si possono sciogliere solo partendo dalla corretta redazione degli atti. In questo senso sono concordi le opinioni di magistrati, accademici e avvocati espresse negli incontri e nei confronti sul tema. D'altra parte la prospettiva della conoscibilità degli atti dovrebbe a sua volta favorire la redazione di atti migliori: «Per quanto riguarda la magistratura proprio la consapevolezza della integrale pubblicabilità dovrebbe operare come ulteriore incentivo, per pm dapprima e per gip poi, ad esercitare un rigoroso *self-restraint* nella motivazione delle richieste e delle ordinanze, in particolare nella citazione di intercettazioni telefoniche[20]». Si tratta di innestare un circuito virtuoso che leghi modalità di redazione degli atti e loro modalità di comunicazione pubblica.

Per far fronte alla prassi impropria delle motivazioni affastellate il legislatore ha previsto come causa di nullità dell'ordinanza cautelare la mancanza dell'autonoma valutazione delle esigenze cautelari e degli indizi[21], anche se in questo caso l'esigenza primaria era quella di assicurare, attraverso il controllo della motivazione, che non vi fosse da parte del gip una ricezione acritica delle richieste della procura e da parte del destinatario della misura la piena consapevolezza che la decisione che lo colpiva fosse il frutto di un vaglio ben ponderato fatto da un giudice e non da una parte, per quanto pubblica, del processo.

Anche il d.lgs 29 dicembre 2017 n. 216, in attuazione della legge 23 giugno 2017 n.103 nel punto di delega relativo alla riforma delle intercettazioni, pur non prevedendo nuove cause di nullità, cerca di innestare il circuito virtuoso prima richiamato.

La necessità di un presidio rafforzato della riservatezza delle intercettazioni telefoniche non aventi rilevanza processuale e che espongono inutilmente la vita privata delle persone solo indirettamente coinvolte in una indagine, ha portato ad una soluzione normativa che, accompagnata da vivaci polemiche in fase di elaborazione, è stata poi per lo più riconosciuta come equilibrata. D'altra parte anche color che dubitano dell'opportunità, in genere, di riconoscere al pm un compito di selezione degli atti da sottrarre alla possibilità di pubblicazione, riconoscono tale selezione indispensabile quanto alle intercettazioni[22]. Il decreto legislativo prevede, anche se in questa parte l'efficacia della norma è stata rinviata al 31 marzo 2019, che sono coperte dal segreto previsto dall'art. 329 cp anche le «richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste[23]», mentre le ordinanze cautelari sono espressamente escluse dal divieto di pubblicazione previsto dall'articolo 114, c. 2), cpp[24]. Al tempo stesso modifica gli articoli 291 e 292 del cpp prevedendo che, quando sia necessario ai fini della richiesta o ai fini dell'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi, delle comunicazioni o conversazioni intercettate sono riprodotti soltanto il brani essenziali[25]. Nella ricerca di quel bilanciamento

18. Renzo Orlandi, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo trimestrale*, n. 3/2107, pp. 53 ss., http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/Orlandi_Dpc_Trim_3_17.pdf; Roberto Bartoli, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, ivi, p. 65 http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/Bartoli__Dpc_Trim_3_17.pdf.

19. Sezione Disciplinare del Csm, sent. 17 febbraio 2012 n. 45.

20. Edmondo Bruti Liberati, *Prassi disciplina e prospettive dell'informazione giudiziaria*, intervento al convegno conclusivo dei lavori del gruppo coordinato dal prof. Palazzi, richiamato nel testo, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 gennaio 2018 www.penalecontemporaneo.it/d/5807-prassi-disciplina-e-prospettive-dell-informazione-giudiziaria.

21. Modifica introdotta dall'art. 8 l. 16 aprile 2015 n. 8.

22. Roberto Bartoli, ivi, pag. 7.

23. Art. 2, c. 1, lett f).

24. Art. 2, c. 1, lett b).

25. Art. 3, c. 1, lett e) n.2.

tra interessi delle indagini, diritto di cronaca giudiziaria e diritto alla riservatezza che la riforma ha tentato di ridefinire[26] questi tre segmenti sono tra loro collegati. La prima esigenza era quella di rafforzare il vincolo del segreto sulle intercettazioni irrilevanti. La legge lo fa istituendo l'archivio riservato (e non è questa la sede per affrontare questo tema) sulla base della evidente costatazione che la possibilità di mantenere un segreto è inversamente proporzionale al numero di persone che ne è a conoscenza, e di conseguenza estende la tutela anche alle richieste e ai provvedimenti autorizzatori, che la legge vuole, quando non prodotti per l'emissione della misura, che rimangano nell'archivio riservato. La seconda esigenza era quella di ostacolare il riversamento in blocco di trascrizioni di intercettazioni nella motivazione dei provvedimenti, orientando pubblici ministeri e giudici ad una selezione mirata di quelle significative. Intorno a tale previsione, anche in conseguenza di una prima non felice formulazione del testo nella fase di elaborazione del decreto legislativo, sono state fatte molte polemiche ed alcune facili ironie, ma chiunque si sia confrontato con fluviali trascrizioni, spesso dialettali, all'esito delle quali viene apoditticamente affermata l'evidenza della loro efficacia dimostrativa, sa bene che si tratta di una modalità redazionale non solo defatigante, ma di fatto elusiva della funzione propria dell'obbligo di motivazione. La terza esigenza era quella di consentire, a provvedimenti cautelari finalmente redatti in modo più corretto, di superare ogni ostacolo che potesse frapporsi alla loro conoscibilità. I limiti della delega impedivano una riformulazione dell'art. 114 cpp, certamente necessaria, ma la esplicita indicazione dell'esclusione delle ordinanze cautelari dal suo ambito supera le remore e le esitazioni che, nei fatti[27], tendono ad estendere anche ai provvedimenti un divieto che dovrebbe riguardare solo gli atti di indagine. Allo stato è forse prematura e impraticabile la eliminazione in radice del potere di filtro che l'articolo 116 cpp attribuisce al giudice e al pm, ma occorre trovare forme di effettiva garanzia del diritto di cronaca giudiziaria. Infine, proprio per consentire l'acquisizione di un *habitus* mentale più corretto nella redazione dei provvedimenti, quale premessa per una loro più facile e ampia comunicazione, l'articolo 9, c. 2, del decreto legislativo, differiva l'efficacia della modifica dell'articolo 114 cpp ad un anno dalla sua entrata in vigore (26 gennaio 2018), mentre il nuovo regime delle intercettazioni si sarebbe dovuto applicare alle intercettazioni disposte dopo sei mesi. Il differimento di tale ultimo termine al 31 marzo 2019[28], inverte la successione temporale della effettiva applicazione, ma non tocca la modifica dell'articolo 114 cpp, che sarà pienamente operativa dal 26 gennaio del 2019.

Ma per concludere sul tema del rapporto tra processo e comunicazione è possibile individuare una serie di paletti all'interno dei quali incanalare la riflessione individuando alcuni passaggi significativi: a) provvedimenti "appropriati" e redatti con chiarezza; b) massima limitazione dell'area del "segreto necessario" ma un suo presidio effettivo con sanzioni severe e praticate; c) adozione di un costume costante di informazione tempestiva da parte degli uffici nei confronti della stampa che riguardi le cadenze processuali, la programmazione delle attività, il contenuto dei provvedimenti ed il loro senso; d) valorizzazione dei rapporti con la stampa professionale e parità di trattamento nell'accesso alle informazioni; d) riduzione massima dei limiti posti alla comunicazione di quanto non sia oggetto di segreto necessario.

26. V. in questa *Rivista on line, Se telefonando...* interventi di G. Cascini, E. Cesqui, V. Spigarelli

27. Luigi Ferrarellla, «"*il giro della morte*": *il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*», *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017 p. 18, http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/Ferrarella_Dpc_Trim_3_17.pdf: «L'illuminata convinzione teorica espressa dal professor Renzo Orlandi nel proprio studio circa il fatto che il diritto di cronaca legittimi il giornalista a chiedere ed ottenere l'accesso ad atti (non più coperto da segreto interno) acquisibili da "chiunque vi abbia interesse" in forza dell'articolo 116 cpp, nella pratica quotidiana si traduce invece nella frustrazione del rigetto immancabilmente opposto dai giudici ai giornalisti che avanzino questa istanza.».

28. Articolo 2, c. 1, dl 25 luglio 2018, n. 91, conv. l. 21 settembre 2018 n. 108, che modifica il primo comma dell'articolo 9 del d.lgs n. 216/17.

Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare

di *Nello Rossi*

Per la magistratura degli anni '50 e '60 valeva la regola non scritta ma ferrea del silenzio. Una vera e propria arte di tacere, frutto dell'omogeneità con la classe dominante e pegno della irresponsabilità sociale e culturale per le decisioni assunte. La stagione del risveglio sociale e culturale dei magistrati coincide con la loro presa di parola ed avvia un lungo percorso evolutivo, a più riprese contrastato, insidiato e revocato in dubbio. È un itinerario che si snoda attraverso diverse tappe: dalla difesa della libertà di manifestazione del pensiero nei confronti delle iniziative disciplinari all'elaborazione di un'etica del discorso pubblico del magistrato sino all'affermazione di un moderno e compiuto diritto-dovere di spiegare e di spiegarsi che appartiene agli uffici giudiziari ed all'occorrenza a ciascun singolo magistrato. Ma c'è un lavoro di lunga lena da fare per presidiare il confine tra libertà e prepotenze e perché la scelta per la comunicazione non sia solo una rivoluzione dall'alto...

1. L'arte di tacere e la presa di parola della magistratura

In un libretto, non propriamente "aureo", del 1771 l'abate Joseph Dinouart, illustra diffusamente l'arte di tacere.

Naturalmente *L'Arte di tacere*[1] è in larga misura un libro sulla parola e sulla scrittura, come l'abate stesso ammette già nell'introduzione: «Trattando del silenzio, *farò ... spesso riflessioni sulla parola, al fine di spiegare più chiaramente l'uno in relazione all'altra, o meglio di spiegarli tutti e due insieme, mettendo accuratamente in evidenza ciò che riguarda le regole del silenzio*».

La preoccupazione che muove, ispira e percorre l'intera riflessione dell'ecclesiastico è che un esercizio inappropriato della parola da parte dei religiosi possa compromettere agli occhi dei fedeli la sacralità del corpo dei chierici, al quale anch'egli appartiene.

Di qui una lunga elencazione dei «*principi necessari per tacere*» ed una analitica descrizione dei diversi tipi di silenzio: prudente e artificioso, compiacente e canzonatorio, spirituale e stupido, di plauso e sprezzante, politico, dell'umore, del capriccio. Il tutto per giungere alla salomonica conclusione che «*il primo grado della saggezza è saper tacere; il secondo è saper parlare poco e moderarsi nel discorso; il terzo è saper parlare molto, senza parlar male né troppo*».

Ora, come non vedere le assonanze tra l'elogio del silenzio e della prudenza untuosamente presentato ai chierici come il più sicuro scudo della loro autorità e la lunga stagione di silenzioso esercizio del potere di giudicare da parte della magistratura italiana degli anni '50 e '60?

Lo sappiamo bene: quella magistratura restava silenziosa in pubblico per ragioni politiche e di difesa corporativa.

Da un lato essa era profondamente omogenea, socialmente e culturalmente, alla classe dominante e perciò non sentiva quasi mai il bisogno di prendere la parola per criticare leggi o politiche del giudiziario o dell'ordine pubblico.

Dall'altro lato, la scelta del silenzio e l'assenza dei magistrati nel dibattito pubblico rappresentavano il

1. Abate Dinouart, *L'art de se taire, principalment en matièere de religion*, ed.it. *L'arte di tacere*, 1989, Palermo, Sellerio.

naturale e prudente corollario della asserita neutralità della corporazione e concorrevano ad opporre un ostacolo invalicabile ad ogni assunzione di responsabilità sociale e culturale del singolo magistrato per le decisioni assunte.

Pur non essendo affatto gli "esseri inanimati" di cui aveva favoleggiato nella sua prima stagione l'illuminismo, i giudici del secondo dopoguerra condividevano almeno un tratto essenziale dell'introvabile être *inanimé*: il silenzio.

Il progressivo risveglio culturale e sociale della magistratura che parte dalla metà degli anni 60 pone fine alla lunga atrofia della parola e del senso critico.

Ma non è una scelta indolore. Al contrario essa genera una lunghissima catena di conflitti, interni ed esterni al corpo giudiziario, che pur mutando più volte di forma e di contenuto nel corso dei decenni si prolunga sino ad oggi.

Dall'originaria e aspra polemica contro le "interferenze" (così venivano definite tutte le critiche di provvedimenti giudiziari da parte di magistrati) si passa ai dissensi nell'interpretare lo spazio di libertà espressiva dei magistrati ed ai molteplici conati di repressione, in sede di giudizio disciplinare, della manifestazione del pensiero nelle sue diverse forme: critica politica o degli assetti interni del giudiziario, polemica contro determinate sentenze o sulla condotta di magistrati, principalmente capi degli uffici giudiziari, perfino romanzi o libri ritenuti non edificanti.

L'intimazione del silenzio ed i tentativi di repressione della parola pubblica dei magistrati hanno un bersaglio costante e prediletto: i discorsi o gli scritti, critici o polemici, formulati "in volgare", nella lingua di tutti e non nel linguaggio o gergo giuridico, astratto, formale e incomprensibile ai più.

Sono sempre le parole del linguaggio comune, così diverse dal "latino" dei chierici, veicolate attraverso canali comunicativi di ampia diffusione come la stampa o la televisione, ad irritare, a scandalizzare, a suscitare reazioni, a sollecitare l'impiego dell'azione disciplinare. Arma, quest'ultima, che si rivela spesso spuntata e perdente ma solo all'esito di faticosi giudizi della Sezione disciplinare e di sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione chiamata a decidere delle impugnazioni delle decisioni del giudice disciplinare.

La storia della parola e del silenzio dei magistrati è parte essenziale della storia della magistratura (o meglio della vicenda della magistratura nella storia del Paese) e di tale storia ha scandito tappe e svolte, fornendo elementi utilissimi per le sue possibili periodizzazioni e per i suoi grandi quadri.

Ma anche se non v'è storia della magistratura che non dedichi un ampio spazio alle divergenze ed alle controversie suscitate dalle pubbliche manifestazioni del pensiero dei giudici[2] una vera e propria storia della parola pubblica dei magistrati e dei loro prudenti silenzi resta in larga misura ancora da scrivere.

In attesa che il tema sia affrontato con il necessario respiro, ci si dovrà accontentare di una istantanea che fotografi il presente e di un esercizio di previsione del futuro.

Con una duplice avvertenza.

Nel descrivere il presente si dovrà sempre ricordare che esso costituisce il punto d'approdo di un lungo e tortuoso percorso che possiamo definire di "progresso" verso più ampi spazi di libertà espressiva del singolo magistrato e della magistratura nel suo complesso; ma, al tempo stesso, questo approdo è costantemente sottoposto a tensioni capaci di determinare arretramenti e regressioni.

C'è, dunque, una frontiera tuttora mobile da presidiare senza esitazioni o tentennamenti.

Nel ragionare delle trasformazioni in atto e del futuro occorrerà poi discutere come alla irrinunciabile rivendicazione della libertà del singolo magistrato possa e debba affiancarsi una più ampia libertà – e per certi versi un più ampio dovere – di spiegare e di spiegarsi, che permetta alla magistratura di essere una componente attiva, responsabile e incisiva della moderna società della comunicazione.

2. Sulla libertà di parola dei magistrati; il cielo sereno dei principi...

Il quadro dei principi è sin troppo noto perché vi si debba soffermare a lungo. Ma l'osservazione del presente testimonia che per i magistrati resta perennemente ed altamente instabile l'equilibrio tra parola pubblica e riserbo, tra libertà di manifestare il pensiero e i doveri speciali connessi alla funzione esercitata.

Sin dalle sue prime decisioni, e in una linea di assoluta continuità ideale e giuridica, la Corte costituzionale ha dedicato alla libertà di manifestazione

2. Su questi aspetti diffusamente E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, Laterza 2018, che esamina il tema a partire dai "fermenti innovativi" e dai "richiami all'ordine" degli anni 60 nei confronti dei magistrati che scrivevano "troppo ed incontrollatamente" (ivi, pp. 45 e ss). Attenzione a questa problematica dedica anche A. Meniconi, *Storia della magistratura in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2012. Sulle battaglie per la libertà di manifestazione del pensiero si soffermano ampiamente G. Palombarini - G. Viglietta nel loro libro *La Costituzione e i diritti. Una storia italiana*, Napoli, ESI, 2011, che ripercorre la vicenda di Magistratura democratica dal primo governo di centro sinistra all'ultimo governo Berlusconi (cfr. in particolare le pp.180 e ss. dedicate alle manifestazioni del pensiero ed alla loro repressione disciplinare).

del pensiero alcune delle sue pagine più alte ed approfondite: qualificandola come «una di quelle *che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato*» (sentenza n. 9 del 1965); indicando nel diritto di cui all'articolo 21 della Costituzione «*il più alto, forse... dei diritti primari e fondamentali garantiti dal testo costituzionale*» (sentenza n. 168 del 1971); inserendo la libertà tra «*i diritti inviolabili dell'uomo*» *di cui all'articolo 2 della Costituzione* (sentenza n. 126 del 1985); rivendicando il suo carattere di «*pietra angolare dell'ordine democratico*» (sentenza n. 84 del 1969).

Nell'opera preziosa di continuo ed indispensabile contemperamento tra beni e interessi costituzionalmente garantiti è stata però costante – a partire dalla sentenza 7 maggio 1981, n. 100 – la sottolineatura che è necessario un equilibrato bilanciamento tra il diritto del magistrato di manifestare liberamente le proprie opinioni sancito dall'articolo 21 della Costituzione e i beni anch'essi garantiti e protetti dalla Carta dell'indipendenza, dell'imparzialità, della credibilità della funzione giudiziaria.

Un tale bilanciamento – aggiunge il giudice costituzionale – non comprime la libertà di manifestare il pensiero ma ne vieta l'esercizio anomalo e cioè l'abuso che si concreta quando sia pregiudicata l'indipendenza e risultino lesi i valori della imparzialità e credibilità.

Se questo è il perimetro costituzionale entro cui vive ed è garantita la libertà di parola dei magistrati dell'accusa e dei giudici, quali dinamiche reali, quali tensioni, quali contrasti si sono sviluppati all'interno di quest'area?

E soprattutto in quali mani è stata la bilancia utilizzata per soppesare libertà di parola e doveri (di volta in volta di osservanza del segreto, di riserbo, di correttezza) dei particolari cittadini che svolgono funzioni giudiziarie?

3. ... e le tensioni della realtà effettuale

A lungo, sino all'entrata in vigore di un vero e proprio codice disciplinare, datato 2006, la bilancia è stata esclusivamente nelle mani di giudici: i componenti, togati e laici, della Sezione disciplinare del Csm ed i giudici della Corte di cassazione chiamati, nelle Sezioni unite civili, a decidere i ricorsi avverso le sentenze della Sezione disciplinare.

È infatti sopravvissuta sino al 2006, la formula "incriminatrice", generica ed indefinita, contenuta nell'articolo 18 della legge sulle guarentigie, secondo cui era assoggettato a sanzione disciplinare il magistrato che avesse mancato «*ai suoi doveri*» o avesse tenuto «*in ufficio o fuori*» una condotta tale da renderlo immeritevole «*della fiducia e della considerazione di cui deve godere*» o, infine, avesse compromesso «*il prestigio dell'ordine giudiziario*».

Con l'effetto di dar vita ad un diritto disciplinare di fonte esclusivamente giurisprudenziale, largamente imprevedibile per i suoi destinatari e soggetto a rilevanti oscillazioni tanto nella formulazione delle incolpazioni quanto nelle pronunce della Sezione disciplinare del Csm.

Analogamente, sul piano procedurale, nonostante singole modifiche legislative ed interventi della Corte costituzionale, il procedimento disciplinare è rimasto a lungo (e per la verità è tuttora) caratterizzato da residui di tipo amministrativo e di impronta inquisitoria in grado di limitare il principio di parità tra accusa e difesa.

Nella sfera della parola e del silenzio, ovvero della libertà di manifestazione del pensiero e del dovere di riserbo, l'indeterminatezza della norma incriminatrice aveva mantenuto aperta la strada a discutibili iniziative disciplinari del ministro della giustizia e del procuratore generale presso la Corte di cassazione.

Ma è la stagione del conflitto politica magistratura, aperta dai processi di Tangentopoli e profondamente segnata dal ridimensionamento dell'immunità parlamentare, a fare emergere i casi più eclatanti.

In quel periodo i promotori dell'azione disciplinare concentrano la loro attenzione sulle critiche mosse da magistrati al proprio o ad altri uffici giudiziari e sulle dichiarazioni pubbliche che in vario modo intersecano i procedimenti trattati.

Sul primo versante il giudice disciplinare tiene però fermo il diritto di critica pubblica della organizzazione degli uffici e della distribuzione degli affari[3].

Anche sul terreno delle dichiarazioni pubbliche di critica politica *tout court* o in qualche modo connesse ai procedimenti trattati dal magistrato autore delle dichiarazioni, l'orientamento della Sezione disciplinare è prevalentemente improntato a criteri liberali.

E ciò fa si che (come ad esempio nel caso di una intervista rilasciata da Gherardo Colombo al Corriere della Sera) magistrati responsabili di indagini di grande rilevanza siano assolti da incolpazioni disci-

3. Cfr. Csm, Sez. disc. 6.4.2004 in questa *Rivista*, edizione cartacea, n. 4/2004, Franco Angeli, Milano, p. 811, con nota di Teresa Massa, *Per non "disciplinare" la libertà di manifestazione del pensiero del magistrato.* Il caso riguardava una intervista rilasciata ad un quotidiano da un sostituto procuratore contenente critiche al procuratore ed al Csm sulla trattazione di un procedimento, nella quale non era stato superato il limite della "continenza".

plinari miranti a reprimere la manifestazione di opinioni critiche sul Governo e sulla maggioranza politica del momento.

In un caso poi il giudice disciplinare enuncia un principio particolarmente innovativo ai fini che qui interessano. Con la decisione del 25.2.2000 la Sezione disciplinare supera infatti la tradizionale impostazione di salvaguardia della libertà di espressione per far emergere un embrionale diritto-dovere di comunicazione. Al magistrato incolpato viene infatti riconosciuta – laddove gli organi di stampa abbiano fornito un'informazione carente o imprecisa – la facoltà di fornire informazioni dirette a evitare fraintendimenti o false rappresentazioni della condotta sua e dell'ufficio di appartenenza. Tale facoltà, aggiunge il giudice disciplinare, coincide con l'interesse pubblico ad una corretta e veritiera informazione sull'operato dell'ufficio e sulle modalità di esercizio dell'attività giudiziaria[4].

4. Un tentativo abortito: il ripristino della regola del silenzio

Non è azzardato ritenere che propri tali orientamenti liberali del giudice disciplinare e gli insuccessi dell'iniziativa disciplinare sul fronte della libertà di espressione abbiano suggerito la stretta liberticida del codice disciplinare voluto dal Ministro Castelli.

Nel testo del codice disciplinare (contenuto nel d.lgs n. 109 del 23.2. 2006), varato ma non entrato in vigore nella sua originaria formulazione perché preventivamente abrogato in più punti da una legge voluta dal Governo Prodi (l. n. 269 del 2006), erano infatti contenute disposizioni capaci di promuovere una repressione indiscriminata e brutale della parola pubblica dei magistrati.

Ed infatti l'articolo 2 bb) del decreto legislativo sanzionava disciplinarmente «*il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura*», mentre l'articolo 3 lett. f) qualificava come illecito disciplinare «*la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo*».

A corredo di queste previsioni stava poi la norma di chiusura dell'articolo 3 lett. l) del decreto che includeva tra gli illeciti «*ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza*». Norma, questa, destinata a trovare nella parola pubblica e nella partecipazione alla vita sociale del magistrato il suo campo elettivo di applicazione.

Un diritto disciplinare dell'apparenza, dunque, che grazie all'ampio uso di formule tanto indeterminate quanto minacciose, avrebbe dovuto ripristinare il silenzio come indiscussa regola di condotta dei magistrati sia nell'esercizio delle funzioni che nella dimensione pubblica.

Come si è detto la mordacchia ai magistrati, giustamente evocata per definire le norme ora richiamate, non è stata applicata.

Al termine di una confusa e convulsa vicenda parlamentare venne infatti emanata la legge n. 269 del 2006 che, con una tecnica da *referendum* abrogativo, cancellò le disposizioni "incriminatrici" più vaghe, indeterminate e repressive, restituendo nel contempo anche alla procedura disciplinare una più accettabile fisionomia.

Il tentativo di ripristinare, per via disciplinare, la regola del silenzio era abortito[5]. E cessava anche la stagione del diritto disciplinare di fonte esclusivamente giurisprudenziale.

Le disposizioni residue del codice disciplinare in materia di segreto e di dovere di riserbo offrirono una nuova cornice entro cui collocare la libertà di manifestazione del pensiero[6]. Ma, come si vedrà, su questo fronte perennemente tormentato, i conflitti non erano destinati a finire.

---

4. Csm, Sez. disc., 25.2.2000, est. Rossi, confermata da Sez. un., 12.10.2000, n. 5, in questa *Rivista*, edizione cartacea, n. 2/2001, Franco Angeli, Milano, p. 378, con nota di L. Pepino, *Il caso Davigo e il "dovere di riserbo" del magistrato.*

5. Della gravità dell'attacco alla loro libertà di parola la più gran parte dei magistrati avvertì relativamente poco, per l'andamento accidentato e oscuro dei lavori parlamentari e soprattutto perché non ha avuto modo di sperimentarne gli effetti, potenzialmente micidiali, in ragione della provvidenziale cancellazione "prima" della entrata in vigore delle norme ricordate.

6. Nel testo vigente del codice disciplinare (d.lgs n. 109 del 23.2. 2006, come modificato dalla legge n. 269 del 2006) rientrano tra le violazioni del dovere di riserbo:
-*la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui* (articolo 2, lett. u);
-*le pubbliche dichiarazioni o interviste che, sotto qualsiasi profilo, riguardino i soggetti a qualsivoglia titolo coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria* (articolo 2, lett.v);
- *il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati* (articolo 2, lett. aa).

5. L'elaborazione di un'etica del discorso pubblico dei magistrati

Non è stato solo il giudice disciplinare o il legislatore ad intervenire sul delicato terreno del discorso pubblico dei magistrati.

In parallelo alle vicende giurisprudenziali e legislative sin qui rievocate si è sviluppata, su impulso del legislatore, l'elaborazione da parte della stessa magistratura di un'etica dell'intervento pubblico dei giudici.

L'articolo 58 *bis* del d.lgs n. 29/93 del 3 febbraio 1993, n. 29, che dettava norme in materia di «*Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*» prevedeva che la presidenza del Consiglio dei ministri, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative adottasse codici di comportamento dei dipendenti pubblici.

Per le magistrature, invece, si stabiliva che l'introduzione di codici etici avvenisse ad opera degli organi delle associazioni di categoria, entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 29, da sottoporre poi all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. Decorso inutilmente il termine fissato dal legislatore il codice sarebbe stato adottato dall'organo di autogoverno.

L'Associazione nazionale magistrati venne dunque stimolata dal legislatore alla redazione di un codice etico e in qualche misura messa in mora perché la sua inerzia avrebbe significato attribuire al Csm il compito della redazione del codice.

Ne scaturì il primo testo del codice etico della magistratura risalente al 1994, poi ritoccato nel 2010 per adeguarlo alla società della informazione e della comunicazione ed alla accresciuta sensibilità sulla questione morale[7].

In entrambi i testi del codice è l'articolo 6 a regolare i rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa.

Leggiamolo integralmente nella versione oggi in vigore.

«*Nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio.*

Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni per ragioni del suo ufficio concernenti l'attività del suo ufficio o conosciute per ragioni di esso e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati.

Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa, così come in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione. Evita di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica.».

Come è agevole constatare non è affatto una regola di silenzio che il codice etico prescrive ai magistrati.

La norma delimita con chiarezza le condotte eticamente riprovevoli: sollecitare la pubblicità sul proprio operato o sul proprio ufficio; costituire canali privilegiati con il mondo dell'informazione; non partecipare ai processi simulati o anticipati in televisione per evitare di accreditarli con la presenza di un magistrato.

Implicito, ma non per questo meno significativo sotto il profilo etico, l'invito al magistrato a non svolgere – salvo il caso di reali esigenze di chiarificazione e correzione di artificiose rappresentazioni mediatiche – interventi pubblici sui propri processi, nei quali egli parla già con i suoi atti giudiziari e non può gettare sulla bilancia il peso ulteriore e truccato di un parallelo intervento mediatico.

Al di là di questi confini la norma del codice etico è assai più regola della parola appropriata che regola del silenzio se è vero che la parola pubblica del magistrato è considerata utile e doverosa tutte le volte

---

7. Il testo del codice aggiornato è pubblicato sul sito dell'Associazione nazionale magistrati.
Chi scrive ha avuto la ventura di concorrere alla stesura del primo codice etico ed al suo aggiornamento nel 2010.Nel 1993 venne individuato un piccolo gruppo di lavoro composto da Gioacchino Izzo, Gabriella Luccioli, Nello Rossi e Vladimiro Zagrebelsky, incaricato di redigere il testo base del codice da sottoporre poi alla discussione ed all'approvazione degli organismi dell'associazione. Un testo "breve" che non subì significativi mutamenti nella fase di approvazione da parte degli organismi locali e nazionali dell'Associazione nazionale magistrati. All'epoca la redazione del codice non fu percepita come un incarico di particolare rilievo. Certo l'associazione si preoccupò di scegliere dei magistrati di cui aveva stima e fiducia per la redazione del codice ma non nascose le sue perplessità e perfino un certo fastidio verso l'onere che la legge o meglio un decreto legislativo le accollava. Del resto chi legga l'introduzione del codice del 1994 trova chiaramente manifestate quelle perplessità e i timori dell'epoca, che si tradussero in una certa diffidenza verso il codice etico di cui pure l'associazione era l'autrice e la responsabile.
Sul punto mi sia consentito rinviare a due miei scritti: N. Rossi, *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura* in questa *Rivista*, edizione cartacea, n. 4/1993, Franco Angeli, Milano, pp. 804 ss. e N. Rossi, *L'elaborazione del codice etico dell'Anm*, in AA.VV., *Deontologia giudiziaria*, Napoli, 2006, pp. 205-221.

che occorra «*garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero … tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini*».

Si può dunque parlare di una libertà di comunicazione (in linea di principio non dei singoli ma) degli uffici diretto a garantire una informazione corretta sul proprio operato, il diritto di cronaca e la tutela dei cittadini.

Ma vi è di più. L'analisi congiunta delle regole etiche, degli orientamenti giurisprudenziali e dei principi generali dell'ordinamento mostra che è maturo il riconoscimento della libertà del singolo magistrato di prendere la parola direttamente e personalmente a tutela della propria immagine di indipendenza e di imparzialità compromessa da dichiarazioni di esponenti di altre istituzioni o da notizie stampa prive di fondamento.

Diritto, questo, riconosciuto dal giudice di legittimità (e in sede di giudizio di rinvio, dopo l'annullamento della prima sentenza di condanna, dalla stessa Sezione disciplinare del Csm) all'esito di una complessa vicenda disciplinare nata da dichiarazioni rese alla stampa e da una intervista televisiva del pubblico ministero minorile Anna Maria Fiorillo in risposta alle inesatte dichiarazioni del Ministro dell'interno secondo cui la Questura milanese nel famoso caso «Ruby» aveva agito in conformità alle indicazioni del pubblico ministero[8].

Infine sul più ampio terreno del diritto di manifestazione del pensiero del magistrato il codice invita il magistrato *ad ispirarsi a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa*

6. Parresia e prepotenze

Nel codice non sono dunque enunciati precetti di silenzio ma piuttosto di parola equilibrata, misurata, soprattutto ispirata al rispetto dei cittadini[9].

Alla base di questa impostazione non sta un tartufesco invito alla prudenza bensì la nitida percezione del "ruolo" del magistrato e delle aspettative sociali che su questo ruolo si concentrano.

Quando è un magistrato a prendere la parola o a scrivere per il grande pubblico, il cittadino ha infatti il diritto di attendersi che il suo potenziale accusatore o giudice parli e argomenti in modo chiaro e comprensibile; che partecipi al discorso pubblico come un attore razionale, capace di ascolto degli argomenti altrui e di repliche meditate; che non prorompa nell'urlo fazioso, nell'invettiva, nella semplificazione magari brillante ma brutale e fuorviante.

Si può essere rigorosi difensori della libertà di manifestazione del pensiero del magistrato cittadino e al tempo stesso provare fastidio e criticare le cadute di stile e le torsioni poste in essere, sul terreno del discorso pubblico e della comunicazione, ad opera di alcuni magistrati.

Si tratta di un variopinto campionario che spazia dagli appelli al "giudizio del popolo" di qualche pubblico ministero contro una sentenza di assoluzione sgradita all'affermazione di sapere "verità" a prescindere o in contrasto con i dati emersi nei processi. Ed ancora: dall'impiego strumentale della motivazione di atti di indagine (ad es. perquisizioni) o di comunicati stampa al fine di una anticipata diffusione di contenuti delle indagini all'utilizzo di una sentenza non per descrivere, valutare e giudicare fatti ma per distribuire patenti di infamia ai loro autori. Sino al diretto coinvolgimento come *testimonial* di magistrati in trasmissioni connesse con i procedimenti e i processi da loro trattati.

In questi casi – va detto chiaramente – non si discute dell'esercizio di una libertà. Si è solo dinanzi ad un uso improprio del "ruolo" o di poteri che l'ordinamento affida ai magistrati per fini rigorosamente circoscritti e predeterminati dalla legge.

Qui non c'è nessuna franchezza, nessuna *parresia* da difendere contro l'ipocrisia ma il superamen-

---

8. Sezioni unite n. 6827 del 28.1.2014.

9. In un intervento sull'argomento Edmondo Bruti Liberati ha citato un decalogo di matrice anglosassone, che è stato poi ripreso in un articolo sul Corriere della Sera.
È troppo utile e stimolante per non rileggerlo qui. Mi approprio quindi della citazione.
Il decalogo è contenuto in un opuscolo intitolato *Media Guide* a cura di *National association for court management, National center for State courts, Williamsburg, Virginia.*

1. Sii sincero. Di la verità oppure taci
2. Non dire ciò che non vuoi sia riportato
3. Non dire mai "*no comment*"
4. Non farti ingannare dal *"off the records"*. È una cosa che non esiste
5. Non dire nulla che non vorresti vedere il giorno dopo sui titoli dei giornali
6. Comportati come se un giornalista fosse sempre presente ogni volta che parli in pubblico
7. Stabilisci le regole e i tempi dell'intervista in anticipo
8. Tieni conto dei tempi di chiusura dei giornali
9. Parla in "*plain English. Avoid legalise*".
10. Pensa prima a quello che vuoi dire e preparati a rispondere alla domande prevedibili.

to arbitrario di limiti che l'ordinamento assegna a chiunque detenga un potere per evitare che esso dia vita ad odiose prepotenze.

Purtroppo a queste condotte si è solo raramente accompagnata quella "riprovazione dei propri pari" che più di ogni altro mezzo le avrebbe isolate e ne avrebbe scoraggiato la diffusione.

Il corporativismo della magistratura del passato predicava ipocrisia e silenzio. Il corporativismo della magistratura di oggi si mostra incline a tollerare gli abusi del ruolo e delle funzioni nella sfera della comunicazione. C'è un nuovo fronte di contrasto al corporativismo.

7. Dalla libertà da forme di repressione alla libertà di partecipare alle dinamiche della società della comunicazione

Proviamo a tirare qualche prima conclusione dalle riflessioni svolte.

Il lungo contenzioso sulla libertà della parola pubblica dei magistrati non può dirsi concluso.

Da un lato emergono, come si è mostrato, nuove aree critiche segnate da prepotenze ed abusi. Dall'altro lato riaffiorano capricciosamente, come un fiume carsico, pulsioni alla repressione per via disciplinare della pura e semplice libertà di parola.

Quello che non si comprende è se vi sia e quale sia, in materia, la linea di condotta dei promotori dell'azione disciplinare, spesso inerti di fronte a violazioni evidenti di ogni regola e solleciti in casi che non meriterebbero l'attivazione del congegno disciplinare.

Ma nella travagliata vicenda, sin qui ripercorsa solo per rapidi cenni, stanno comunque maturando una cultura ed un'etica della parola pubblica dei singoli magistrati e degli uffici giudiziari che costituiscono la premessa di più ordinati sviluppi.

In questa cultura, e nell'etica che l'accompagna e la orienta, si è affermata da un lato la libertà di parlare, di criticare, di dissentire dei singoli magistrati e, dall'altro, la libertà di informare, chiarire, precisare, smentire – proprio degli uffici giudiziari e dei magistrati – a difesa della funzione esercitata e di una corretta informazione dei cittadini.

L'originaria libertà negativa – la libertà da forme di oppressione, repressione o negazione – si sta rapidamente evolvendo in libertà positiva, in libertà di concorrere, nel rispetto del pluralismo, alle dinamiche proprie della moderna società della comunicazione.

Perché stupirsene? Non si tratta forse dello stesso percorso compiute da molte altre libertà che dalla originaria ed esclusiva funzione di protezione dell'individuo rispetto all'esercizio arbitrario di un potere repressivo si sono trasformate, senza perdere il loro nocciolo originario, in originali strumenti di attiva partecipazione alla vita della società?

Nell'esercizio della libertà positiva di cui parliamo, le regole ed i limiti elaborati negli anni per disciplinare la parola pubblica dei magistrati non vanno abbandonati ma sono piuttosto destinati ad assumere una nuova ed originale funzione. Non sono più "scriminanti" per l'esercizio di un diritto tollerato ma linee di orientamento per una magistratura intenzionata a spiegare ed a spiegarsi agli occhi della più ampia opinione pubblica grazie ad un'opera di comunicazione comprensibile, corretta ed ispirata da una costante tensione verso la verità.

8. La scelta della comunicazione: una rivoluzione promossa dall'alto?

L'intelligenza collettiva della magistratura italiana – enorme risorsa non sempre pienamente sfruttata – ha dinanzi a se nuovi pensieri da pensare, nuovi campi di problemi da esplorare, nuove vie da percorrere.

Come a dire: una rivoluzione, dopo quelle della rottura del silenzio e della presa di parola.

Con una differenza di non poco rilievo. Mentre le svolte del passato nascevano da iniziative dal basso, la rivoluzione comunicativa è ancora una rivoluzione promossa principalmente dall'alto e fatta propria da volenterose avanguardie.

Che si sia dinanzi ad una "rivoluzione dall'alto" è provato dalla molteplicità degli impulsi che promanano dai vertici delle istituzioni che si occupano di giustizia.

Dal Ministero della giustizia, dal Csm, dalla Scuola della magistratura giungono infatti con insistenza al corpo della magistratura due diversi stimoli.

Il primo: ripensare linguaggio e misura della motivazione degli atti giudiziari per restituire loro la compromessa funzione comunicativa.

Il secondo: promuovere forme di comunicazione degli uffici giudiziari che rendano conto alla collettività degli utenti sia dei modi in cui si amministra giustizia sia dell'andamento e dell'esito dei giudizi che più interessano e coinvolgono la pubblica opinione.

Riferendomi solo ai contributi più recenti ricordo l'attività del *Gruppo di lavoro sulla chiarezza e sinteticità degli atti processuali* voluto dal ministro della giustizia, attività che si è conclusa con la relazione del

16 febbraio 2018, corredata da proposte al ministro e da un *Breviario per la buona scrittura*[10].

Parlo, ancora, delle «*Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale*», approvate dal Csm con la delibera dell'11 luglio 2018[11].

Ed analogo impegno è stato profuso dalla Scuola superiore della magistratura che ai temi del linguaggio giuridico e delle tecniche di sintesi nella redazione dei provvedimenti sta dedicando da anni una pluralità di significative iniziative[12].

Gli studi su questi argomenti – che costituiscono parte integrante di una intensa elaborazione dei magistrati europei[13] – meritano di essere letti integralmente

---

10. Nel documento sono attentamente esaminati e discussi i principi ed i criteri cui fare riferimento per dar vita ad una *"cultura della chiarezza e sinteticità"* di tutti gli atti del potere giudiziario. Una cultura, si aggiunge, che deve mirare non solo a soddisfare l'esigenza di rapidità della risposta giudiziaria, ma anche a favorire la qualità di essa, individuata come uno degli obiettivi del giusto processo.
Riflessione, questa, già presente nelle formulazioni di principio della giurisprudenza di legittimità (che però nel suo complesso resta ancora largamente connotata da forme di prolissità e di utilizzazione di un linguaggio desueto ed involuto). Nella sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, n. 642 del 2015, si legge al riguardo che «*la sentenza che emerge dagli interventi censori della giurisprudenza di legittimità degli ultimi decenni è ... una sentenza funzionale, flessibile, deformalizzata, improntata al contemperamento delle esigenze di effettività della tutela ed efficienza del sistema attraverso la conciliazione, in apparenza difficile, tra una motivazione comprensibile e idonea ad esplicitare il ragionamento decisorio che sia tuttavia concisa, succinta ed in ogni caso tale da giungere in tempi (più) ragionevoli*».
Di particolare valore è il suggerimento di considerare, in sede di valutazioni di professionalità, la sinteticità e non l'ampiezza dei provvedimenti come parametro per un giudizio positivo (par. 3.5 doc. cit.).

11. Nell'esordio del documento citato – incentrato sul tema del rapporto tra uffici giudiziari e circuito dell'informazione – si afferma, con felice sintesi, che la «trasparenza e la comprensibilità dell'azione giudiziaria sono valori che discendono dal carattere democratico dell'ordinamento e sono correlati ai principi d'indipendenza e autonomia della magistratura nonché a una moderna concezione della responsabilità dei magistrati».
In passato il Csm aveva approfondito un diverso versante dell'informazione: il rapporto tra Uffici giudiziari e utenza (Risoluzione su *Uffici Relazioni con il pubblico e modalità di comunicazione degli Uffici giudiziari e del Consiglio superiore della magistratura,* approvata il 26 luglio 2010). In tale risoluzione l'organo di governo autonomo della magistratura aveva sostenuto che una corretta strategia comunicativa degli Uffici giudiziari costituisce il presupposto necessario per una moderna e democratica configurazione dei rapporti tra cittadini ed istituzioni ed aveva individuato nella costituzione degli Uffici per il Rapporto con il pubblico una prima forma di risposta a tale esigenza.

12. Sui temi della comunicazione del giudiziario e del linguaggio dei magistrati è stata costante l'attenzione della Scuola superiore della magistratura.
In particolare sulla questione della comunicazione sono stati promossi i corsi *Informazione e giustizia,* esperto formatore Francesco Giorgino, anno 2016; *Il sistema della giustizia nel mondo della informazione,* esperto formatore Donatella Stasio, anno 2017; *Alla ricerca di un linguaggio comune tra società e giurisdizione,* esperto formatore Edmondo Bruti Liberati, anno 2018.
Sul linguaggio della giurisdizione vanno ricordati i corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura in feconda collaborazione con l'Accademia della Crusca (*Il linguaggio del giudice*, anno 2015; *Il linguaggio della giurisdizione,* esperto formatore Giuseppe Barbagallo, anno 2016; *Il linguaggio della giurisdizione*, esperti formatori Federigo Bambi e Gianrico Carofiglio, anno 2017; *Laboratorio di scrittura giuridica: il linguaggio e gli stili delle sentenze ed il principio di sinteticità degli atti*, esperto formatore Federigo Bambi, anno 2018).
Sull'importanza della comunicazione del giudiziario vedi da ultimo D. Stasio, *Il ruolo sociale del giurista impone una comunicazione più inclusiva,* in questa *Rivista on line,* Rubrica Controcanto, 23 marzo 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-ruolo-sociale-del-giurista-impone-una-comunicazione-piu-inclusiva_21-03-2018.php.

13. In ambito europeo sono numerosi i contributi di studio e gli atti ufficiali dedicati alle questioni della informazione sull'attività giudiziaria.
Si veda, al riguardo, il §19 della Raccomandazione Rec(2010)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri, sul tema dell'indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici, adottata il 17 novembre 2010 nel quale si legge: «*I procedimenti giudiziari e le questioni relative all'amministrazione della giustizia sono di pubblico interesse. Il diritto all'informazione in materia deve però essere esercitato tenendo conto delle limitazioni imposte dall'indipendenza della magistratura. Deve essere incoraggiata la creazione di posti di portavoce giudiziario o di servizi stampa e comunicazione sotto la responsabilità dei Tribunali o sotto il controllo dei Consigli superiori della magistratura o di altre autorità indipendenti. I giudici devono dar prova di moderazione nei loro rapporti con i* media».
Significativo è anche il § 14 (*Accesso alla giustizia. Trasparenza*) della *Magna Carta* dei giudici approvata il 17 novembre 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) che recita: «*La giustizia deve essere trasparente e debbono formare oggetto di pubblicazione informazioni sul funzionamento del sistema giudiziario*».
L'*European network of councils for the judiciary*, nel rapporto intitolato *Public Confidence and the Image of Justice – Report 2017-2018*, approvato a Lisbona il 1° giugno 2018, esamina la prospettiva della comunicazione in ambito giudiziario e suggerisce l'adozione di piani d'azione nazionali, verifiche periodiche del livello di fiducia del pubblico, la formazione professionale specifica (per capi degli uffici, giudici, procuratori, personale amministrativo), l'elaborazione di «linee-guida» sui rapporti tra il giudiziario e i *media*. Raccomanda inoltre la nomina come "*spokeperson*" di giudici o procuratori con specifica formazione in tema di comunicazione e l'istituzione di uno "*specialised department*" che impieghi professionisti nella comunicazione sotto la direzione del "*press judge/prosecutor*".
In precedenza lo stesso organismo aveva elaborato rapporti sulle relazioni tra giudiziario e mezzi d'informazione (2005-2006); sulla fiducia del pubblico (2009-2010) e sulla misura di tale fiducia in ambito nazionale e transnazionale (2010-2011); su giustizia, società e *media* (2011-2012); sulla fiducia pubblica e l'immagine della giustizia (2017-2018). Vedi anche la Risoluzione di Bucarest sulla trasparenza e l'accesso alla giustizia (29 maggio 2009); la Dichiarazione di Roma in occasione del decimo anniversario dell'Encj (11-13 giugno 2014); la Dichiarazione di Parigi sulla giustizia resiliente (9 giugno 2017).

e meditati per la qualità dei contenuti e per la genuina tensione verso il rinnovamento che li pervade.

Ma resta lo spazio per qualche annotazione a margine e per qualche spunto problematico.

Il successo della "rivoluzione comunicativa" non potrà che scaturire da una capillare penetrazione dei suoi principi ispiratori nella cultura e nelle prassi di ciascun singolo magistrato.

In particolare, liberare il prezioso canale comunicativo della motivazione dai detriti, antichi e recenti, che vi si sono venuti accumulando appare un compito tanto indispensabile quanto arduo.

E ciò tanto sul versante del linguaggio, di certo il fronte più spinoso e complesso, quanto su quello della sinteticità degli atti.

Sul piano del linguaggio la via maestra è nota ed è chiara: utilizzare, al fine di essere compresi da una platea sempre più ampia la viva, ricca e colta lingua comune; limitare al necessario il linguaggio più strettamente tecnico giuridico; optare per uno stile di scrittura diretto, evitando ampollosità e circonlocuzioni inutilmente complesse e inevitabilmente faticose.

Una sorta di rivincita del "volgare" che – dopo tante incolpazioni disciplinari per il suo uso in dichiarazioni pubbliche – si ripropone come il linguaggio base della stessa motivazione.

Certo, si può obiettare che la quantità, spesso esorbitante, dei provvedimenti che ogni magistrato oggi deve scrivere favorisce il rifugio nel gergo tecnico – spesso allusivo più che esplicativo – come salvifica scorciatoia nella redazione degli atti[14].

Ma se l'obiettivo della chiarezza e della comprensibilità dei provvedimenti diventa per ogni magistrato un imperativo prioritario ed al tempo stesso viene assunto come un parametro della qualità professionale del suo lavoro, si può sperare che un nuovo modello di scrittura si diffonda e si affermi, liberando la motivazione dalle incrostazioni di uno stile desueto e involuto.

A questo fine si dovrà anche evitare che, nel richiamo dei precedenti, il linguaggio del passato finisca con l'imporsi sul linguaggio del presente perpetuando gli arcaismi e gli anacronismi della lingua.

È dunque un impegno di lunga lena quello che attende i magistrati italiani se veramente vorranno imboccare la strada – che tutto suggerisce – di risultare più chiari, più comprensibili, più accessibili.

Una strada, questa, che avrebbe un ulteriore effetto positivo particolarmente importante nella società della comunicazione: ridurre il margine della mediazione giornalistica nella rappresentazione di ciò che è stato deciso e con esso lo spazio delle distorsioni interessate, delle letture fuorvianti, delle polemiche artificiose[15].

Meno complicato sarà forse promuovere una opzione collettiva per la sinteticità degli atti.

Se resta vera la citazione, ormai divenuta pressoché obbligatoria di Pascal, «*ti scrivo a lungo perché ho poco tempo*» per limare, ridurre, sintetizzare il pensiero, alcuni malvezzi possono essere contrastati.

Tra questi spicca, quello, relativamente recente, dell'abuso delle tecniche di scrittura informatica per montare, grazie ad un più o meno accorto assemblag-

---

Assai ampia è stata anche l'elaborazione di organismi operanti in ambito europeo sul delicatissimo tema delle informazioni provenienti dagli uffici del pubblico ministero.

Meritano di essere ricordate in proposito le Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri: Rec(2000)19 e Rec(2012)11 sul ruolo del pubblico ministero – rispettivamente – nel sistema di giustizia penale e al di fuori di esso; Rec(2003)13 sulla diffusione delle informazioni attraverso i *media* in relazione ai procedimenti penali; Rec(2010)12, *Giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*; Rec(2011)7 relativa ad una nuova nozione di *media*.

Si vedano inoltre i pareri del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje): n. 7(2005), *Giustizia e società*; *Magna Carta of Judges (Fundamental Principles)* (2010); n. 14(2011), *Giustizia e tecnologie dell'informazione*(IT).

Nel parere del Consiglio consultivo dei procuratori europei (Ccpe): n. 8 (2013), *Rapporti tra il pubblico ministero e i mezzi di informazione*, si legge tra l'altro: «Gli Stati membri o il pubblico ministero dovrebbero realizzare una policy of *communications per far sì che i media abbiano accesso ad informazioni adeguate, necessarie ad informare il pubblico in merito al lavoro del pubblico ministero. Le «linee-guida» relative ai rapporti con i mezzi di comunicazione potrebbero anche essere incluse nei codici etici dei procuratori. Si tratta, per il pubblico ministero di ogni Stato membro, di esaminare quale sia il modo migliore di comunicare con i media e fino a che punto farlo, sulla base della situazione, della legislazione e delle tradizioni*».

Nel parere congiunto Cccje-Ccpe, *Dichiarazione di Bordeaux* (2009), intitolato *Giudici e magistrati del pubblico ministero in una società democratica*, si afferma che «è interesse della società che i mezzi di comunicazione possano informare il pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario» e si auspica la redazione per la magistratura giudicante e requirente di codici di buone prassi o linee-guida in ordine ai loro rapporti con i mezzi di comunicazione (*Both judges and prosecutors should draw up a code of good practices or guidelines for each profession on its relations with the media*).

14. Si pensi, per fare un solo esempio, alla situazione – che suscita lo stupore di studiosi e magistrati stranieri – di un giudice penale della nostra Corte cassazione, tenuto a scrivere in media tra le 400 e le 500 sentenze all'anno. Un dato, questo, che non può costituire un alibi per l'oscurità e la mancanza di uno sforzo di sinteticità ma che serve ad inquadrare il difficile contesto nel quale si iscrive l'impegno per un diverso modo di scrittura.

15. Sui rapporti dei magistrati con la stampa mi sia consentito rinviare a N. Rossi, *Giustizia e informazione. Poteri infedeli, poteri nemici*? in questa *Rivista* edizione cartacea, n. 4/2008, Franco Angeli, Milano.

gio di materiali diversi, provvedimenti *monstre* capaci di scoraggiare qualsiasi lettore consapevole della brevità della vita.

Il suggerimento del Gruppo di lavoro del Ministero, sostanzialmente accolto dal Csm, secondo cui, a differenza che nel passato, nelle valutazioni di professionalità sarà la sinteticità e non la lunghezza, la diffusività e l'inutile ridondanza dei provvedimenti ad essere positivamente valutata può essere uno stimolo efficace per promuovere dimensioni ragionevoli degli atti giudiziari che li rendano realmente accessibili.

Un ulteriore, decisivo, tassello per lo sviluppo di una effettiva capacità comunicativa della magistratura consiste nell'iscrivere la comunicazione pubblica tra i compiti fondamentali di un moderno dirigente dell'ufficio giudiziario, oggetto di valutazione in tutte le sedi, compresa quella della "conferma" nell'incarico direttivo.

Anche su questo terreno si sono fatti molti passi in avanti. Si pensi alla elaborazione e presentazione di "bilanci sociali" degli uffici giudiziari destinati a rendere conto ai destinatari dell'attività giudiziaria dei risultati raggiunti con i mezzi a disposizione. O, ancora, alla ricerca tuttora in corso (non senza cadute di stile ed esempi negativi) di corrette modalità di informazione su atti giudiziari di rilevante interesse pubblico posti in essere nella fase delle indagini preliminari.

9. Un troppo vasto programma?

Un "vasto programma" si potrebbe dire, con ironia, contemplando la molteplicità dei piani di intervento e l'entità delle resistenze culturali da vincere per fare della magistratura un attore consapevole e innovativo della società della comunicazione.

Tra i magistrati è però sempre più acuta la percezione che su questo terreno si svolge, già oggi ed ancor più nel futuro, una partita decisiva per le sorti della indipendenza e della legittimazione sociale del giudiziario.

Se vorrà avere successo la rivoluzione partita dall'alto dovrà fare seriamente i conti con le angustie e le inefficienze dell'organizzazione giudiziaria, con il peso dei carichi di scrittura, con i tempi del lavoro e del processo.

Ma l'obiettivo culturale, politico ed istituzionale che essa indica vale la pena di essere tenuto costantemente presente e perseguito con tenacia collettiva, pena la riduzione del ruolo e della incisività della giurisdizione.

Né del resto la posta in gioco è solo di carattere politico ed istituzionale.

È intellettualmente affascinante la prospettiva di contribuire in prima persona – attraverso un lavoro sul linguaggio, sulla sintesi, sulla comunicazione pubblica – ad una forma originale di informazione "diffusa" sui casi e sulle questioni di giustizia, chiara ma non banale, accessibile ma non pettegola, rigorosa ma non necessariamente respingente.

Parlare per un "uditorio della ragione" e riuscire a farsi capire dai cittadini; essere capaci di contrastare i falsi sulla giustizia, sempre più numerosi ed insidiosi; inserirsi con una autonoma capacità nel pluralismo dell'informazione.

Ecco dei traguardi ambiziosi che spesso si riveleranno difficili se non impossibili da raggiungere completamente ma per i quali vale la pena di spendersi.

Il giurista e la comunicazione

di *Patrizia Giunti*

La sfida per l'inclusività della comunicazione giuridica non si vince con il solo richiamo alla semplificazione del linguaggio. La posta in gioco è più alta, chiama in causa la relazione del giurista con gli innumerevoli attori sociali della complessità globale e richiede un investimento forte sul piano dei modelli culturali.

Indubbiamente non semplice affrontare – con riflessioni minime e, per quanto possibile, portatrici di senso – il tema dell'informazione giuridica e del ruolo ascrivibile al giurista nel firmamento della comunicazione. Le ragioni di tale difficoltà risiedono in due ordini di considerazioni di assoluta evidenza.

Primo: la natura di per sé comunicativa dell'uomo, che dalle altre forme viventi e senzienti si distingue – come, da Aristotele in poi, usiamo ripetere – per il suo essere soggetto "politico", ne fa un portatore di modelli di socialità (dalla famiglia sino allo Stato) che si inverano attraverso il linguaggio e la sfera di relazioni che ad esso conseguono.

Secondo: questa naturale, "ontologica" attitudine dell'essere umano rispetto alla dimensione comunicativa ha conosciuto, a partire dalla seconda metà del novecento, una dilatazione elefantiaca senza precedenti nella storia dell'umanità. Complice il moltiplicarsi dei mezzi d'informazione, che dalla carta stampata sono approdati alle onde radiofoniche e televisive sino alla galassia degli apparati tecnologico-digitali, la comunicazione ha assunto nel nostro tempo una pervasività tale che a buon diritto possiamo definire la società attuale come società della comunicazione: nella quale la comunicazione – orale o scritta che sia – avvolge di sé ogni piega del vivere quotidiano e la riflessione su di essa si insinua in ogni sapere che afferisca all'area delle scienze umane e sociali: dalla semiotica alla psicologia, dall'antropologia alla politica e all'economia: sino al diritto.

Invero, è una posizione di assoluta preminenza quella occupata dal diritto in tale ambito. E bene lo sa chi, da storico del diritto romano antico, ha studiato la nascita del *ius* quale sistema disciplinante costruito non sulla forza simbolica di una volontà divina rivelata attraverso segni, ma sulla forza significante della parola dell'uomo, sul *logos* che si incardina in un dialogo razionale. Ma questa originaria connotazione del *ius* rende ancor più difficile, per il giurista contemporaneo, muoversi senza andamenti ondivaghi tra le infinite suggestioni legate ai risvolti comunicativi del diritto, alla ricerca di precisi parametri e modelli di riferimento.

Tutte le difficoltà sin qui rappresentate non esonerano, però, da responsabilità: che sono infatti emerse, con stringente cogenza, in rapporto a quello che può dirsi il luogo per eccellenza del discorso giuridico: il processo. L'ordinamento, nel farsi carico di tale responsabilità, l'ha orientata secondo la logica più urgente, e per certi versi drammatica, del sistema giustizia nel nostro Paese: la logica dei tempi processuali. L'usata invocazione alla «ragionevole durata del processo» si è pertanto venuta traducendo nell'invocazione alla «ragionevole estensione dei documenti processuali» e il postulato della «sinteticità» (e conseguente chiarezza) degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice, divenuto regola legislativa, è finito sotto i riflettori di un'interpretazione attenta a definire i criteri strutturali dei documenti del processo, la loro uniformità redazionale quale presupposto per garantirne l'efficacia argomentativa e l'efficienza procedimentale, veicolo a loro volta di una palingenesi della stessa giurisdizione nel rapporto tra giudice, parti private ed amministrazione.

Ma tutto ciò non chiude la questione. Le maglie di questa riflessione sulla comprensibilità del testo giuridico sono ben più ampie, superano le aule di giustizia per abbracciare le aule parlamentari e ci pongono in dialogo con una tematica che scavalca i confini nazionali: dal 1999 la giurisprudenza costituzionale francese ha affermato *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, condizioni per l'effettivo esercizio di quei diritti di libertà ed eguaglianza che presuppongono *une connaissance suffisante des normes*. La posta dunque si alza, investe l'autorappresentazione di senso da parte del diritto, rende il principio di chiarezza un postulato per la formazione e la trasmissione dell'intero sapere giuridico, chiama in causa l'appartenenza nella cittadinanza: l'accessibilità del diritto come garanzia insostituibile di partecipazione democratica.

In questo orizzonte di straordinaria densità problematica, la prospettiva strategica che normalmente vediamo invocata, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è quella dell'adeguamento linguistico secondo il noto paradigma anglosassone del *plain language*. L'intellegibilità del discorso giuridico si presenta dunque, in primo luogo, come il risultato da raggiungere attraverso una decisa, coraggiosa revisione lessicale che sfrondi il messaggio giuridico da verbosità eccessive, metafore e circonlocuzioni faticose, ridondanti latinismi.

Superfluo sottolineare l'apprezzamento per questi obiettivi di deontologia espressiva, che possono ricondursi a quella «lealtà» della comunicazione (come è stata definita) che significa semplicemente rispetto per il proprio interlocutore e per la sua intelligenza. Ma, tutto ciò premesso, a mio modo di vedere il problema di una comunicazione giuridica inclusiva non trova risposta nella sola riforma del linguaggio dal quale si espungano parole e locuzioni che configurano categorie tecniche o che riflettono usi fraseologici consueti, forti di radicate tradizioni di pensiero, e come tali intrinsecamente caratterizzanti.

Intendiamoci. L'esigenza di una "pulizia" del lessico giuridico trovava voce già in Ludovico Muratori. E la «cura delle parole», come ci ricorda Gustavo Zagrebelsky, è esercizio di democrazia. Del resto, sono fin troppo numerosi e noti i casi in cui la lingua giuridica ci appare come una fonte di marginalità e di esclusione, un vocabolario iniziatico che crea barriere nel momento in cui legittima abusi e privilegi: cosicché, il curato più famoso della storia della letteratura italiana si sottrarrà alle responsabilità del suo ufficio elencando un rosario di impedimenti dirimenti – «*error conditio votum cognatio crimen*...» – di fronte ai quali un esasperato Renzo potrà soltanto replicare, con la foga di chi soffre una discriminazione senza strumenti per far valere il proprio diritto: «Si piglia gioco di me? Che vuol ch'io faccia del suo *latinorum*?».

Ma sarebbe riduttivo, se non anche fuorviante, fermarci qui. Perché è la stessa Carta costituzionale a ricordarci, accanto al divieto di discriminazione sancito dall'articolo 3, che la lingua rappresenta, come stabilisce l'articolo 6, un patrimonio identitario che la Repubblica si impegna a difendere e valorizzare. E dal punto di vista del giurista, questa attitudine identitaria del fattore linguistico scopre prospettive di senso non banali: perché il diritto stesso si invera attraverso un vocabolario dall'infungibile tecnicismo. La lingua del diritto è dunque essa stessa componente identitaria, momento costruttivo di uno statuto epistemologico e di una specificità professionale, garanzia di riconoscibilità reciproca tra giuristi: per richiamare, parafrasandola, la pagina di un capolavoro del Novecento italiano quale *Lessico famigliare* di Natalia Ginzburg, potremmo dire che la responsabilità aquiliana, «ci farebbe riconoscere l'uno con l'altro, nel buio d'una grotta, fra milioni di persone».

Non è questione, come potrebbe apparire, di compiacimento elitario né, tanto meno, di difesa corporativa. Il punto è che, di fronte al processo di disintermediazione creato dalla galassia social, secondo il dogma di una comunicazione tanto più efficiente quanto più immediata, la disponibilità infinita di informazioni prontamente accessibili, ma tecnicamente incontrollabili, favorisce il prodursi di un fenomeno particolarmente rischioso per una società complessa come la nostra: quello della banalizzazione dei saperi e dei conseguenti vuoti di professionalità. In gioco non c'è dunque la rendita di posizione di un ceto privilegiato di giuristi: in gioco c'è l'aspettativa che un sistema sociale altamente complesso e sofisticato nutre nei confronti del diritto le cui risposte – oggi sempre più interpretativo-applicative – devono potersi accreditare in razionalità e riconoscibilità anche grazie al livello di competenza, attenta e qualificata, che esprimono. Senza questa interazione, fondata su una rappresentazione diffusa di *affidabilità sapienziale*, la "vita" del diritto "vivente" si risolve in una petizione di principio e la crisi del *principio* di legalità, ovverosia l'inadeguatezza del precetto legislativo ad interpretare l'istanza regolamentativa espressa dalla società, dilaga in quella crisi del *senso* di legalità, nella quale la società non appare in grado di esprimere alcuna istanza regolamentativa condivisa che non sia «il costume di osservare la norma giuridica solo quando conviene».

La partita per una comunicazione giuridica autenticamente inclusiva sul piano sociale si giocherà dunque, a mio modo di vedere, alzando l'asticella, accogliendo la sfida per una professionalità che sappia coniugare la più alta qualificazione tecnica con la più ampia riconoscibilità e credibilità del proprio messaggio, vuoi nel dibattito tra giuristi, vuoi nel circuito sociale delle idee. E la partita sarà persa se, nel

costruirne la strategia, ci si dovesse fermare al livello delle pur imprescindibili questioni morfologico-lessicali senza aggredire il livello della dimensione etica rispetto a quella funzione di servizio che il giurista assolve nei confronti del corpo sociale.

Cicerone non era propriamente un giurista: era un intellettuale, un retore. In quanto avvocato, però, conosceva a fondo il mondo del diritto e dei giuristi, verso i quali si mostrava spesso tutt'altro che generoso, non lesinando censure severe nei confronti di quanti, con atteggiamenti talvolta capziosi, contribuivano, anche per il proprio tornaconto, a rendere la *iuris civilis scientia* una realtà «*difficilem et obscuram*». Ma le pagine dedicate a Servio Sulpicio Rufo ci mostrano un registro espressivo del tutto diverso: a Servio, Cicerone riconosce la straordinaria virtù, una vera e propria "*ars*", di saper ricondurre l'intera sfera del diritto civile «*ad facilitatem aequitatemque*»: a fronte degli altri giuristi, e delle loro pronunce rese in modo "confuso", Servio si distingue per la sua capacità di "portare luce" («*adtulit ... lucem*»). Ma non già – questo è il punto decisivo- grazie alla sua pur nota "eleganza verbale", bensì grazie al rigore del metodo che, in una consequenzialità mai allentata fra premessa e conclusioni, vede susseguirsi nel discorso serviano il "definire", l'"interpretare", il "distinguere" («*latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre deinde distinguere*»). Si tratta di un protocollo molto rigido che Servio, tuttavia, declina secondo *facilitas* ed *aequitas*, con ciò dimostrando che la rigorosa qualità tecnica del discorso giuridico non pregiudica, ma al contrario favorisce l'immediata evidenza e ricevibilità di quella pronuncia che, adeguata alle peculiarità del caso concreto, possa manifestare la propria "luminosa" aderenza a paradigmi di intellegibile razionalità.

Il miracolo della storia è nel far dialogare il passato con il futuro. Le trasformazioni che stiamo vivendo, e che concorrono a disegnare quel «nuovo orizzonte» nel quale il giurista del terzo millennio dovrà iscrivere il proprio apparato concettuale ed il proprio strumentario tecnico, ci dicono, a mio modo di vedere, che la *certezza* del diritto, ormai non più pensata come assoluta "calcolabile" predittività della norma, potrà declinarsi nell'unica sintassi possibile, quella della *credibilità* del diritto: intesa, ora come razionalità riconoscibile dei suoi processi logici, ora come "illuminante" autorevolezza *di servizio* dei soggetti in essi coinvolti.

L'opacità di una informazione giuridica non discenderà dunque dalle forme linguistiche impiegate ma dal rapporto che il giurista saprà instaurare con i propri interlocutori. In questa prospettiva, affrontare il tema dell'inclusività sociale della comunicazione giuridica significherà spostarsi dall'oggetto al soggetto, dal *medium* allo scopo, dalla deontologia professionale alla dignità professionale.

«*It's all in how you look at things*». Così si legge in un celebre libro per l'infanzia (*The Phantom Tollbooth*), scritto agli inizi degli anni '60 per spiegare, giocosamente, l'importanza delle parole e del loro uso. Un cambiamento autentico richiede – ma l'impresa è ardua – un cambiamento della propria prospettiva; guardare diversamente a ciò che si fa è il solo modo per dare al proprio agire un vero, diverso significato. L'"attenzione" al proprio interlocutore (si tratti dello studente di fronte al giurista accademico, del privato cittadino davanti a un avvocato o un pubblico funzionario, della parte processuale di fronte al giudice), la sua percezione non come mero destinatario di una strumentale strategia comunicativa ma come soggetto dialogico di una relazione socialmente costruttiva, costituiscono il fondamento di un'autentica inclusività.

La lingua è uno strumento duttile, come la vibrazione dell'aria che produce un suono o il segno a matita che la mano traccia sulla carta. L'uso che se fa, inclusivo o discriminatorio, trasparente od opaco, leale o malfido, democratico o elitario, dipendono dalla formazione culturale del giurista e dal suo modo di porsi di fronte alla società. Il diritto è funzione di servizio e non ruolo di potere, è sapere dialogante e non dogma autoreferenziale, è l'espressione di un'arte dell'uomo e non una scienza esatta. Declinare tutto questo, e sin dalle aule universitarie, potrà dare un significato nuovo e più forte alla voce del giurista fra gli innumerevoli attori sociali di un palcoscenico globale sempre più complesso.

Il ruolo della formazione nella comunicazione dell'informazione giudiziaria: un investimento necessario

di *Nicoletta Giorgi*

La capacità di comunicare deve diventare una nuova competenza funzionale all'esercizio della giurisdizione. Il recupero del rapporto di fiducia del cittadino per le istituzioni passa per l'esatta comprensione dei provvedimenti giurisdizionali e, quindi, dall'apprendimento della semplificazione linguistica e dalla reciproca alfabetizzazione di giornalisti e magistratura.

Serve un cambiamento organizzativo degli uffici e ancor prima un cambiamento culturale anche tramite l'adozione di una nuova metodologia formativa ispirata all'esperienze fuori confine.

1. Il percorso della Scuola superiore della magistratura

Il decreto legislativo 26/2006 istitutivo della Scuola superiore della magistratura quando elenca le finalità della stessa non tralascia, accanto al dovere di formazione, quello di aggiornamento professionale.

L'aggiornamento introduce un'operazione legata alla necessità di interpretare costantemente il ruolo sociale del magistrato, l'incidenza della modalità di esercizio della sua funzione nella quotidianità, monitorando che non vi sia mai un divario tra il progressivo mutamento culturale della società, e i nuovi bisogni che da ciò derivano, e l'adozione di strumenti interpretativi adeguati.

È apparso sempre più evidente che l'esercizio del giudicare si è arricchito di funzioni ulteriori a quella della sussunzione del fatto alla norma, spesso rivelando una capacità innovativa che rompe lo schema classico della separazione dei poteri di montesquiana memoria. Non è un caso che oggi molti studiosi dubitino della vigenza di tale principio nello Stato contemporaneo[1]. Il giudice, quindi, diventerebbe strumento di interpretazione dei valori contemporanei, voce autonoma ed indipendente di una nuova etica sociale[2].

In questo contesto la Scuola superiore della magistratura, fin dal primo ciclo di corsi di sua esclusiva competenza, ha intercettato la necessità di creare occasioni di riflessione attenta, scientificamente supportata per accrescere l'attenzione sulle modalità di veicolare questa diversa profilazione della magistratura e, con essa, del potere giudiziario.

Nel 2013 è stato coniato il corso «Giustizia e comunicazione», replicatosi l'anno successivo con l'intento di affrontare aspetti relativi alle dinamiche e alle metodologie di divulgazione delle vicende giudiziarie di rilevante interesse sociale nel contesto mediatico, per esaminare criteri e strategie a cui si dovrebbe attenere il magistrato nel porsi a confronto con i professionisti dell'informazione e la pubblica opinione. Il corso nelle prime due edizioni si è proposto come momento di riflessione interna, dove la narrazione, affidata prima a un docente di storia delle dottrine politiche e poi ad un giornalista, ha saputo offrire ai partecipanti una visione ampia del tema, anche di matrice internazionale, sollecitando la presa di coscienza che della comunicazione giudiziaria non

1. M. Bassani, *La crisi della divisione dei poteri*, in *Società e Diritti*, n. 4, 2017, p. 149.

2. G. Resta, *I nuovi oracoli della giustizia: processi mediatici e laicità del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2010.

si poteva solo manifestare una preoccupazione per le costanti ricadute ma si doveva iniziare ad immaginarne una disciplina.

Su questo tracciato, l'edizione del 2015 ha avuto la sua naturale evoluzione nella collaborazione diretta con il Csm e l'Ordine nazionale dei giornalisti. Sono state quattro sessioni di confronto aperto sugli equilibri tra la tutela dei soggetti interessati e il diritto all'informazione, sull'opportunità o meno che il diritto alla riservatezza portasse ad una riforma della legge sulle intercettazioni e il loro utilizzo, sulla necessità di rivedere le norme di deontologia appartenenti alle singole categorie professionali coinvolte. Le conclusioni non potevano che portare ad esplicitare il concetto per cui i tempi si stavano facendo maturi perché le istituzioni competenti intervenissero con una normazione interna del fenomeno. Sullo sfondo, però, un tema si riproponeva di anno in anno: i giudici parlano solo con le sentenze?

Ecco perché nel 2016 la Scuola superiore della magistratura decide di affrontare il tema da un punto di vista sociologico e il titolo si trasforma in «Informazione e Giustizia» in quanto il corso vuole analizzare la trasformazione in atto nei sistemi di comunicazione, i nuovi flussi che generano la notizia, i profili "culturali" dell'informazione sulla giustizia nel nostro Paese. Il corso è nuovamente affidato ad un giornalista che conduce i relatori a discutere del ruolo della comunicazione e dell'informazione nella società postmoderna, specie in relazione alla domanda di giustizia da parte dei cittadini, del rapporto tra giustizia, politica e informazione, includendo anche il ruolo della polizia giudiziaria nel rapporto fra informazione e magistratura. Si cerca di togliere il velo sui cortocircuiti che si innescano nel flusso informativo per verificare quanto sia ampio lo iato tra la giustizia reale e la giustizia percepita.

L'esito si concretizza nell'esigenza di ridurre in capo al cittadino l'erroneità, l'imprecisione e la parzialità dell'informazione anche per il tramite di una reciproca alfabetizzazione dei magistrati e dei giornalisti su quelli che sono i linguaggi appartenenti a ciascun mondo.

Da qui la necessità che il corso del 2017 prendesse di petto l'analisi dei limiti all'interno della magistratura che maggiormente hanno influito nella trasmissione dei principi ispiratori delle decisioni ad alto impatto sociale, e i limiti all'interno del sistema giornalistico che hanno impedito il pieno raggiungimento dello scopo del fare informazione, ossia il garantire la trasparenza, il controllo sociale e la comprensione della giustizia da parte dei cittadini. Lo stesso titolo «Il sistema della giustizia nel mondo dell'informazione» esplicitava il percorso che si stava intraprendendo. Un'analisi interna alla magistratura, guidata da un esperto formatore appartenente al mondo del giornalismo giudiziario. La Scuola superiore della magistratura con il corso di formazione del 2017 ha esercitato con pienezza il suo ruolo che richiede la capacità di creare occasione di studio e confronto laico che si traduca poi in uno strumento utile per un apprendimento pratico e permanente. Ecco che il corso, su iniziativa della Scuola superiore della magistratura, in data 9 maggio 2017, è stato preceduto da un tavolo di confronto dall'esplicito titolo «*Idee per un protocollo sulla comunicazione giudiziaria*», tenutosi presso il Ministero della giustizia e al quale sono stati invitati, oltre che il Ministro della giustizia e il vicepresidente del Csm, il presidente della Corte di cassazione, l'avvocato generale presso la Corte di cassazione, il procuratore generale presso la Corte di cassazione, e i procuratori della Repubblica presso i Tribunali di Milano, Napoli, Palermo, Roma, Reggio Calabria, il presidente della Corte d'appello di Firenze, il presidente del Tribunale di Napoli, il presidente aggiunto gip del Tribunale di Milano e la rappresentante del Governo italiano a Strasburgo.

Ciascuno dei partecipanti, da sempre sensibili al tema, in base alla propria esperienza ha evidenziato e ribadito alcuni principi cardine di questa tematica: la comunicazione è un dovere istituzionale per la magistratura, necessità insita nell'attività giudiziaria, ed essa deve riguardare l'intera attività giudiziaria sia penale che civile.

Ne consegue che se esiste un dovere d'informazione, esiste altresì un'esigenza di formazione del magistrato alla comunicazione. Si indaga su chi debba occuparsi di questa trasmissione e su quale debba esserne il contenuto, nell'equilibrio tra riservatezza e tutela della dignità dell'indagato e di quello che è il ruolo delle parti a seconda del momento in cui la notizia viene trasmessa. In un contesto di analisi scientifica, quale quello proposto dalla Ssm, si è potuto considerare quale possa essere il metodo più adatto per comunicare, se l'intervista o la conferenza stampa, chi debba concretamente occuparsene e con quali modalità.

Si accendono nuovamente i riflettori sullo spazio che separa la magistratura, con i suoi atti, dalla cittadinanza. In questa prospettiva il corso del maggio 2018 intitolato «*Alla ricerca di un linguaggio comune tra società civile e giurisdizione*» ha voluto sollecitare un confronto in uno degli aspetti sopra evidenziati, ossia il veicolo per la trasmissione dell'informazione giudiziaria, cercando anche all'estero esempi di gestione e attuazione delle Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e dei pareri del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) e del Consiglio consultivo dei procuratori europei (Ccpe). Il confronto si è anche allargato agli altri attori nel flusso comunicativo, ossia l'avvocatura evidenziando il non secondario aspetto della formazione dell'opinione

pubblica, all'interno dei processi mediatici, sull'innocenza o meno dell'indagato/imputato e, quindi, sull'aspettativa di un esito del giudizio rispetto ad un altro. Questo gap informativo, privo della tecnicità necessaria per trasmettere la temporaneità dei dati e la possibile diversa interpretazione degli stessi, mina gravemente la fiducia del cittadino verso le istituzioni soprattutto quando giungono a soluzioni giuridicamente corrette ma populisticamente poco apprezzabili. A rimetterci è anche la figura del giudice o del pm, valutati come non capaci di sostenere l'accusa o di interpretare correttamene i fatti per come erano stati veicolati. Il danno che ne consegue è di portata complessiva dato che spesso il destinatario della notizia spersonalizza l'autore del provvedimento e lo identifica con la categoria professionale di appartenenza, lasciando spazio a idee alternative di ottenimento della giustizia o, peggio, sovvertendo il valore dei principi morali che, erroneamente, erano stati nuovamente interpretati all'esito del giudizio: se una persona non va in prigione pur avendo ucciso, allora si può uccidere!

2. Gli aspetti su cui continuare la riflessione

La Scuola superiore della magistratura deve continuare a portare avanti un'analisi sistematica sul punto continuando ad avere chiari i passaggi necessari per offrire una formazione utile ad un nuovo ruolo a cui è chiamata la magistratura.

Questa visione sistematica non può che appartenere a chi è chiamato a fornire la formazione complessiva dato che l'interdisciplinarietà del tema della comunicazione richiede la creazione di un modulo formativo nuovo. Questo aspetto è richiamato anche nelle «linee guida» che il Csm ha redatto per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale. Questo viene dichiarato come un documento prodromico all'adozione a livello di normativa secondaria, delle modifiche ordinamentali necessarie per includere anche la comunicazione tra le attività che gli uffici devono organizzare.

Il percorso svolto dalla Ssm, e sopra descritto, ha voluto proprio incoraggiare e fornire parte del materiale utile alla realizzazione di queste «linee guida».

Il modulo formativo non potrà che essere correttamente interpretato dopo che gli uffici saranno organizzati perché la "comunicazione" non sia solo il frutto di un'intraprendenza personale, seppur dettata dall'esigenze del territorio, dove il presidio vero di giustizia è dato anche dall'affrontare pubblicamente certi argomenti (che siano le organizzazioni criminali, come i reati reiterati nei confronti di soggetti deboli come ad esempio donne ed extracomunitari), ma anche una componente professionalizzante.

La Scuola superiore della magistratura fornisce la formazione obbligatoria *ex* articolo 26*bis* del d.lgs 26/2006 agli aspiranti ad assumere incarichi direttivi, è evidente che dove già affrontato il tema della comunicazione all'interno di una più ampia discussione sull'organizzazione degli uffici giudiziari per una loro maggiore efficienza, in futuro non potrà esimersi dall'adottare anche in queste sedi il materiale appartenente a corsi come quello «Informazione e Giustizia», coinvolgendo contestualmente soggetti capaci di fornire gli strumenti utili a sviluppare anche un approccio attento al rispetto del dovere di trasparenza e di informazione, in grado di consentire l'adozione della condotta che in qualche modo sia già stata delineata come la più adatta alle finalità della comunicazione.

La Scuola superiore della magistratura, oltre ad organizzare gli auspicati e innovativi corsi per i magistrati addetti alla comunicazione, dovrà offrirsi come laboratorio nel quale la collaborazione con l'Ordine dei giornalisti, il Consiglio nazionale forense e il Csm possa dare contenuto alle «linee guida» del luglio 2018. Sarà necessario approfondire la conoscenza delle regole a tutela di un corretto trattamento dei dati sensibili e giudiziari, oggi distinti dal *General data protection regulation* n, 679/16 e che l'implementato utilizzo degli strumenti informatici possono mettere in pericolo, così come la mancanza di un'uniforme approccio all'utilizzo delle intercettazioni. Sarà necessario far conoscere le regole della comunicazione sia con riferimento al linguaggio, alla tempistica e alle modalità di trasmissione che potrebbero rivelarsi anche diverse a seconda della fase in cui viene trasmesso il flusso di informazioni o la tematica sociale che si affronta con il caso concreto. Il dirigente dell'ufficio o il suo incaricato, che dovrà essere necessariamente previsto nel sistema tabellare, dovrà instaurare un rapporto costante con la stampa locale nel rispetto del principio della trasparenza e della parità di condizioni tra le varie testate.

Si delinea, anche solo tramite una semplice elencazione, una formazione ad ampio raggio che parte dall'analisi dei diritti fondamentali fino all'adozione di tecnicismo linguistico che, però, riesca a rendere più esplicito e semplice il messaggio da trasmettere.

In merito al tecnicismo linguistico e alla comprensibilità delle decisioni e del ragionamento ad esse sottostante, la Ssm dovrà continuare ad offrire, come già fatto in questi anni, una formazione puntuale sulle tecniche di scrittura. *È* anche in questo solco che si pone il breviario sulla chiarezza e la sinteticità degli atti giudiziari emesso con decreto del Ministro della giustizia tra settembre 2017 e gennaio 2018 e nella cui introduzione al destinatario vengono rivolte le parole di Adolf Merkl per cui la lingua «*non è affatto una vietata porticina di servizio attraverso la quale*

il diritto s'introduce di soppiatto. Essa è piuttosto il grande portale attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini[3]».

Si rinviene, quindi, la necessità di un doppio livello formativo: il primo rivolto alla peculiare figura di magistrato addetto alla comunicazione e il secondo rivolto all'intera compagine della magistratura che per cultura e attitudine intende parlare solo con le proprie sentenze. Il corso svolto negli anni in collaborazione con l'Accademia della Crusca mira a discutere le modalità della scrittura degli atti giudiziari, sia intervenendo sullo stile, sia evidenziando il principio ormai consolidato della sinteticità e della chiarezza delle sentenze. Un simile fine ovviamente non deve in alcun modo produrre una banalizzazione del linguaggio del giudice, né tanto meno rinunciare alla sua insopprimibile natura di linguaggio specialistico, ma piuttosto eliminare l'eccesso di formule che spesso lo affligge, ridurre la ridondanza dell'espressione, eliminare una certa articolazione barocca della frase. Anche il vocabolario impiegato (non quello strettamente tecnico-giuridico) richiede spesso una verifica e una razionalizzazione. Fine di questo esercizio è quello di rendere il più possibile accessibile la lettura degli atti anche al cittadino non specialista, eliminando oscurità linguistiche e sintattiche che ostacolano talvolta la comprensione. Questo risultato renderà anche più facile veicolare l'informazione giudiziaria da parte della stampa.

La Scuola superiore della magistratura riuscirà ad adempiere correttamente alla sua funzione non solo individuando, così come sta facendo, l'esigenza di una proposta formativa nuova ma individuando altresì la metodologia corretta per impartire la formazione richiesta. In questo potrebbe essere trovato un apporto nell'esperienza oltre confine, come ad esempio in Francia, che da tempo ha disciplinato la comunicazione giudiziaria, prevedendo una competenza professionale della magistratura.

La Rete europea di formazione giudiziaria (Refg)[4], la Commissione europea e il Consiglio d'Europa promuovono e favoriscono la creazione di reti tra gli istituti nazionali di formazione giudiziaria. La Refg ha predisposto un manuale sulla metodologia della formazione giudiziaria in Europa nel quale si descrivono diverse pianificazioni dei programmi di formazione a seconda delle esigenze e delle funzioni dei discenti, nuovi metodi di apprendimento e i passaggi necessari per la realizzazione attenta di ogni evento formativo. In tutte queste previsioni si intuisce che il ruolo fondamentale è quello del formatore che deve essere capace di svolgere la didattica richiesta potendo vantare una solida conoscenza della materia. Il formatore deve possedere delle competenze metodologiche, sociali e psicologiche per poter interagire con pubblici ministeri e giudici, quali soggetti in grado di attuare successivamente quanto appreso. Non più solo una formazione nozionistica ma una formazione fruibile nella quotidianità. Nel tema specifico della comunicazione, dove le richieste rivolte alla magistratura sono anche di modificare l'impostazione nella redazione dei provvedimenti, di evitare l'uscita incontrollata di informazioni, di rendersi più comprensibili, spesso si assiste ad un atteggiamento di difesa e, quindi, di maggiore chiusura, tanto più se a condurre l'analisi è un professionista che non appartiene alla magistratura stessa. Questo contesto diviene poi una cassa di risonanza non appena tra le relazioni si inserisce un portavoce del mantenimento dello *status quo* che riporti i discenti nel campo del conosciuto, del controllabile e che, pertanto, non cambia il *modus operandi* stratificatosi negli anni.

Questa considerazione, facilmente verificabile dalle schede di valutazione raccolte nelle varie edizioni dei corsi, mostra come la formazione debba coinvolgere prima di tutto un cambiamento culturale, valorizzando l'opportunità che già nella formazione dei Mot si parli in modo sempre più compiuto e approfondito del tema della comunicazione, togliendolo dagli argomenti tabù, se mai vi è stato, e inserendolo tra le competenze da acquisire perché non deve essere dimenticato il principio espresso dalla Corte costituzionale poco meno di 40 anni fa e che ha identificato il prestigio dell'ordine giudiziario nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità della stessa.

Minare il prestigio dell'ordine giudiziario equivale a minare le fondamenta della convivenza civile.

3. A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 125.

4. La Scuola superiore della magistratura è dal 2017 per la prima volta componente del comitato di Pilotaggio e a guida del gruppo di lavoro Judicial Training Methodologies (Jtm).

Comunicazione della Procura della Repubblica: una garanzia anche per l'imputato

di *Giuseppe Pignatone*

L'esercizio in concreto di un incarico direttivo in terra di mafia rende particolarmente consapevoli del dovere di comunicare per raggiungere i fini istituzionali dell'amministrazione della giustizia. Occorre "rendere conto" per consentire ai cittadini di esercitare il controllo sociale quale necessario contrappeso all'indipendenza e all'autonomia della magistratura. Ovviamente l'interlocuzione pubblica deve avere quale unico ed esclusivo scopo quello di comunicare la giustizia al cittadino, evitando di inquinare con interessi estranei (del magistrato o di terzi) tale finalità di interesse generale. Senza dimenticare che nel momento in cui viene meno il segreto investigativo, le risultanze delle indagini offrono alla pubblica opinione e al dibattito democratico una massa di conoscenze che possono essere utili o addirittura preziose. Si pensi al contributo che alla crescita sociale e civile del nostro Paese hanno dato le indagini sulle mafie e sulla corruzione. Compresi quei dialoghi o quei filmati che una volta depositati sono diventati patrimonio conoscitivo della società: dalla documentazione dell'omaggio ai *boss* alla Madonna di Polsi alla riunione dei vertici della 'ndrangheta lombarda a Paderno Dugnano, dalla richiesta e dal pagamento di tangenti in varie parti d'Italia alle conversazioni tra i capi delle organizzazioni mafiose e gli appartenenti all'"*area grigia*". Non vi è dubbio infatti che anche questa è comunicazione della giustizia.

Per moltissimi anni ho ritenuto che il magistrato, anche il pubblico ministero, dovesse parlare solo attraverso i suoi provvedimenti.

Quando però, nel 2008, ho assunto la carica di procuratore della Repubblica di Reggio Calabria, mi sono ben presto reso conto che il problema della comunicazione era molto più complesso di quanto avessi fino ad allora considerato, e importante – se non fondamentale – proprio per il raggiungimento dei fini istituzionali, della Procura e dell'Amministrazione della giustizia più in generale. In una terra dominata dalla 'ndrangheta, ma nella quale quasi nessuno parlava di 'ndrangheta, evitando persino di pronunciarne il nome; in una terra lontana, in tutti i sensi, da Roma e dal resto del Paese, in una Regione minata da una gravissima sfiducia nello Stato e nei suoi organi, in quella terra diventava vitale comunicare quello che noi, rappresentanti di una istituzione, facevamo, perché lo facevamo, con quali limiti e con quali finalità agivamo. Da qui la scelta di indire frequenti conferenze stampa per rimarcare la presenza dello Stato, illustrare gli sforzi compiuti, i successi conseguiti, gli obiettivi ancora non raggiunti; occasioni pubbliche per ringraziare e gratificare le forze di polizia che operano in condizioni difficilissime, per ribadire la volontà di non riconoscere zone intoccabili, i cosiddetti "santuari" della politica e della Pubblica amministrazione. Uno sforzo per tentare di rompere il "cono d'ombra informativo" sulla 'ndrangheta, un cono d'ombra funzionale in primo luogo proprio agli interessi dell'organizzazione mafiosa. Accettando, ovviamente, nel fare ciò, di esporci a critiche (legittime) e ad attacchi personali (molto meno) cui il ruolo rivestito o l'opportunità hanno quasi sempre imposto di non replicare.

Ho voluto ricordare la mia esperienza personale e il caso-limite, per tanti aspetti, di Reggio Calabria, per spiegare concretamente perché penso che noi magistrati abbiamo non solo il diritto, ma anche il dovere di "comunicare la giustizia", cioè di non restare chiusi nel segreto delle nostre stanze (o in quella vo-

lontaria *turris eburnea* di cui a volte si sente favoleggiare) e di sottoporre, al contrario, il nostro operato al controllo sociale, cioè al giudizio dei cittadini, di quel popolo nel cui nome la giustizia viene amministrata. E – direbbero gli anglosassoni – del contribuente il cui denaro (non molto, in verità) spendiamo.

Il controllo sociale è un necessario contrappeso all'indipendenza e all'autonomia della magistratura, un meccanismo salutare che non va ignorato né minimizzato rinserrandosi in una sorta di fortino istituzionale malamente inteso, impermeabile alla critica e che resista a ogni assedio, magari ricorrendo a un linguaggio comprensibile solo agli addetti ai lavori (e anche su questo specifico aspetto sarebbe opportuno uno sforzo per rendere più chiari e leggibili i nostri atti, pur con la loro inevitabile dose di tecnicismo).

D'altra parte, è impensabile che in una democrazia i cittadini non abbiano il diritto di sapere perché – tanto per fare esempi banali – sia stata tratta in arresto una persona che rivesta una carica pubblica, che cosa si stia facendo per scoprire gli autori di un delitto eclatante o i responsabili di una vicenda economico-finanziaria che abbia danneggiato migliaia di persone. Per non parlare dei delitti riconducibili a mafia o terrorismo.

Come dice Glauco Giostra, «l'accesso della pubblica opinione alla giustizia penale non si pone in termini di opportunità, ma di necessità politica: per un ordinamento democratico moderno, prima ancora di essere utile una giustizia pubblica, è inconcepibile una giustizia segreta. Sottratta a una efficace forma di controllo della società, la repressione penale, che è il più incisivo mezzo di controllo sulla società, sviluppa fatalmente l'aspetto deteriore di quella politicità che le è connaturale, divenendo torbido strumento di affermazione di parte. Il valore della pubblicità della giustizia penale, quindi, non va misurato soltanto sugli effetti che essa in concreto propizia, ma sulla gravissima involuzione civile e democratica che la sua assenza comporterebbe»[1].

Sottoporsi al controllo sociale è un aspetto del principio di responsabilità che vale per chiunque eserciti un potere. E comprende in sé l'accettazione del dissenso e delle critiche. In sostanza anche il binomio giustizia-informazione è uno di quei giochi di pesi e contrappesi che caratterizzano una democrazia. Ed è evidente che anche in questo caso si confrontano numerosi e diversi interessi di rango primario che devono trovare un punto di equilibrio che resterà comunque – direi inevitabilmente – sempre precario e mutevole. Basti pensare alle norme della Costituzione che rilevano in questa discussione: dalla libertà di manifestazione del pensiero e quindi libertà di informare ed essere informati, al diritto di difesa, al giusto processo, al principio che la giustizia è amministrata in nome del popolo fino alle disposizioni sullo statuto dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero ed al diritto alla riservatezza.

Naturalmente – e questa notazione vale in particolare per gli uffici di Procura –l'interlocuzione pubblica deve avere quale unico ed esclusivo scopo quello di comunicare la giustizia al cittadino, evitando di inquinare con interessi estranei (del magistrato o di terzi) tale finalità di interesse generale. Occorre in ogni modo evitare di rincorrere il consenso popolare, di perseguire un'immagine mediatica a fini di promozione personale o di creare assi privilegiati tra uffici o singoli magistrati e una o più testate giornalistiche. Anche se è bene non dimenticare, per non gettare la croce solo su una parte, che soltanto dopo vent'anni abbiamo saputo come ai tempi di Tangentopoli i direttori dei quattro principali giornali italiani si telefonavano ogni sera per stabilire il titolo di prima pagina dell'indomani e i temi cui dare risalto, quelli da minimizzare, quelli su cui tacere. All'unisono.

L'esistenza di un interesse pubblico a comunicare la giustizia è inoltre riconosciuto a livello europeo da moltissimi documenti che si occupano pure di affrontare il passo successivo, cioè "come" debba avvenire questa comunicazione.

Per brevità, cito solo la dichiarazione di Bordeaux del 2009, frutto del lavoro congiunto dei rappresentanti di giudici e pubblici ministeri europei: «*[...]* è altresì interesse della società che i mezzi di comunicazione possano informare il *pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario. Le autorità competenti dovranno fornire tali informazioni, rispettando in particolare la presunzione di innocenza degli accusati, il diritto a un giusto processo e il diritto alla vita privata e familiare di tutti i soggetti del processo. I giudici e i magistrati del Pubblico ministero debbono redigere, per ciascuna professione, un codice di buone prassi o delle linee-guida in ordine ai loro rapporti con i mezzi di comunicazione*» (par. 10)[2].

Sulla scia di queste ripetute prese di posizione a livello europeo, il Consiglio superiore della magistra-

1. G. Giostra, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007.

2. Per una dettagliata indicazione degli interventi, anche di *soft law*, a livello europeo, è sufficiente rinviare alla delibera del Csm del 13 luglio 2018 che ha dettato linee-guida in tema di comunicazione istituzionale degli uffici giudiziari. Vedi anche, per un quadro di sintesi, R. Chenal, *Il rapporto tra processo penale e* media *nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.11.2017, www.penalecontemporaneo.it/d/5712-il-rapporto-tra-processo-penale-e-media-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-delluo.

tura ha emanato di recente, il 13 luglio 2018 delle «linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale», che contengono anche previsioni specifiche per gli uffici di Procura, su alcune delle quali tornerò alla fine.

Prima, credo che possa essere utile qualche precisazione su alcune questioni che condizionano il dibattito sul tema. Questioni che possono prestarsi a equivoci talora solo terminologici, più spesso concettuali, e che comunque creano difficoltà a un confronto pacato e proficuo tra posizioni diverse.

1) Il processo mediatico, pane quotidiano di ogni *talk show* televisivo, nulla ha a che vedere con la comunicazione della giustizia nel senso che qui cerchiamo di comprendere e illustrare.

2) Sullo stesso tema della comunicazione correttamente intesa, corre una profonda differenza tra la fase delle indagini e quella del processo. Con ogni evidenza, nella prima fase la Procura non dispone della *verità*, nemmeno di quella particolare e parziale costituita da una sentenza. Noi, quindi, possiamo (anzi: dobbiamo) limitarci a comunicare quanto possibile sulla *ricerca* della verità (processuale), quindi una verità in formazione, sfuggente, in continuo divenire, fisiologicamente destinata a mutare da un giorno all'altro. Specie per le indagini più importanti, l'attesa e la ricerca spasmodica da parte dei media di nuove informazioni o di brandelli di notizia creano intorno all'inchiesta, e all'Ufficio che la conduce, un clima di forte pressione, che sembra pretendere un flusso comunicativo continuo tale da configurare – parafrasando il titolo di una vecchia trasmissione radiofonica – «tutta l'indagine minuto per minuto». In questi casi è indispensabile che i depositari degli esiti degli accertamenti svolti sappiano resistere a questo particolare genere di pressione (e anche rassegnarsi al fatto che verranno pubblicate notizie distorte o inventate di sana pianta).

3) Si sente ripetere, anche in sedi autorevoli, che il problema fondamentale alla base del "circo mediatico-giudiziario" è costituito dalle "fughe di notizie". Bisogna intendersi. Se a qualcuno – mafioso, criminale comune o colletto bianco – sottoposto a indagini viene detto: guarda che hai una microspia nell'ufficio, hai il telefono sotto controllo, sei pedinato, *questa* è una fuga di notizie. O, a voler essere precisi, una rivelazione di notizie coperte dal segreto investigativo (articolo 326 cp), che costituisce un reato da perseguire. Così come questo stesso delitto si configura nei casi, molto più rari, in cui sugli organi di informazione vengono pubblicate notizie *veramente* sottoposte a segreto. Ma non è questo il fenomeno cui si riferiscono quanti quotidianamente sollevano accese (e spesso pretestuose) polemiche che hanno, invece, per oggetto la pubblicazione sui mezzi di informazione di notizie *asseritamente* segrete. Naturalmente in entrambi i casi prima indicati in cui siamo in presenza di un reato, grave, si avviano le indagini possibili, ma raramente con esito positivo, sia per il numero delle persone che sono necessariamente a conoscenza delle informazioni (magistrati, personale amministrativo e di polizia giudiziaria, in numero tanto più elevato quanto più sono complesse le indagini oggetto di rivelazione), sia per la facilità con cui le informazioni e anzi gli stessi documenti possono oggi essere veicolati grazie alle moderne tecnologie.

E tuttavia è molto più probabile, come emerge dall'esperienza di qualunque ufficio di Procura, ottenere risultati positivi nel primo caso, (le rivelazioni a favore di un indagato) perché le indagini possano continuare, magari allargando il cerchio delle persone sottoposte ad accertamenti e intercettazioni per il reato per cui già si procede, che non nel secondo caso, in cui la pubblicazione della notizia mette tutti i soggetti sul "chi va là", nel quale non è possibile disporre intercettazioni per il delitto di cui all'articolo 326 cp e in cui il giornalista è, giustamente, tutelato dal segreto professionale.

Ho detto che queste polemiche sono spesso pretestuose perché la realtà vera, al di là delle letture di comodo, è che la pubblicazione di notizie veramente coperte dal segreto costituisce l'eccezione, una percentuale assolutamente ridotta e per esse vale quello che diceva Sciascia e cioè che queste notizie non fuggono, ma vengono consegnate e se possibile anche accuratamente confezionate. Invece ogni giorno i quotidiani – ma in realtà tutti i mezzi di informazione – pubblicano notizie che non sono coperte dal segreto, perché sono già a disposizione dei difensori (articolo 329 cp) o che segrete non sono per loro natura. Per esempio, divulgare la notizia che è in corso una perquisizione non è violazione del segreto, non può esserlo, come non lo è un invito a comparire o un'ordinanza cautelare già notificati. Alla luce di queste considerazioni vale la pena di ribadire che mentre sono continue e accese le proteste per le fughe di notizie, in realtà nella maggior parte dei casi fughe di notizie in senso tecnico non ce ne sono.

4) Altro discorso è il divieto di pubblicazione degli atti non sottoposti al vincolo del segreto. Il legislatore consente sempre la pubblicazione del contenuto di atti non (più) segreti, mentre punisce a titolo di contravvenzione la pubblicazione del testo degli stessi prima di una determinata fase processuale secondo un meccanismo assai complesso che non importa qui specificare (articolo 684 cp in relazione all'articolo 114 cpp). Secondo i lavori preparatori, la norma incriminatrice aveva la finalità di assicurare quella che nel 1989 veniva definita la "verginità del giudice", cioè che il giudice non sapesse assolutamente nulla della questione che gli veniva sottoposta. Questa è la *ratio* scritta, ma è evidente che siamo completamente fuori

dalla realtà, tanto più nell'era del web, caratterizzata dalla informazione globale e dalla accessibilità immediata e gratuita a qualsiasi atto su qualsiasi supporto (audio, video ecc.). Personalmente ritengo, come ho avuto modo di ribadire in altre occasioni, che l'articolo 684 del codice penale sia la spia dell'ipocrisia e della cattiva coscienza del legislatore, che mantiene l'equivoco fra tutela del segreto e divieto di pubblicazione. La violazione della norma è punita con una ammenda da 51 a 258 euro, quindi è oblabile e va da sé che qualunque organo di informazione è ben disposto a pagare poche decine di euro per uno *scoop*, mentre lo Stato spenderebbe molto di più anche solo per iniziare il procedimento. Viene quindi da chiedersi perché permanga questo sistema "sanzionatorio" e intanto si continui a protestare a gran voce contro violazioni del segreto per lo più inesistenti.

5) Altro tema cruciale è la (asserita) irrilevanza di molte delle notizie pubblicate cui conseguirebbe il cosiddetto "sputtanamento" dell'indagato o anche del terzo estraneo alle indagini. Anzi: per non pochi protagonisti del dibattito pubblico sul tema, questo risultato sarebbe cercato e voluto dal pubblico ministero e/o dalla polizia giudiziaria che conducono le indagini, per dare rilievo al loro lavoro (e a se stessi) o – peggio – per conseguire risultati non raggiungibili nei limiti del processo. Sarebbe ipocrita negare che qualche volta ciò sia avvenuto, così come esistono le rivelazioni di notizie segrete ai giornali e va fatto ogni sforzo per identificare e punire i responsabili, sul piano penale o disciplinare. Ma anche in questo ambito bisogna avere chiari i termini e le dimensioni della questione. Il punto fondamentale, soprattutto per quanto riguarda le Procure, è la marea di fatti e di notizie che oggi vengono acquisite durante un'indagine. Questo non è merito né colpa di nessuno, ma è un dato oggettivo che origina da diverse circostanze. La prima è che – per semplificare – ormai i procedimenti non hanno per oggetto il furtarello alla Standa, ma questioni sempre più delicate e complesse, che toccano tutti gli aspetti della vita sociale.

Per altro verso, la quantità di informazioni che vengono acquisite deriva dagli strumenti utilizzati, le intercettazioni innanzitutto. È chiaro, infatti, che le intercettazioni – a maggior ragione quelle ambientali o telematiche – fanno emergere una mole di notizie e informazioni molto più ampia e diversificata di quelle che potevano o possono risultare dalle dichiarazioni di un testimone, cui viene chiesto di riferire sul fatto oggetto del procedimento.

Ma c'è un ulteriore aspetto da non dimenticare quando, nelle considerazioni *ex post*, si afferma che una data notizia o circostanza nulla ha a che vedere con le contestazioni e le successive imputazioni. Polizia giudiziaria e pubblico ministero non possono sapere all'inizio quale direzione prenderà il procedimento avviato o dove arriveranno e che cosa troveranno le indagini. Possono sapere che cosa cercare, questo sì, il che porta a percorrere *legittimamente* – per esempio con intercettazioni autorizzate dal gip – più piste investigative, acquisendo materiale di indagine che in un primo momento appare irrilevante e di cui solo successivamente si comprende l'importanza; o che, al contrario, magari sarà poi oggetto di una richiesta di archiviazione o di una richiesta di condanna non accolta in una delle fasi processuali, ma la cui acquisizione era assolutamente giustificata nel momento in cui è avvenuta.

Inoltre, lo stesso materiale di indagine può essere irrilevante per il pubblico ministero, ma rilevante o addirittura essenziale per altre parti (le quali, peraltro, hanno spesso interessi tra loro in conflitto). Sulla valutazione di rilevanza processuale hanno dunque diritto a interloquire tanto il pubblico ministero quanto i difensori ed è proprio il mettere gli atti a disposizione dei difensori che, nel regime normativo attuale, fa venir meno il segreto. Né, certamente, si può sacrificare il diritto di difesa lasciando al solo pubblico ministero questa valutazione.

6) Altro, e diverso, problema è quello della rilevanza dal punto di vista della pubblica opinione della notizia acquisita tramite le indagini, magari in modo del tutto occasionale e del tutto estranea al tema processuale, ma comunque non più segreta, Ed è proprio questa diversa rilevanza che può determinarne la pubblicazione.

Su questo punto bisogna essere chiari. Tranne poche eccezioni (per esempio, la posizione pressoché isolata del giornalista del Corriere della Sera Luigi Ferrarella, secondo cui la violazione del segreto potrebbe essere giustificata solo se fossero in gioco i valori essenziali della nostra società), tutti gli operatori dell'informazione rivendicano il loro diritto assoluto ed esclusivo a decidere cosa è di pubblico interesse e cosa no, ai fini della pubblicazione. Questo è ciò che avviene puntualmente ogni giorno. Una volta che il segreto viene meno, la scelta di che cosa pubblicare o non pubblicare, e con quali modalità e rilievo, non è più del pubblico ministero (o della polizia giudiziaria) ma dei media.

Sappiamo tutti – anche se troppo spesso qualcuno finge di non sapere – che la scelta delle notizie da pubblicare e, ancora di più, del rilievo da dar loro, non dipendono in larghissima misura dal pubblico ministero ma dagli organi di informazione (lungo l'asse giornalista-direttore, e a volte editore). Scegliere di mandare per un mese un inviato o una troupe a Cogne o ad Avetrana o a seguire il caso delle cd. *baby squillo* invece che al processo su un affare economico, imprenditoriale o di mafia complicatissimo è una scelta che non dipende dal procuratore della Repubblica. Quanto alla presentazione delle informazioni, è

facile constatare come la stessa notizia (una richiesta di archiviazione, un rinvio a giudizio o un semplice avviso di garanzia) viene trattata, legittimamente, in modo del tutto diverso e seconda dell'orientamento e delle letture contrapposte dai diversi organi di informazione.

Anche in questo caso, non si intende negare che vi siano casi patologici costituiti da un asse privilegiato tra singoli magistrati o altre figure della filiera giudiziaria e un organo di informazione che perciò abbia, ripetutamente, in esclusiva, notizie, anche segrete, relative a determinate indagini; ma si tratta, appunto, di una patologia che deve essere censurata, e se possibile sanzionata, ma che non giustifica, a mio parere, generalizzazioni come quelle cui troppo spesso assistiamo.

7) Ancora una riflessione: l'esperienza dimostra che il pubblico ministero "dà le carte", se così si può dire, nelle prime ore dopo l'esecuzione di un provvedimento. Ed è persino ovvio che sia così: è il pubblico ministero che, con la polizia giudiziaria, conosce le carte ed è quindi vero che in quel particolare momento egli sia il solo in grado di dare una lettura di una vicenda e anche di indicare i punti secondo lui essenziali, visto che su quelle carte ha lavorato, magari, per anni. Ma è una questione di ore: subito dopo, questo "monopolio" cessa e comincia il "gioco" delle fonti, tutte a vario titolo e in vario modo interessate, spesso anche tra loro confliggenti.

Quando, invece, non c'è l'esecuzione o la notifica di un provvedimento, il monopolio iniziale delle informazioni, e quindi la possibilità di "dare le carte", appartiene di regola ad altri soggetti. Sono casi numerosissimi e importantissimi, anche se normalmente non ci facciamo caso perché tutti sono concentrati soltanto su ciò che viene pubblicato dai media dopo un arresto.

Questo fenomeno si nota meno – per restare alle mie esperienze personali – in uffici come Palermo o Reggio Calabria, dove contano soprattutto i processi di mafia che sfociano in arresti, basati su intercettazioni e dichiarazioni di collaboratori di giustizia. Le cose cambiano in uffici come Roma, Milano o tanti altri, in cui moltissime indagini non sfociano in arresti e moltissimi procedimenti nascono su impulso di parte. In questi contesti, la fonte della notizia che i giornali traducono (con un'espressione che ogni volta mi causa un enorme fastidio) in «*la Procura ha acceso un faro*» su questo o su quello, nel 90% dei casi non è affatto il sostituto, l'aggiunto o il procuratore che avrebbero «acceso il faro». L'*input* ai media proviene molto più facilmente (e non senza logica) da chi vuol far sapere di aver sporto la denuncia o presentato l'esposto, per scopi che possono essere politici, economici, di contrasto alla realizzazione di un'opera pubblica, o magari solo per danneggiare, già mediante la pubblicazione della notizia, la reputazione del denunciato.

Anche di questo dobbiamo tenere conto: esistono pratiche di manipolazione dell'opinione pubblica, spesso insidiose e pericolose; addirittura con il ricorso all'intervento di agenzie internazionali di pubbliche relazioni che – e questa è esperienza diretta – hanno costruito vere e proprie campagne di disinformazione, purtroppo a volte con successo.

8) Un'ultima considerazione mi sembra necessaria: per ragioni che si spiegano con la storia del nostro Paese, indagini e processi penali sono stati troppo spesso uno strumento di lotta politica. Cito in proposito Luciano Violante, ma si tratta di valutazioni largamente condivise: «L'avversario non è un naturale interlocutore, come vogliono le regole della democrazia, ma è un 'ostacolo da abbattere' [...]. [...] Se la lotta politica si facesse con altri mezzi, cesserebbe l'interesse alla violazione del segreto. Non bastano le buone leggi, come diceva Machiavelli: servono i buoni costumi»[3]. E ancora «Il problema nasce dall'utilizzo delle inchieste nella lotta politica. Non è l'inchiesta in sé a essere decisiva nelle vicende politiche, ma l'uso che se ne fa». E, anzi, il problema è più generale perché non è limitato alla politica; dobbiamo infatti constatare che le notizie connesse a indagini e processi sono diventate strumento di lotta anche in altri campi – economico, finanziario sociale, persino culturale – sui quali si scontra una società divisa e conflittuale come è la nostra.

Queste puntualizzazioni mi sono sembrate necessarie per inquadrare la questione della «comunicazione della giustizia» da parte delle Procure della Repubblica, in termini meno approssimativi e confusi di quanto spesso non avvenga.

La materia è regolata, oltre che dai principi dell'ordinamento europeo richiamati all'inizio, da norme primarie come l'articolo 5 del d.lgs n. 106/2006, che riserva al procuratore della Repubblica o a un suo delegato i rapporti con la stampa, e il d.lgs n. 109/2006 che prevede il rilievo disciplinare di una serie di comportamenti tra i quali la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto di cui non è prevista la pubblicazione e la violazione del dovere di riservatezza. Il tratto comune a tutte queste ipotesi

3. E. Calessi, *Matteo Renzi sia generoso. Candidi Gentiloni premier*, intervista a Luciano Violante, *Libero*, 23 maggio 2017, www.liberoquotidiano.it/news/politica/12393082/luciano-violente-intervista-matteo-renzi-paolo-gentiloni-premier.html.

disciplinari è che sono rilevanti in quanto idonee a ledere indebitamente diritti altrui.[4]

In realtà, anche l'aspetto deontologico è estremamente complesso perché vengono in gioco principi primari dell'ordinamento a cominciare da quello della libertà di pensiero. Prova della delicatezza di questa questione è data da una sentenza della Suprema corte sul caso di un sostituto della procura della Repubblica per i minori di Milano che era stato in un primo momento sanzionato disciplinarmente dal Csm perché, dopo una dichiarazione estremamente critica del Ministro degli interni in Parlamento sull'operato suo e del suo ufficio, era intervenuto pubblicamente dando i chiarimenti del caso. Le Sezioni unite hanno affermato che la tutela dei magistrati contro denigrazioni diffamatorie, oltre che compito del Csm, «è diritto di ogni magistrato ed è anche un dovere istituzionale al quale non si può abdicare poiché la credibilità dell'istituzione giudiziaria e la fiducia dei cittadini nella sua imparzialità sono una garanzia assoluta della vita democratica»[5]. Quindi ha ritenuto che in quel caso il magistrato avesse agito non solo nell'esercizio di uno stato di necessità di difendere il proprio onore, ma addirittura nell'adempimento del dovere.

Non è possibile, in questa sede, esaminare dettagliatamente le linee-guida emanate di recente dal Csm. È però opportuno rilevare che il Consiglio – superando le rigidità della precedente normativa secondaria e le incertezze della prassi – nel ribadire ovviamente che la responsabilità dei rapporti con la stampa è del procuratore della Repubblica che può delegarli, anche per specifici ambiti di attività a uno o più magistrati, ha recepito il modello positivo di molti uffici requirenti che prevede forme articolate di comunicazione: dalle conferenze stampa vere e proprie nei casi di maggior rilievo, agli incontri informali del magistrato, di solito un procuratore aggiunto, che segue uno specifico settore, per illustrare le linee generali di un provvedimento, già pubblico, che segna un momento significativo di una indagine importante; dai comunicati stampa che danno sommariamente notizia delle attività della polizia giudiziaria ai comunicati ufficiali per precisazioni – di solito smentite, per la verità – che appaiono meritevoli di una specifica trattazione per il loro rilievo sociale ed economico, allorquando una notizia non smentita possa essere ritenuta vera e sia suscettibile di causare danno a terzi o abbia effetti di rilievo istituzionale.

Poi, naturalmente – inutile nascondersi dietro un dito – è chiaro che c'è una trama, più o meno fitta, di rapporti fra i singoli magistrati e giornalisti in relazione ai processi i cui atti sono diventati pubblici e che peraltro trovano un contrappeso nei rapporti che gli stessi giornalisti hanno con le altre parti del procedimento. Però questo contatto rimane informale nel senso che non può né deve sfociare in dichiarazioni rese da magistrati diversi da quelli legittimati a farle.

Da quanto ho fin qui esposto, è evidente che ritengo del tutto inutile che una Procura della Repubblica si doti di un ufficio stampa che potrebbe dare solo le notizie contenute negli attuali comunicati, nella maggior parte dei casi del tutto insufficienti (per i giornalisti).

Ciò che mi sembra essenziale, e su cui giustamente insiste lo stesso Csm, è, da parte dei magistrati, assicurare la *par condicio* tra gli operatori dell'informazione. È indispensabile evitare i canali preferenziali sulle notizie, specie le più importanti (poi ci sono anche quelle di interesse meramente locale o settoriale), «*evitando canali informativi riservati e ogni impropria rappresentazione dei meriti dell'ufficio e dei servizi di polizia giudiziaria*»[6].

Su questo punto, io concordo anche sulla proposta di Luigi Ferrarella, recepita in parte nel recente decreto delegato sulle intercettazioni (la cui efficacia è in atto sospesa), per mettere formalmente a disposizione dei giornalisti lo stesso materiale che viene depositato per gli avvocati nel momento in cui diventa pubblico. Naturalmente ci sono molti ostacoli da superare e molti accorgimenti da adottare, specie per la tutela dei terzi; mi sembrerebbe però un'operazione di trasparenza che contribuirebbe a evitare quei canali preferenziali unanimemente deprecati. In questa direzione c'è stato di recente una interessante presa di posizione di alcuni avvocati romani tra cui il Vicepresidente della Camera penale[7].

Quanto fin qui affermato porta anche a una possibile precisazione su come debba avvenire questa comunicazione. L'obiettivo deve essere quello di dare dell'attività giudiziaria (e alla sua organizzazione) un'immagine comprensibile, ragionevole, non condizionata dai conflitti della società purché, naturalmen-

4. Il Codice deontologico dell'Anm è ancora più dettagliato; il punto cruciale mi pare questo: «fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni e interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa così come in ogni scritto e dichiarazione destinati alla diffusione».

5. Cass. Sez.un. civ., 28 gennaio 2014, ric. Fiorillo.

6. Vedi punto 2, lett.c) delle «Linee-guida», cit.

7. V. Comi - A. Mazzone, *Informazione e tutela della* privacy*: e se si consentisse il diretto accesso agli atti?,* in *Il Dubbio*, 13novembre 2018, p. 14.

te, questa immagine corrisponda alla realtà delle cose. E quindi il magistrato deve essere capace di parlare in modo chiaro, ragionevole ed equilibrato, dimostrando altresì di essere a sua volta capace di ascolto.

Le «linee-guida» del Consiglio sono, come è ovvio, largamente condivisibili, anche se a volte sembrano non prendere in adeguata considerazione alcune delle circostanze di fatto illustrate nella prima parte di questo intervento.

Così, in primo luogo, sembrano ritenere che il pubblico ministero sia il detentore esclusivo delle informazioni, mentre la realtà quotidiana dimostra che la parte di gran lunga maggiore delle notizie importanti sono date dai giornalisti, con le modalità e il rilievo che essi (e non il pubblico ministero) scelgono, dopo aver avuto copia di atti non più segreti, i quali a loro volta sono stati redatti, peraltro non solo dal pubblico ministero, ma anche da altri soggetti, a cominciare dalla polizia giudiziaria e dal gip, in relazione alle loro finalità processuali e non certo per diventare oggetto di comunicazione (salvo, ripeto, i casi patologici di cui si è già detto).

Con questa avvertenza sono certamente condivisibili le indicazioni di:

- evitare ogni ingiustificata comunicazione di dati sensibili (punto 2, lett.b, n. 1);
- garantire particolare tutela alle vittime e alle persone offese, adottando tutte le misure utili ad evitare l'ingiustificata diffusione di notizie e immagini potenzialmente lesive della loro dignità e riservatezza (punto 2, lett.b, n. 4 seconda parte);
- cercare la massima, possibile spersonalizzazione della comunicazione (punto 3, lett. d);
- ridurre il rischio di impropria influenza sul giudice e sul pubblico ministero (punto 3, lett. e);
- tutelare la dignità e i diritti delle persone coinvolte nel procedimento (punto 3, lett. f).

Una riflessione ulteriore è infine opportuna su una delle indicazioni delle «linee-guida del Consiglio». Indicazione che peraltro riecheggia la Dichiarazione di Bordeaux citata all'inizio e che ci consente di riepilogare efficacemente alcuni punti già esaminati: «*È assicurato il rispetto della presunzione di non colpevolezza; va quindi evitata, tanto più quando i fatti sono di particolare complessità o la loro ricostruzione è affidata a un ragionamento indiziario, ogni rappresentazione delle indagini idonea a determinare nel pubblico la convinzione della colpevolezza delle persone indagate*» (punto 2, lett. b, n. 4 prima parte).

Ribadito – come riconosce lo stesso Consiglio – che le Procure hanno il diritto e il dovere di informare, è necessario comprendere il valore e il senso dell'indicazione sopra riportata quando, e sono i casi più frequenti e rilevanti, viene data notizia di una misura cautelare, peraltro adottata dal Giudice, o di una richiesta di rinvio a giudizio.

Credo che l'indicazione consiliare debba avere riferimento al *modo* in cui le informazioni vengono veicolate[8], mentre nel merito la Procura resta tenuta a informare i cittadini delle ragioni per cui essa stessa, e il gip che ha emesso la misura, ritengono che nei confronti dell'indagato ci siano, allo stato, gravi indizi di colpevolezza, fermo restando il richiamo al principio costituzionale; ma la citazione nell'articolo che verrà pubblicato di questo richiamo al principio di non colpevolezza resta poi affidata alle scelte di ogni singolo giornalista. Quindi, al di là degli aspetti formali, pur importanti, il vero nucleo problematico del rapporto tra informazione, doverosa, da parte delle Procure e diritti dell'accusato sta altrove: non tanto, salvo casi estremi, nel tenore dei comunicati o delle singole comunicazioni, ma piuttosto nell'adozione di strategie scorrette e subdole, con l'organizzazione sistematica di campagne di stampa attraverso giornali "amici" cui vengono fornite informazioni privilegiate, o con l'uso improprio di fatti emersi dalle indagini per screditare l'indagato o un'altra delle parti al di là del loro rilievo processuale, in un contesto di strategie extraprocessuali o addirittura finalizzate a interessi personali.

In sostanza, il diritto dell'accusato, e anche il principio di non colpevolezza, si rispetta garantendo un processo equo e corretto anche sotto il profilo dell'informazione fornita. Con una notazione supplementare: che anche qualcuna delle altre parti potrebbe tentare di "inquinare" o "forzare" il processo per via mediatica e allora potrebbe essere necessario un intervento del pubblico ministero, nel modo più sobrio e senza polemiche, per ristabilire l'equilibrio spezzato.

Vorrei chiudere con una considerazione su un aspetto ulteriore e diverso, dell'utilità dell'informazione sulla giustizia. Il processo, come insegna Salvatore

8. F.M. Pizzetti, *Informazione, presunzione di innocenza e "verginità del giudice". L'Italia e l'Europa*, in *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pacini srl, Pisa, 2016, p.129, sottolinea che la presunzione di innocenza «vale soprattutto a disciplinare la forma, ossia i modi, dell'informazione sui procedimenti penali in corso più che non a limitarne l'oggetto. In questo senso, quando si discute di un'informazione lesiva della presunzione di innocenza, il tema non è quello, a sua volta ben noto delle fughe di notizie, ma è soprattutto quello del linguaggio, delle modalità espositive, dei toni utilizzati».

Satta[9], non deve perseguire scopi esterni al processo stesso; le indagini e i processi si fanno per arrivare a una sentenza che affermi o escluda la responsabilità di uno o più soggetti in relazione a fatti specifici. Non si fanno, invece – è la mia opinione – per far pubblicare articoli di giornali o per riscrivere la storia. Però, nel momento in cui viene meno, secondo le regole del codice, il segreto investigativo, le risultanze delle indagini offrono alla pubblica opinione e al dibattito democratico una massa di conoscenze che possono essere utili o addirittura preziose. Specie perché, in molti casi, si tratta di elementi non acquisibili diversamente: credo che nessuno dubiti, per fare un esempio, sul contributo che alla crescita sociale e civile del nostro Paese hanno dato le indagini sulle mafie e sulla corruzione. Compresi quei dialoghi o quei filmati che una volta depositati sono diventati patrimonio conoscitivo della società: penso, per esempio, alla documentazione dell'omaggio ai *boss* durante la festa della Madonna di Polsi e della riunione dei vertici della 'ndrangheta lombarda a Paderno Dugnano; o della richiesta e del pagamento di tangenti in varie parti d'Italia; o, ancora, delle conversazioni tra i capi delle organizzazioni mafiose e gli appartenenti all' "area grigia". Anche questa è comunicazione della giustizia. E non credo sia giusto rinunciarvi.

9. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994.

Comunicare: un compito inutile?

di *Giancarlo De Cataldo*

L'autore prende le mosse da una definizione della sentenza come atto finalizzato a rendere manifesto, sia alle parti processuali direttamente coinvolte, che alla collettività, l'*iter* logico che sorregge la motivazione del giudice. La sentenza viene poi analizzata come documento narrativo, con riferimento agli elementi che vi devono necessariamente comparire in ossequio al dettato normativo e alle possibili tecniche di redazione, in un percorso che dovrebbe tendere all'ottenimento della giusta completezza espositiva nel quadro di una maggiore concretezza e sinteticità. L'autore si chiede infine, in chiave problematica se non apertamente critica, se l'innegabile sforzo dei giudici di comunicare, attraverso la motivazione della sentenza, in modo più chiaro, conciso e comprensibile, possa servire a migliorare, se non l'accettazione, quanto meno la comprensione, da parte della collettività, delle regole del giudizio.

1. La funzione della sentenza è di rendere manifesto l'*iter* logico del giudice. I destinatari sono i diretti interessati e la collettività. I diretti interessati in quanto nella loro sfera giuridica si determinano gli effetti prodotti dalla sentenza, la collettività nel rispetto del diritto di controllo sull'operato della giurisdizione che affonda radici nella Costituzione. Possiamo definire tutto questo come "funzione di conoscenza".

2. La funzione di conoscenza origina un testo nel quale coesistono profili squisitamente tecnici e altri più prettamente divulgativi. Chi legge una sentenza deve potersi rendere conto del perché si sia pervenuti alla decisione. A mio avviso, sotto questo profilo, tutte le prescrizioni che impongono di riportare nella sentenza elementi fattuali o descrittivi estranei a quanto necessario a inquadrare l'*iter* logico decisionale trovano, nella sentenza stessa, sede impropria. Indicazioni come le generalità delle parti, la nomina del difensore, l'elenco dei testi ascoltati nelle singole udienze, ecc, potrebbero utilmente essere scorporate dalla sentenza e inserite in un apposito "diario del processo", da tenere diacronicamente a cura degli uffici. Si tratta infatti di elementi del tutto privi di connotati decisori e tipici di un'attività ordinatoria e non decisionale. La sentenza potrebbe così essere restituita alla sua natura essenziale di "racconto" del processo e delle questioni che vi sono state affrontate e decise.

3. Pressoché l'intero contenuto di una sentenza è regolamentato dalle norme processuali. Esse dettano i criteri il cui rispetto fa sì che una sentenza sia completa e rispondente ai requisiti normativamente previsti (articolo 546 cpp).

4. Ma una sentenza completa non è necessariamente una sentenza tale da adempiere alla funzione di conoscenza. Non sono poche le sentenze che spiegano male, o non spiegano affatto, l'*iter* logico seguito dall'estensore. Ciò può determinarsi sia per un difetto strettamente linguistico che per un *deficit* logico.

5. Si può dunque avere una sentenza che (nella percezione comune) è "scritta male": tanto perché incomprensibile, farraginosa, confusa, contraddittoria nello sviluppo che conduce da una premessa a una conclusione, quanto perché lessicalmente sciatta.

6. Il legislatore, in realtà, ha preso in considerazione entrambi i profili. Le disposizioni dettate dall'articolo 546 cpp delineano un potenziale percorso di sviluppo "narrativo" dell'argomentare logico del giudice. Tutte le altre norme, seminate nei codici, che richiamano ai principi di chiarezza, economicità, sinteticità, ecc, sembrano, invece, mirare all'individuazione del "corretto linguaggio" della sentenza.

7. Nei mesi passati ho partecipato a un tavolo di studi organizzato dal Ministro di giustizia strutturato intorno a un gruppo di lavoro (presieduto da Antonello Mura) per la definizione dei criteri di "sinteticità" e "chiarezza" degli atti giudiziari. Ho personalmente tentato – in quell'ambito – di azzardare una definizione dei concetti di chiaro e sintetico ove applicati a una sentenza: "chiaro" è il testo che persegue la comprensibilità più vasta, che, dunque, non ambisce a selezionare un determinato tipo di lettore, ma mira a includere quanti più lettori. Ciò dovrebbe indurre a ritenere non rispondente ai criteri predetti tanto la sentenza che pretermetta o ridimensioni oltre ogni accettabile limite di comprensibilità la parte narrativa, quanto la sentenza che affidi alla sola narrazione del fatto il controllo dell'*iter* logico seguito dal giudicante.

8. "Sintetico" è invece il testo che si proponga di rispettare la funzione di conoscenza con la massima economicità di mezzi.

9. Se la questione può essere posta in questi termini, allora va riempita di costrutto la distinzione, cui si accennava sopra, fra i profili linguistici e quelli di logica espositiva. Una sentenza può esser "ben scritta" dal punto di vista lessicale e risultare incomprensibile al vaglio logico, e viceversa.

10. Non credo che possano esistere in merito regole universali, né strumenti coercitivi. Si può e si deve lavorare molto sulla cultura della redazione del testo, ma (personalmente) l'imposizione di dettami eccessivamente dettagliati (dal format all'aggettivazione) mi pare mortificante. Senza contare poi che il diritto come scienza dell'interpretazione sembra ontologicamente refrattario all'incasellamento in schemi eccessivamente contenitivi.

11. Un grande intellettuale, Mark Strand, poeta laureato che spese anni a insegnare scrittura creativa al Committee on Social Thought di Chicago, sosteneva: «si può insegnare a scrivere a chi ha talento, ma chi ha talento non ha bisogno di insegnanti». L'aforisma potrebbe sembrare scoraggiante, ma va integrato con una considerazione che anima tutte le scuole di scrittura creativa sparse nel mondo (Italia inclusa): forse non si può insegnare a scrivere, ma si può mettere a disposizione di chi scrive un complesso di regole utili a creare un sapere condiviso. Che, senza rigidità o imposizioni, possa condurre, nel tempo, alla creazione di un linguaggio (mi esprimo in senso chiaramente atecnico) comune nel quale "chiarezza" e "sinteticità" divengano valori accettati (e non regole calate dall'alto).

12. Sotto questo aspetto, la necessità di corsi e seminari, anche su base di formazione permanente, e aperti a contributi di non-giuristi, mi pare essenziale.

13. Quanto a possibili consigli immediati, si può azzardare qualche considerazione relativa alla scrittura "narrativa" del testo.

14. Al netto di quegli elementi meramente ordinatori richiesti dall'articolo 546 cpp (indicazioni delle parti, ecc.) la sentenza "racconta" un fatto (o più fatti), interroga l'interprete/giudicante sulla rispondenza dello stesso a uno schema concreto delineato nell'imputazione, e, in caso di risposta positiva, alla fattispecie astratta evocata. In caso di risposta positiva (ma anche negativa, ove ci si muova in ambito di modifica del *nomen juris*), il giudicante è chiamato – laddove se ne profili l'eventualità – a pronunciarsi sull'imputabilità, e, in caso di risposta positiva, ad irrogare/comminare/applicare la sanzione. In caso di risposta negativa alla domanda della rispondenza del fatto contestato al fatto ricostruito dal giudicante, lo stesso sarà chiamato a rendere ragione, appunto, di questa non corrispondenza. Lo schema sintetico così delineato, arricchito dalla doverosa narrazione delle prospettazioni delle parti, è di fatto, come si diceva, ripercorso dall'articolo 546 cpp laddove indica il percorso che si dovrebbe seguire nella stesura della sentenza.

15. Un esempio concreto. Nella città di XX scompare una donna. Si accerta che costei intratteneva plurime relazioni sentimentali con svariati individui. Costoro vengono sentiti, e si indaga sul loro conto. Fra tutte, balza all'attenzione degli inquirenti la figura di YY, che rende versioni discordanti sui suoi rapporti con la scomparsa. Ma nonostante perquisizioni, intercettazioni, interrogatorio, per oltre un

anno nessuna prova viene raggiunta, e la donna resta introvabile. Finché non si viene a sapere che YY dispone di altri locali, mai perquisiti prima. Si procede ad accesso e viene ritrovato il cadavere della vittima, seppellito in una cantina di pertinenza di YY. Costui infine ammette di aver seppellito la donna, ma non di averla uccisa. La sua versione: lei muore dopo una lite e lui, colto dal panico, la seppellisce. Per giunta, tramite i suoi difensori, allega un disturbo mentale che ne avrebbe compromesse le capacità di intendere e di volere al momento dell'accaduto. Il processo si celebra con rito ordinario davanti alla Corte d'assise. Il *thema decidendi* riguarda: le cause del decesso (morte accidentale o omicidio?) e l'imputabilità. Ebbene: quanto da me riferito circa il fatto in 15 righe occupa una sentenza di oltre 150 pagine. Detratta la parte motiva, il semplice racconto del fatto, preceduto da una lunga esposizione del "diario del processo" (inclusi nomi e cognomi di tutti i testimoni sentiti udienza per udienza, inclusi gli irrilevanti) occupa numerose pagine. Ma ciò che più stupisce è che la notizia relativa alla scoperta del cadavere della sventurata vittima giunga a pagina 59. Il lettore dunque, e anche il destinatario, per circa un terzo dell'elaborato non sa ancora che il corpo è stato rinvenuto, ed è indotto a pensare che si tratti di un processo indiziario, se non di un caso di morte presunta. Quanto alla difesa, l'atto d'appello non è da meno: nella prima parte riproduce la sentenza (!) elencando le parti critiche, con notazioni relative ad aspetti marginali e del tutto irrilevanti. E quando infine si decide ad affrontare i veri temi (imputabilità, prova scientifica) lo fa con lunghe e verbose pagine nelle quali due o tre concetti base vengono ripetuti ossessivamente più e più volte.

16. La sentenza, e l'atto d'appello che nel precedente paragrafo vengono criticati, rispondono tuttavia ai criteri di legge. Sono testi corretti dal punto di vista dell'esposizione del fatto e della logica decisionale. Non rispettano la raccomandazione sulla "concisa" esposizione del fatto. E da ciò, a cascata, discende tutta la restante farraginosità.

17. Se si prende come esempio (in negativo) questa sentenza, si può ipotizzare uno schema espositivo che risponda ai criteri di chiarezza e sinteticità:

a) Il giorno (...) nella città di (...) alle ore (...) scompare la signora ZZ.
b) Fra le persone sospettate c'è il signor YY che rende versioni discordanti.
c) Le indagini non approdano a nulla finché non si scopre, in una cantina di sua pertinenza, il cadavere di ZZ.
d) YY si difende asserendo ecc. ecc..
e) Il giudice ritiene non provata la versione di YY per i seguenti motivi: e1- cause della morte; e-2 rapporti fra vittima e imputato; e-3 mendacio dell'imputato, e via dicendo.
f) Posta la responsabilità, YY sostiene di versare in condizione di infermità mentale... . Il giudice ha disposto perizia psichiatrica che ha dato i seguenti esiti... .
g) Pena e sua determinazione.

18. Si tratta, in sostanza, dello schema dell'articolo 546 cpp, innervato da una consapevole gestione di elementi di chiarezza (raccontare in modo che tutti capiscano) e sinteticità (raccontare ciò che serve e niente di più). Che tutto questo si possa insegnare come gli algoritmi o la lingua greca continuo a non crederlo. Che si possa insistere e insistere e insistere finché non diventi patrimonio condiviso, questo lo credo fortemente.

19. Una notazione sul rapporto fra sentenza (testo tecnico) e scrittura creativa. Bene. Se immaginiamo una struttura narrativa classica (dallo pseudo-Aristotele alla manualistica in voga nelle università americane, passando per Bettelheim, Galvano della Volpe e Joseph Campbell) noteremo che la struttura classica si articola in tre atti. Nel primo atto (A) vengono presentati i personaggi, di solito protagonista e antagonista; nel secondo atto (B) si sviluppa il conflitto fra A e B; nel terzo atto A o B trionfano. Uno schema elementare, che naturalmente nella grande narrativa è decisamente più complicato, ma dal quale non si può prescindere se si vuole tentare di costruire un *corpus* di regole condivise. E allora, riportando il discorso alla nostra sentenza: A sarà il racconto del "fatto". B sarà la spiegazione di come i due contendenti – nel processo penale Accusa e Difesa – leggono e interpretano questo fatto, alla luce del dettato normativo e C sarà il momento della risoluzione del conflitto: il giudice sancirà l'affermazione della tesi accusatoria ovvero di quella difensiva, e la sua motivazione sul punto costituirà quella che, in termini narratologici, è la risoluzione dei conflitti.

20. Qualche considerazione, infine, sull'impatto sociale (possibile) di decisioni scritte in modo corretto, conciso, comprensibile. Nella costruzione mentale di molti di noi (mi riferisco soprattutto ai colleghi di Md, con i quali ho affinità sin dal mio ingresso in magistratura, nel 1984) la redazione del "giusto" provvedimento è parte di quel progetto culturale di costruzione del "nuovo" modello di magistrato che, sin dall'epoca in cui si gettarono le fondamenta di

Md, è uno degli obbiettivi centrali. Il giudice calato nella società, contrapposto alla tradizionale torre d'avorio. Le nostre profonde convinzioni hanno fatto di noi degli illuministi di ritorno. L'idea è che il "nuovo" modello di giudice sia non solo più accettabile, per la collettività, ma che contribuisca a migliorarla. Un miglior giudice per una società migliore. Percorso analogo a quello seguito nel tempo dalla psichiatria democratica, dalla stessa medicina democratica, dalla scuola del post- sessantotto, dalla Chiesa conciliare. L'idea che scardinando la tradizionale separatezza, avvicinandosi quanto più possibile a forme di comprensione e condivisione reciproca si possa migliorare tutti insieme. Magari non convincere l'ergastolano che la sua pena è giusta, ma almeno a rispettare chi gliel'ha inflitta (come racconta Fassone nel suo bellissimo volume «*Fine pena: ora*»). E qualcosa di analogo sta accadendo con il vasto tema della giustizia riparativa: l'idea che una soluzione condivisa sia preferibile all'imperio, che parti tradizionalmente avverse possano avvicinarsi, che la strada maestra, insomma, non sia necessariamente quella del conflitto portato alle estreme conseguenze. Lo definisco "pensiero illuminista" perché presuppone una prevalenza della ragione sul sentimento, o almeno la capacità di sentimenti meno estremi – la resilienza, per usare una categoria un po' in via di oblio – di eclissare quelli più ingovernabili (l'odio, il rancore). E qui scatta la domanda: la strada del nuovo giudice ha funzionato? Questo modello è stato preferito dalla collettività al precedente?

21. E qui, riflettendo sull'attuale stato delle cose la risposta non può che essere problematica. Questo modello di giudice ha raccolto qualche consenso, ma anche molto dissenso. E in questa fase storica sembra decisamente essere in crisi. Non è solo questione di gradimento, indici statistici, della guerriglia ormai diuturna con gli altri poteri. È qualcosa di più indefinito e di terribile che percepisci nelle parole come nella prossemica. Lo *zeitgeist*, lo spirito del tempo ostile. Ed è fatale che ciò provochi una risposta di chiusura, di arroccamento, una risposta d'*antan*. Se migliorando non si migliora il contesto, perché darsi tanta pena? Non è meglio piuttosto concentrarsi "tecnicamente" sul proprio lavoro (come se la tecnica, ogni tecnica, fosse neutra!) e tornare all'antico? C'è molta frustrazione, in queste prese di posizione, spesso diffuse fra i giovani colleghi. Ma in molti sono convinti che un'interpretazione meno aperta e più tradizionale (diciamo così, impropriamente, ma per rendere il senso) del ruolo aiuti, se non altro, a campare più serenamente. Ed ecco che lo sforzo di scrivere una migliore sentenza appare, a tanti, superfluo. Inutile. Mi sento spesso ripetere da giovani colleghi o aspiranti tali: ma io devo convincere il giudice di appello o la Cassazione, mica l'imputato o il popolo in generale. Ho tanti adempimenti ai quali rispondere, non posso certo perdere tempo col bello stile, e via dicendo. Sino a pronunce ancora più radicali: ma è inutile sforzarsi per essere "capiti" se si vive in un contesto in cui nessuno vuole davvero capirti.

22. Mi viene in mente, al riguardo, una bellissima pagina in un recente romanzo americano, Benedizione, di Kent Haruf. È una storia ambientata poco dopo l'11 settembre 2001, in una piccola città. Il pastore tiene in chiesa un sermone evocando il discorso della Montagna. Prima minaccia il castigo divino sui nemici dell'America, con parole d'odio. E dice: quando Gesù parlava di porgere l'altra guancia, sbagliava. Non sapeva quello che diceva. Oppure, usava una metafora, non dovete prenderlo alla lettera. I fedeli sono sconcertati, ma sembrano apprezzare. Sono americani, sono appena stati colpiti dai terroristi, sono gonfi d'odio. Ma il pastore ha teso loro una trappola. Perché dopo averli scossi in questo modo, con apparente, ma ben costruita contraddizione, si corregge: e se invece Gesù dovessimo prenderlo alla lettera? Se la strada giusta fosse proprio quella della non-violenza? Se per spezzare la spirale dell'odio fosse necessario invertire la tendenza? I fedeli non lo capiscono, e soprattutto non vogliono capirlo. Indignati, abbandonano la chiesa. Qualcuno, nei giorni successivi, lo affronta per strada e lo picchia. È un nemico dell'America, vuole arrendersi ai terroristi.

23. Quando ho letto questo capitolo di Haruf, mi sono immediatamente chiesto: il pastore non ha fatto breccia nell'animo dei suoi fedeli perché è apparso troppo freddo, o dogmatico, o enfatico? Se avesse parlato meglio, lo avrebbero capito meglio? Lo avrebbero accettato? Se avesse scritto meglio la sua "sentenza", sarebbe stato compreso? Credo di no. E così crede anche lo scrittore, che fa riflettere il suo personaggio: questo Cristo che semina dubbi, la gente non lo capisce. La gente vuole sentire un sermone rassicurante, poi tornare a casa, arrostire due bistecche al barbecue, bersi la propria birra e dire: che bella funzione ha tenuto oggi il pastore! Come parla bene! Si scoprirà poi che il pastore è recidivo: era stato mandato via da un'altra città per essersi pubblicamente speso contro le discriminazioni nei confronti degli omosessuali. Il problema non è "come" il pastore afferma le proprie convinzioni. Il problema "sono" quelle convinzioni. E se il pastore incontra una forte opposizione alle sue idee in tema di pacifismo e tolleranza "gender", oggi il modello di giudice alternativo alla torre d'avorio incontra una forte opposizione

nella collettività e notevoli resistenze all'interno della classe togata perché è fatalmente vettore di idee esse stesse oggetto di serrata critica: a partire dal garantismo, passando per il diritto penale minimo, sino all'estremo della tutela di valori che sino a pochi mesi fa consideravamo acquisiti e che ora appaiono quanto meno controversi, come insegnano le recenti vicende delle proposte di modifica della legittima difesa e della protezione umanitaria.

24. È dunque davvero comunicare è uno sforzo inutile? Una sentenza trasandata sciatta superficiale poco comprensibile ma capace di "tenere" in Cassazione perché formalmente ineccepibile equivale a una bella sentenza concisa e sintetica e completa perché tanto chi ha perso maledirà comunque e chi ha vinto, ritenendosi nel giusto, passerà con indifferenza all'incasso? No, certo che no. Passato lo sconforto, si può tornare a leggere Haruf in un modo diverso. Il pastore sa che le sue parole rischiano di essere impopolari, eppure non si astiene dal pronunciarle. A ben vedere, due o tre fedeli, una minoranza, certo, restano ad ascoltarlo, e sono colpiti. E poi la fase acuta passerà, e ci sarà da rimboccarsi le maniche e ricostruire. Meglio, allora, portarsi avanti col lavoro. Perciò il compito del pastore non è inutile, anche se sul breve periodo può apparire come tale. Perciò il dovere del giudice di rendere la migliore motivazione possibile non può mai essere negletto. Anche se, a volte, appare inutile, la sua utilità si misura in un tempo che non è quello delle passioni immediate. È un'utilità da considerare, come avrebbero detto gli antichi, *frigido pacatoque animo*. Nell'era dei *social* può apparire impossibile, o vano, ma ci si deve comunque provare.

Comunicare il processo

di *Francesco Petrelli*

Come e perché è necessario comunicare il processo. Occorre ristabilire l'alleanza fra processo e ragione, fra la cultura condivisa del Paese e il processo penale. L'errore dell'avvocatura non è stato quello di non aver saputo difendere il "giusto processo" ma di non averlo saputo "comunicare". Di aver lasciato che intere classi politiche e dirigenti di questo Paese crescessero e venissero educate alla scuola illiberale di chi vede nel processo penale solo un ostacolo alla affermazione della legalità e non uno strumento di riaffermazione dello statuto democratico di un Paese. Una società spaventata, resa insicura ed incerta dalla crisi e dalla globalizzazione, ha cessato così del tutto di vedere nel diritto uno strumento di realizzazione della persona. Ciò che viene chiesto dal cittadino non sono più diritti ma sono in realtà tutele e protezioni, non nuovi spazi di libertà, ma più benefici e più assistenza, non diritti civili e garanzie della persona per poter sviluppare e veder maturare le proprie aspettative individuali, politiche e sociali. Ed in questo contesto è sempre più necessaria un'avvocatura capace di parlare la difficile lingua dei diritti dimenticati.

1. Pochi anni prima della dichiarazione di indipendenza, il Congresso americano scriveva in una missiva al popolo inglese: «*noi intendiamo di godere dei medesimi vantaggi che la Costituzione inglese assicura ai sudditi, e particolarmente quello, che abbastanza non si può stimare del giudizio per giurì, che noi pensiamo appartenere all'essenza della libertà inglese, che nessuno possa essere condannato senza essere ascoltato, né punito per offese contestatigli senza avere la facoltà delle difese*»[1]. Si tratta di un esempio lontano ma efficace di quello che può essere il rapporto che lega un popolo al "suo" processo. Certamente le radici politiche remotissime del "giudizio dei pari" e l'istituzione stessa della giuria, che coinvolge direttamente il cittadino nel meccanismo decisionale del processo, hanno avuto un ruolo non indifferente nella formazione e nella conservazione di quel legame.

Ma vi è un elemento che probabilmente supera quella distanza storica, politica e culturale e ci induce ad alcune riflessioni. Quel popolo di insorti, infatti, lontano dalla madre patria, insediato in una terra ostile, "vuole" il suo processo in quanto ne ha assimilato il linguaggio[2], traendone il profondo nesso politico che lo lega ai vantaggi della Costituzione e, dunque, alla difesa della democrazia e della propria libertà[3]. E se pure è vero che è quella specifica forma di processo a porsi come un elemento empatico di forte coinvolgimento, è anche vero che essa si mostrava soprattutto come un convincente e condiviso strumento di soluzione delle questioni giudiziarie. La condivisione del fondamento razionale del proprio modello

1. C. Botta, *Storia della guerra della indipendenza degli Stati uniti di America*, Napoli 1830, vol. I, p. 304.

2. A. de Tocqueville, *Viaggio negli Stati Uniti*, Einaudi, Torino 1990, p. 243.

3. A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, Rizzoli, Bologna 2011, p. 273: «la lingua giudiziaria diviene così in qualche modo, la lingua volgare, lo spirito giuridico, nato nelle scuole e nei tribunali, si estende a poco a poco al di là di questi limiti: penetra per così dire, in tutta la società e scende nelle classi inferiori; tutto il popolo finisce con il contrarre una parte delle abitudini e dei gusti del magistrato».

processuale è, difatti, il presupposto indeclinabile della crescita di una vera cultura del processo. Non è necessario che una collettività ne conosca le regole applicative, quel che di tecnico si cela nei capoversi a volte oscuri della legge positiva, ma è indispensabile che si identifichi con la sua base razionale, ovvero con quel nucleo di principi che ne costituiscono, o ne dovrebbero costituire, il presupposto condiviso.

2. Ristabilire l'alleanza fra processo e ragione, fra la cultura condivisa del Paese e processo penale non è certo un'opera agevole. La lingua dei *social* e la lingua del processo penale, il lessico delle sue stesse radici costituzionali, sembrano attingere a vocabolari oramai divergenti ed incompatibili[4]. La politica, l'informazione ed il mondo dell'educazione sembrano inconsapevoli ed indifferenti al problema. Ma i guasti di questa indifferenza, dopo trent'anni di pratica del nuovo processo accusatorio, sono evidenti, non solo nell'ambito di una più ampia riflessione sulla scarsa resilienza sociale ai fenomeni del populismo giudiziario[5], ma emergono anche dalla esperienza minima di ogni singolo operatore del processo: ignoranza dei meccanismi basici del processo penale nell'ambito di chi opera nell'informazione e conseguente ignoranza diffusa delle sue stesse basi cognitive.

Dalla corretta individuazione dei personaggi del processo e delle rispettive funzioni, alla comprensione del metodo attraverso il quale il giudice conosce i fatti processuali. Sono pochi, infatti, i testimoni che, sedendo davanti al giudice in un pubblico dibattimento, non si meraviglino delle bizzarre pratiche del "nostro" processo. Quanto ai ruoli, poi, non c'è certo da meravigliarsi che giudici e pubblici ministeri siano collocati in un indistinto spazio della giurisdizione, senza cogliere affatto la rilevanza apicale della figura del giudice e l'esclusività della sua funzione. Ancora in una importante trasmissione televisiva, dedicata di recente alla indagine di «Tangentopoli», l'autore dei testi qualifica Antonio Di Pietro come il «*giudice Di Pietro*»[6]. Nella intera ricostruzione storico-giudiziaria di "pubblici ministeri" come soggetti di un processo di parti non c'era dunque traccia e la figura (quella vera) del giudice restava sconosciuta. Si potrebbe dire che si sia trattato di una sintesi giornalistica, perché all'epoca (se pure a tre anni dalla introduzione del nuovo codice che scandiva bene la natura accusatoria del rito, sin dalla fase dell'indagine) nell'immaginario collettivo si osannava appunto il «*giudice Di Pietro*», se non fosse che l'intero *pool* della Procura milanese veniva più volte evocato come i «*Giudici di mani pulite*».

Dopo trent'anni di codice accusatorio si poteva sperare che i giocatori non venissero più confusi con l'arbitro. E si poteva sperare che qualcuno si chiedesse se proprio l'incedere di quella vicenda politico-giudiziaria non avesse qualcosa a che vedere proprio con l'eclissi della figura del giudice. Qualcosa si è evidentemente smarrito in questi decenni. E si è persa certamente una occasione importante per "comunicare" il processo, per farne un elemento di "rivendicazione" popolare, lasciando che invece si trasformasse in uno "spettacolo" popolare[7]. Si è perso il contatto con la società nel momento in cui noi stessi abbiamo perso il contatto con il processo. Nel momento in cui abbiamo trascurato la difesa del contraddittorio e le sue forme come ineludibile strumento di conoscenza processuale da porre alla base della decisione, con tutto ciò che ne consegue.

3. È proprio muovendo da simili riflessioni che possiamo cogliere il limite evidente creato da questa sorta di analfabetismo processuale, dalla nostra incapacità di comunicare il processo, non solo alla comunità nella quale viviamo, ma anche di utilizzare una lingua comune fra noi operatori. La mancanza di un forte e stabile legame fra la cultura (anche materiale) del Paese ed il suo processo è il vero problema di fronte al quale l'intera classe dei giuristi è destinata a misurarsi. Interrogandoci sul come e sul perché la "cultura del processo" ci sia sfuggita di mano, e come sia potuto accadere che si sia perso quel profondo legame che il processo penale avrebbe dovuto invece annodare con la società, inglobandosi virtuosamente in quel contesto di istanze progressiste e condivise, di conquiste di diritti civili e di libertà politiche che il Paese, pur fra mille difficoltà, era riuscito certamente a costruire.

Finito nel prisma deformante della lotta al terrorismo mafioso, alla criminalità organizzata ed alla corruzione, il processo penale è uscito del tutto trasformato: da dispositivo liberale di tutela delle libertà democra-

---

4. Si veda, in proposito, il sofisticato sistema di elaborazione del *feedback* dei messaggi lanciati quotidianamente tramite i *social*, denominato giornalisticamente "*La Bestia*"; A. Rociola, *Agi - Politica*, 13 settembre 2018.

5. G. Giostra, *Per la democrazia peggio delle false notizie ci sono le false verità", Corriere della Sera, Orizzonti società*, 30 settembre 2018.

6. A. Purgatori, *Ritorno a Tangentopoli, Atlantide*, 28 novembre 2018, La7.

7. G. P. Voena, *Processo penale e mezzi di comunicazione di massa: un instabile stato dell'arte*, in Processo penale e giustizia, n. 6/2017; S. De Nicola – S. Ingrosso – R. Lombardo, *Comunicazione mediatica e processo penale- Quale impatto sul processo e quale squilibrio tra le parti*, Archivio Penale 2012, n. 2; E. Amodio, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, Giuffrè, 2016.

tiche di ogni cittadino, in un affare losco, che riguarda i malandrini e i loro protettori legalizzati. Macchina repressiva che guadagna punti di consenso solo se produce cautele, condanne e pene esemplari. Perso ogni contatto con l'idea stessa di "bene sociale condiviso", non deve sorprendere che il processo sia finito nell'incantamento di quelle stesse intramontabili ideologie autoritarie che, dentro e fuori la magistratura, avevano osteggiato il codice «Vassalli» durante la sua faticosa gestazione e ne avevano poi azzoppato le virtù cognitive del contraddittorio già nella culla[8].

4. L'errore dell'avvocatura non è stato, tuttavia, quello di non aver saputo difendere il "giusto processo" ma di non averlo saputo "comunicare". Di aver lasciato che intere classi politiche e dirigenti di questo Paese crescessero e venissero educate alla scuola illiberale di chi vede nel processo penale solo un ostacolo alla affermazione della legalità e non uno strumento di riaffermazione dello statuto democratico di un Paese. Senza che i più giovani avessero nei licei, nelle università, nella politica stessa e nell'informazione una scuola alternativa, seria ed autorevole.

Ed è sintomatica di questa divaricazione fra cultura e processo, la debole risposta che la società civile, l'informazione e la politica nel suo complesso, riesce a dare di fronte all'urto delle diverse culture del post-populismo, quelle del *demos* come quelle dell'*etnos*, entrambe del tutto estranee alla cultura ed alla pratica del garantismo. Lì la semplificazione del linguaggio del risentimento sociale si è aperta invece una strada agevole, proiettando nell'immaginario collettivo il fantasma di un processo penale primitivo. Una società spaventata, resa insicura ed incerta dalla crisi e dalla globalizzazione, ha cessato così del tutto di vedere nel diritto uno strumento di realizzazione della persona. Ciò che viene chiesto dal cittadino non sono più diritti ma sono in realtà tutele e protezioni, non nuovi spazi di libertà, ma più benefici e più assistenza, non diritti civili e garanzie della persona per poter sviluppare e veder maturare le proprie aspettative individuali, politiche e sociali.

Non vi è dubbio che la spinta propulsiva dei valori che tradizionalmente avevano consentito il progresso politico, legislativo e giudiziario del Paese si sia progressivamente esaurita e che nel profondo, e per quanto questo possa apparire paradossale, la collettività abbia cessato di chiedere diritti per sé, ed abbia iniziato a chiedere meno diritti e meno garanzie per gli altri, più penalità, più repressione, meno spazi, più muri, carceri, ghetti e reclusori.Difficile, in un contesto simile, aprire quei necessari spazi di civilizzazione che possano ricucire quello strappo, rischiarare l'orizzonte condiviso dei valori positivi del processo. Costruire percorsi che ci consentano di divulgare il manifesto della sua ragionevolezza.

Tanto istintivo quanto ragionevole il riflesso di dare spazio ai progetti che riguardano le generazioni future[9]. L'idea di poter ricostruire da lì l'alfabeto minimo che serve a parlare la difficile lingua dei diritti dimenticati. Perché se servono nuovi avvocati, attrezzati, specializzati e consapevoli del loro ruolo sociale, servono anche nuovi cittadini che sappiano riconoscere in quel ruolo un fondamento della loro stessa libertà.

8. L. Pepino, *Legalità e diritto di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, Relazione al X Congresso nazionale di Magistratura democratica 1993, in questa *Rivista* edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/1993, p. 282.

9. Nel 2014 l'Unione della Camere Penali, come altre associazioni, ha sottoscritto un Protocollo con il MIUR: solo nell'ultimo anno scolastico 2017/2018, sono stati 28.125 gli studenti raggiunti, 125 gli incontri e 279 gli istituti scolastici coinvolti nell'attività di formazione sui temi della Costituzione, del processo penale e del diritto di difesa.

Uno sguardo oltre i confini. Principi ed esperienze della comunicazione giudiziaria in Europa

di *Mariarosaria Guglielmi*

I principali *network* delle magistrature europee hanno elaborato articolati documenti di indirizzo in tema di comunicazione giudiziaria, che rappresentano un insostituibile quadro di riferimento per una componente sempre più rilevante del rapporto tra magistratura e società, con implicazioni importanti nel contesto della crisi dello Stato di diritto. L'analisi dell'esperienza di altri Stati membri dell'Unione europea, e in particolare della Romania, aggiunge ulteriori elementi che depongono nel senso della necessità di un approfondito dibattito anche in Italia sul tema, svolto a partire da quanto elaborato nelle sedi transnazionali.

1. A che punto è il dibattito sulla comunicazione giudiziaria in Europa? Dal *dovere* di comunicare alla *responsabilité d'explication*

L'analisi dei documenti elaborati nell'ambito dei principali *network* giudiziari europei (Rete europea dei Consigli di giustizia, Consiglio consultivo dei giudici europei, Consiglio consultivo dei procuratori europei) evidenzia la crescente importanza che la comunicazione, finalizzata ad una maggiore trasparenza e al rafforzamento dell'immagine della giustizia, ha assunto nell'elaborazione di comuni linee di azione ed obiettivi della *governance* giudiziaria.

Il punto di vista europeo espresso attraverso pareri, progetti di lavoro e *report* manifesta la consapevolezza che, contribuendo ad una corretta informazione, i sistemi giudiziari si rendono partecipi delle dinamiche del dibattito democratico, si confrontano con le aspettative di giustizia dei cittadini e alimentano, in un "percorso circolare", la fiducia che la collettività deve ricevere dalla magistratura e che alla magistratura può restituire attraverso la comprensione e l'accettazione delle sue decisioni.

La rilevanza che la comunicazione giudiziaria ha assunto nella riflessione in ambito europeo come strumento per rafforzare la legittimazione della magistratura ha comportato un mutamento dell'approccio al tema che potremmo definire essenzialmente "reattivo" e "difensivo", attento alle possibili "interferenze" della comunicazione e dell'informazione con l'esercizio imparziale ed indipendente della giurisdizione e al corretto bilanciamento fra diritti e valori potenzialmente confliggenti[1], verso la promozione della comunicazione come strumento dell'agire *democratico* del potere giudiziario: l'obiettivo della trasparenza richiede un'assunzione di *responsabilità*

1. *Vds*. Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 del Comitato dei ministri agli Stati membri sui giudici: Indipendenza, efficacia e responsabilità, adottata dal Comitato dei ministri il 17 dicembre 2010 (par. 19 «*I procedimenti giudiziari e le questioni relative all'amministrazione della giustizia sono di pubblico interesse. Il diritto all'informazione in materia deve però essere esercitato tenendo conto delle limitazioni imposte dall'indipendenza della magistratura. Deve essere incoraggiata la creazione di posti di portavoce giudiziario o di servizi stampa e comunicazione sotto la responsabilità dei Tribunali o sotto il controllo dei Consigli superiori della magistratura o di altre autorità indipendenti. I giudici devono dar prova di moderazione nei loro rapporti con i media»)* e i «Principi base per l'indipendenza dei sistemi giudiziari» delle Nazioni unite, 1985, par. 2, *«I giudici devono poter assumere le loro decisioni in modo imparziale, sulla base di fatti e in conformità con la legge, senza restrizioni, influenze improprie, incentivi, pressioni, minacce o interferenze, dirette o indirette, provenienti da qualsiasi parte o per qualsiasi motivo»*.

della magistratura rispetto alla comprensibilità del suo operato e delle sue decisioni; le prerogative di indipendenza che le spettano devono trovare il necessario contrappeso nel «*dovere di rendere conto*» alla collettività (*accountability*) .

La comunicazione giudiziaria in quanto funzionale alla trasparenza e al controllo sociale, dunque, come esigenza della democrazia: «l'attività giudiziaria è una componente essenziale delle società democratiche»; «l'inserimento della giustizia nella società richiede che l'istituzione giudiziaria si apra all'esterno e sappia farsi conoscere»; lo sviluppo della democrazia implica che i cittadini ricevano un'informazione adeguata sull'organizzazione di tutti i poteri pubblici, compreso il funzionamento delle istituzioni giudiziarie e le loro regole. Il parere del Ccje 7(2005) «*Justice et société*» formula sulla base di queste considerazioni una serie di raccomandazioni specifiche anche sulla relazione con le parti processuali per far sì che tutte possano comprendere il ruolo del potere giudiziario. Questo obiettivo, precisa il Ccje, impone che si «agisca» per garantire che la rappresentazione della giustizia di chi vi entra in contatto sia esatta e coerente con gli sforzi delle giurisdizioni volti a guadagnare la fiducia dei cittadini.

La cd. dichiarazione di Bordeaux, adottata congiuntamente dal Ccje e dal Ccpe a Brdo il 18 novembre 2009, riafferma l'interesse della società a che i mezzi di comunicazione possano informare il pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario, «l'obbligo per le autorità competenti di fornire informazioni» e «l'importanza per i giudici ed i magistrati del pubblico ministero di redigere, per ciascuna professione, un codice di buone prassi o delle linee-guida in ordine ai loro rapporti con i mezzi di comunicazione» (par. 11).

Di un "dovere" di comunicazione parla il parere 8(2013) del Ccpe con riferimento al pubblico ministero: la trasparenza nell'esercizio delle funzioni del pubblico ministero è una componente essenziale dello Stato di diritto e al tempo stesso una delle importanti garanzie del giusto processo; l'applicazione del principio di trasparenza al lavoro del pubblico ministero è un modo per assicurare la fiducia e l'affidamento del pubblico, con la diffusione delle informazioni sui loro poteri e funzioni, e l'immagine dell'attività svolta dalla Procura costituisce un importante elemento della fiducia nel corretto funzionamento del sistema giudiziario. «Il più ampio accesso possibile dei media all'informazione sulle attività del pm serve anche a rafforzare la democrazia e a sviluppare un'interazione aperta con il pubblico» (par. 31).

La riflessione sulla comunicazione giudiziaria come strumento di dialogo con la collettività e sulla trasparenza della giustizia come fattore di coesione democratica appare ulteriormente sviluppata nel parere del Ccje 18(2015) «*Il ruolo dei sistemi giudiziari e i rapporti con gli altri poteri dello Stato in una democrazia moderna*», nel contesto di una più ampia analisi degli elementi che sono alla base della *legittimazione* del potere giudiziario: all'autorità giudiziaria spettano decisioni di importanza fondamentale per la società, per gli individui e per l'attesa di giustizia; l'"autorità" e il "potere" riconosciuti alla magistratura sono esercitati in nome della società e per questo i cittadini devono poter riconoscere che i giudici, considerati individualmente e collettivamente, come tutti coloro che sono investiti di autorità e di poteri, hanno "legittimazione" ad esercitarli in nome della collettività; la legittimazione "costituzionale o formale", che discende dalla separazione dei poteri, dall'assetto di indipendenza dell'ordine giudiziario e dall'investitura di ciascun giudice conforme alle norme costituzionali e ai principi dello Stato di diritto, deve essere sostenuta ed accompagnata dalla legittimazione "*funzionale*", che discende dal rapporto di fiducia con i cittadini e dal dover *rendere conto* alla collettività dell'esercizio dei propri poteri e delle prerogative di indipendenza; la "responsabilità" che è alla base della legittimazione deve essere intesa non solo come "*responsabilità giudiziaria*" rispetto al merito delle decisioni assunte (che devono essere pubbliche, motivate e appellabili), e come responsabilità "*individuale*"(con previsioni di sanzioni disciplinari e penali), ma nel più ampio significato di *accountability* : «*i giudici sono tenuti a rendere un servizio trasparente e decisioni motivate interagendo con il pubblico e con gli altri poteri pubblici*».

Il Ccje individua quindi nella *responsabilité d'explication (explanatory accountability*) un aspetto essenziale per la legittimazione di ogni potere pubblico: «un organismo pubblico è *responsabile* se fornisce spiegazioni sulle decisioni che assume»; a condizione che sia salvaguardato il giusto equilibrio, il principio di indipendenza dell'autorità giudiziaria e di responsabilità non sono inconciliabili; l'autorità giudiziaria si esercita in nome del primato del diritto e di coloro che avanzano domanda di giustizia e la magistratura deve per questo dar conto agli altri poteri dello Stato e alla società nel suo insieme dell'uso che fa del suo potere e delle sue prerogative di indipendenza.

La *responsabilité d'explication* richiede che sia assicurata la pubblicità delle decisioni e dei processi e una motivazione comprensibile dei provvedimenti; accanto all'osservanza delle regole formali e procedurali che garantiscono l'acceso del pubblico alle aule di giustizia e la conoscibilità degli atti, è rilevante «*l'esperienza concreta dell'osservazione del potere giudiziario in azione*»; «*il dialogo con il pubblico*», che ha luogo direttamente o con la intermediazione dei media, è di un'«*importanza decisiva perché i cittadini possano conoscere i loro diritti e perché cresca la loro fiducia nel potere giudiziario*».

2. Dai principi alla messa in opera di una strategia comune della comunicazione. Le nuove sfide nel contesto europeo di crisi dello Stato di diritto

In parallelo all'elaborazione dei principi e delle raccomandazioni, il confronto in ambito europeo ha prodotto progetti di lavoro sempre più articolati per sostenere, sulla base delle esperienze concrete, la conoscenza, la diffusione e l'aggiornamento delle buone prassi, e un approccio "propositivo" e "proattivo" della magistratura e delle istituzioni di autogoverno alle problematiche della comunicazione giudiziaria: il *dovere* di comunicare, correlato al diritto della collettività di essere informata in maniera corretta e trasparente e al necessario controllo sociale sull'operato della magistratura, richiede un'assunzione di responsabilità anche rispetto alla *qualità* dell'informazione, e una *strategia* della comunicazione giudiziaria, con individuazione di obiettivi, programmazione delle attività, utilizzo di strumenti adeguati e formazione di professionalità specifiche; alla crescita delle aspettative di giustizia e della capacità critica rispetto alla risposta giudiziaria devono corrispondere l'impegno della magistratura per rendere comprensibile la complessità delle sue decisioni e del ruolo della giurisdizione e, di fronte ai rischi che, con l'attesa di giustizia non soddisfatta, si consolidi un senso di distanza dalle istituzioni giudiziarie, la comunicazione deve contribuire a diffondere e a tener viva la comune consapevolezza dei valori della giurisdizione e dell'importanza che l'indipendenza dei sistemi giudiziari riveste per la tutela dei diritti.

I gruppi di lavoro e i progetti pluriennali costituiti dalla Rete dei Consigli di giustizia hanno funzionato negli ultimi anni da *laboratori* nei quali, attraverso il confronto fra le esperienze dei vari Paesi e l'individuazione e l'analisi di buone prassi, è stata portata avanti un'azione di armonizzazione delle politiche in materia di comunicazione basata su una strategia di comunicazione "proattiva" e "intensiva".

Il primo gruppo di lavoro *Judiciary and Media (2005 – 2006),* promosso dal Consiglio olandese, prendendo atto delle diversità delle situazioni nazionali e dei rischi insiti nell'apertura ai media, si proponeva l'obiettivo limitato di identificare e di diffondere buone prassi.

Un significativo passo in avanti si realizzava con il progetto 2011/2012 *Judiciary, Society and the Media* che formulava specifiche raccomandazioni: 1) strutturare un sistema di comunicazione affidato a un portavoce (nella forma del giudice addetto stampa) e a un consulente della comunicazione, con competenza e professionalità specifiche per svolgere un'attività di informazione per il pubblico con linguaggio comprensibile e per l'uso corretto dei media; 2) adottare chiare linee guida per disciplinare i rapporti con la stampa in ordine all'utilizzo dei mezzi di comunicazione nei tribunali; 3) sviluppare una strategia per un utilizzo corretto dei social media da parte degli addetti alla comunicazione giudiziaria, con individuazione degli obiettivi e dei destinatari di questo tipo di informazione; 4) garantire strumenti per un accesso alle informazioni relative ai Consigli di giustizia (come i siti web); 5) introdurre linee guida per i rapporti con la stampa, come parte di una strategia della comunicazione nazionale, con individuazione degli obiettivi e dei reciproci interessi dei media e dei sistemi giudiziari (cosa i mezzi di informazione possono attendersi dagli addetti stampa, come i sistemi giudiziari possono confrontarsi con queste esigenze); 6) sviluppare un *proactive media approach* sia rispetto alle decisioni di singoli casi che al più generale funzionamento dei sistemi giudiziari (con attività di formazione specifica dei magistrati sulle modalità per accrescere la trasparenza dell'attività e dei sistemi giudiziari e sulle modalità di funzionamento dei media e *meeting* periodici con la stampa per illustrare il funzionamento della giustizia).

L'ultimo report 2017-2018 «*Public Confidence and the Image of Justice*», *approvato dall'Assemblea* generale di Lisbona del giugno 2018, è un articolato documento che sintetizza i risultati dell'attività svolta dal *working group* attraverso la raccolta e l'analisi di informazioni su tutti gli aspetti rilevanti per il raggiungimento dell'obiettivo: contenuti, metodi e finalità della strategia comunicativa, uso dei media, ruolo e competenze del portavoce, formazione specifica alla comunicazione, importanza dei simboli e dei segni, uso dei protocolli e gestione delle situazioni di "crisi" (consistenti negli eventi che chiamano in causa la responsabilità dei sistemi giudiziari dinanzi all'opinione pubblica, con rischi per la sua immagine o effetti negativi sul piano simbolico o per il regolare svolgimento dell'attività giudiziaria), metodi di comunicazione "proattiva", con azioni positive finalizzate a promuovere il contatto con il pubblico, la conoscenza dei sistemi giudiziari e il loro funzionamento, e ad avvicinare i cittadini ai luoghi della giustizia.

Rispetto a ciascuno di questi obiettivi, il *report* formula raccomandazioni e, in particolare: il monitoraggio periodico e regolare del livello di fiducia della collettività; l'utilizzo dei media non solo per diffondere le informazioni d'interesse pubblico ma anche per rilevare gli effetti (positivi o negativi) della comunicazione ed informazione giudiziaria; l'adozione di una strategia della comunicazione integrata (non limitata ai Consigli di giustizia, ai portavoce e ai soggetti rappresentativi degli uffici giudiziari ma estesa alla comunicazione da parte dei singoli giudici) e "intensiva" rispetto ai contesti e alle situazioni in cui si registra

un calo di fiducia verso la magistratura; lo sviluppo di strumenti di comunicazione e buone pratiche anche per i rapporti con gli altri soggetti istituzionali, avvocatura e tutti gli interlocutori nel dibattito pubblico sulla giustizia; l'istituzione di una struttura interna di comunicazione (con la figura del portavoce, di un ufficio stampa integrato con esperti di comunicazione); la formazione sulla comunicazione estesa a tutti i magistrati e ai dirigenti degli uffici;l'uso dei social media per favorire una comunicazione "diretta"; l'utilizzo delle immagini e dei simboli per identificare le istituzioni giudiziarie; le iniziative mirate a favorire il dialogo con l'opinione pubblica.

L'attuale contesto segnato da processi di regressione dello Stato di diritto, e di attacco all'indipendenza della magistratura in corso anche in paesi fortemente ancorati alla tradizione giuridica europea come la Polonia[2], pone nuove sfide anche sul piano della comunicazione giudiziaria.

La dichiarazione dell'Encj adottata all'Assemblea generale di Lisbona del giugno 2018, *On leading positive change*, traccia le future linee di azione dei Consigli di giustizia che, in questo contesto, devono assumere un "nuovo" ruolo, di orientamento in senso democratico dei cambiamenti nei rapporti fra magistratura e Paese e fra istituzioni giudiziarie e sfera politica, concorrendo a mantenere un corretto equilibrio fra i poteri e a rafforzare la posizione di indipendenza dei sistemi giudiziari.

La comunicazione giudiziaria dovrà essere strumento di questa azione di guida "positiva" delle istituzioni giudiziarie, favorendo la condivisione dei valori della giurisdizione e la comprensione dell'importanza "*vitale per ogni democrazia"* della sua indipendenza e per lo Stato di diritto: un obiettivo che richiede un impegno specifico per rendere il ruolo dei sistemi giudiziari «*più visibile, rilevante e comprensibile*» per tutti i cittadini.

3. La rilevanza delle esperienze nazionali, tra individuazione di "buone pratiche" e comprensione delle dinamiche interne dei singoli sistemi

I documenti di indirizzo prodotti dalle Reti europee di giudici e pubblici ministeri nascono e si sviluppano nell'*humus* rappresentato dalle esperienze nazionali, a partire da una grandissima varietà di culture giuridiche, contesti istituzionali, realtà sociali e contingenze politiche. È quindi certamente importante osservare come i singoli Stati hanno reagito alla pressione nel senso di una maggiore apertura verso l'esterno dell'amministrazione giudiziaria. Questo "sguardo oltre i confini" può essere alternativamente rivolto alla ricerca di "buone pratiche" o alla comprensione delle dinamiche attraverso le quali l'apertura concretamente avviene e quali ostacoli eventualmente incontra, particolarmente quando l'osservatore ha la possibilità di approfondire la realtà di ordinamenti con coordinate di base relativamente simili al proprio.

Fra gli esempi di "buone pratiche" è frequentissimo il rinvio all'esperienza olandese, e non a caso magistrati e accademici olandesi hanno svolto un ruolo importante nei molti programmi europei che hanno sostenuto i Paesi candidati all'accesso nell'Ue e i Paesi membri di più recente accessione a migliorare i propri *standard* in tema di comunicazione giudiziaria. L'esperienza olandese è caratterizzata da un "sistema di comunicazione" strutturato a vari livelli, con una pluralità di ruoli e di competenze: ne fanno parte giudici con il ruolo di *press judge* (figura istituita presso ogni Corte di appello e a livello distrettuale); gli addetti in qualità di portavoce (*spokeperson*) ai rapporti con i media; consulenti *(communication advisor*) esperti non giuridici di comunicazione, con un ruolo e funzioni complementari a quelle del *press judge*; è previsto il *national pool of judges per sector,* i cui componenti si occupano – nel settore penale e in quello della famiglia – della comunicazione sui singoli casi in ambito nazionale; sono previsti protocolli che regolano i rapporti con la stampa e riunioni periodiche della Commissione degli uffici stampa (*Committee of Press judges*) per un confronto sulle esperienze di relazione con i media, sulle possibili innovazioni nell'attività di comunicazione e delle linee guida, e sull'analisi dei casi critici che si sono verificati; il Consiglio di giustizia, che ha una sua struttura di comunicazione, organizza una volta all'anno una conferenza sul rapporto *judiciary and media,* alla quale possono partecipare anche giornalisti.

L'esperienza olandese ha un grande interesse anche per il lungo arco di tempo nel quale essa è stata sperimentata in concreto, visto che i primi interventi al riguardo risalgono agli anni '70. Già oltre un decennio fa uno studio empirico concluse riconoscendone la capacità di riequilibrare utilmente la dialettica giurisdizioni/media, dando alle istituzioni della giustizia

2. L'Assemblea generale dell'Encj il 19 settembre 2018 ha deciso di sospendere il Consiglio di giustizia della Polonia (Krs), membro fondatore della Rete, prendendo atto degli effetti negativi, e per ora irreversibili, prodotti dalle riforme sull'indipendenza del sistema giudiziario e sulla funzione del Consiglio di giustizia: il Krs non può più essere considerato una istituzione indipendente dal potere esecutivo e legislativo né un organo in grado di sostenere il sistema giudiziario nell'esercizio indipendente della giurisdizione.

la possibilità di una "difesa preventiva" (un *pre-emptive strike*) contro attacchi mediatici[3].

Abbiamo deciso, tuttavia, in questa sede di presentare più in dettaglio un'esperienza nazionale partendo dalla seconda prospettiva, ossia quella dell'interesse per le concrete dinamiche di sviluppo, comprese le criticità, in presenza di dati strutturali relativamente simili a quelli del nostro Paese.

Lo scritto di Daniela Lecca, magistrato già portavoce del Consiglio superiore della magistratura rumeno, ci introduce a un'esperienza più recente nell'ambito di un ordinamento con istituzioni giudiziarie e organi di garanzia familiari all'osservatore italiano, che prima della lunga chiusura totalitaria aveva conosciuto un'interessante fase di modernizzazione giuridica avviata con la costituzione liberale del 1923 (che già prevedeva ad es. un controllo di costituzionalità delle leggi) e, nell'ambito della giustizia, con una legge di ordinamento giudiziario del 1925 particolarmente innovativa. Al momento di rientrare tra le democrazie liberali, la Romania ha mantenuto una grande comunicazione con i più avanzati modelli costituzionali e legislativi europei, sempre con particolare attenzione all'area franco-italiana, ma non solo. Quanto descritto da Daniella Lecca conferma questa permeabilità della cultura giuridica rumena ed evidenzia lo sforzo che nell'ambito di essa si compie per far fronte a contesti politici spesso molto complessi, con la capacità di mettere sotto tensione i valori dello Stato di diritto. La nascita e l'evoluzione del sistema rumeno, del quale non si nascondono le difficoltà, è particolarmente interessante perché pone in luce un dato significativo per l'osservatore italiano. Come l'autrice specifica, l'attenzione della giustizia rumena per la comunicazione pubblica è una risposta alla necessità di far fronte a obblighi informativi imposti dal legislatore «piuttosto che l'espressione di un bisogno di comunicazione organica interno al sistema», come invece appare nell'esperienza olandese o in genere in quelle nordeuropee. Il punto di partenza dell'esperienza rumena è stato infatti la legge sull'«Informazione di pubblico interesse» del 2001, che dà attuazione a quanto previsto dall'articolo 31 della Costituzione sul diritto del cittadino a ricevere informazioni corrette dalle autorità. Gli obblighi informativi introdotti dal legislatore del 2001 gravano anche sulle Corti, e hanno posto la magistratura di fronte a scelte forzate, obbligandola a identificare soluzioni per l'introduzione delle quali la Romania ha ottenuto l'assistenza delle istituzioni europee. La netta costituzionalizzazione del diritto a ottenere informazioni da parte delle autorità pubbliche, comprese quelle giudiziarie, che ha una fortissima tradizione nel nord Europa (con punte estreme nei paesi scandinavi) e che è da noi un fattore di pressione assente, in Romania è stato poi alimentato e moltiplicato dal processo di integrazione europea. Come ricordano gli autori di un interessante studio della Banca mondiale sull'accesso all'informazione pubblica in Romania[4], se non c'è infatti un preciso *acquis* comunitario in materia di diritto generale all'informazione pubblica, si è andata tuttavia formando (anche per l'influenza dei Paesi con più tradizione al riguardo) una *soft law* che ha avuto grande peso nelle negoziazioni sull'accessione.

Anche le specifiche vicende rumene confermano che i documenti dei *network* internazionali sopra richiamati, in cui le spinte innovative interne alle magistrature hanno potuto alimentarsi (come plausibilmente nel caso di concetti come quello di *external accountability*) di una diffusa sensibilità per gli obblighi di trasparenza e comprensibilità per i cittadini dell'operato di tutte le istituzioni, forniscono un prezioso quadro di riferimento.

Nel caso italiano, l'assenza di stimoli esterni paragonabili a quelli che hanno operato in Romania, come l'introduzione di obblighi informativi *ex lege*, certamente fa gravare sulla magistratura una responsabilità ancora maggiore, obbligandola a sviluppare autonomamente una consapevolezza della posta in gioco in tema di comunicazione giudiziaria e ad elaborare modelli comunicativi adeguati alle esigenze e compatibili con il quadro normativo proprio del nostro ordinamento.

La conoscenza e l'approfondimento di quanto elaborato nelle Reti europee e delle lezioni nazionali è, in questa fase di crisi dello Stato di diritto e di crescente importanza nel suo ambito degli strumenti mediatici, un obbligo ineludibile per tutta la magistratura e non solo per quella parte da sempre più "incuriosita" dalla dimensione "transnazionale".

3. L. Gies, «*The Empire Strikes Back: Press Judges and Communication Advisers in Dutch Courts*», in *Journal of Law and Society*, Vol. 32, n. 3 (Sep., 2005), pp. 450-472.

4. *Implementing right to information. A Case study of Romania*, World Bank, Washington DC, 2012.

La magistratura e i media in Romania*

di *Daniela Lecca*

L'importanza del rapporto tra cittadini e istituzioni passa per la trasparenza della comunicazione pubblica, nel difficile bilanciamento tra natura dell'informazione, libertà di accesso ai dati, diritto di cronaca e tutela di alcuni fondamentali diritti della persona. Il caso speciale della Romania alla luce della nuova disciplina del rapporto triangolare tra magistratura, società e mezzi di comunicazione di massa.

1. Il quadro generale dell'accesso dei media alle informazioni di interesse pubblico

In Romania, l'accesso libero e illimitato del cittadino a qualsiasi informazione di pubblico interesse è uno dei principi fondamentali che informano la relazione esistente tra persone e pubblica autorità, in conformità con la Costituzione rumena e con la normativa internazionale ratificata dal Parlamento.

In base alle loro competenze, le autorità pubbliche sono obbligate a garantire che i cittadini siano adeguatamente informati sulle questioni di pubblica rilevanza e sulle vicende che riguardano gli interessi dei singoli.

Le disposizioni generali contenute nella Costituzione, relative al diritto soggettivo di accesso a qualsiasi informazione di interesse pubblico, e l'obbligo per le autorità pubbliche di garantire la corretta informazione dei cittadini formano la base giuridica di una speciale legge, adottata nel 2001, «sul *libero accesso alle informazioni di pubblico interesse*»[1]. Essa definisce i concetti di «informazioni di pubblico interesse», «informazioni sui dati personali», «autorità o istituzione pubblica» e regola l'organizzazione e l'accesso all'informazione, indicando le informazioni di pubblico interesse che qualsiasi istituzione o autorità pubblica è obbligata a comunicare *ex officio*. La legge definisce, inoltre, i termini per l'adempimento delle richieste di accesso, ma anche le categorie di informazioni escluse dal libero accesso da parte dei cittadini (ad esempio: informazioni sui dati personali; informazioni divulgate durante un'indagine penale o un procedimento disciplinare, che arrechino pregiudizio all'esito dell'indagine, rivelino fonti riservate o mettano in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute di una persona incaricata dell'indagine; informazioni sui procedimenti giudiziari, se la loro pubblicità compromette le garanzie di equità del processo o l'interesse legittimo di una delle parti in esso coinvolte).

L'entrata in vigore della legge rappresenta un segnale importante per le autorità e le istituzioni pubbliche rispetto alla qualità del rapporto che esse intrattengono con il comune cittadino, destinatario finale della comunicazione attraverso i media o attraverso altri mezzi di comunicazione diretta.

In sostanza, la legge prevede che chiunque possa richiedere a qualsiasi autorità o istituzione pubblica

* Traduzione dall'inglese a cura del dottor Virgilio Mosè Carrara Sutour. Per chi fosse interessato sono disponibili i testi inviati dall'autore in lingua rumena (www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-4_32-ro.pdf) ed inglese (www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-4_32-en.pdf).

1. Legge n. 544/2001 sul libero accesso alle informazioni di interesse pubblico.

(delle quali i Tribunali e le Procure fanno parte) qualsiasi informazione di pubblico interesse.

Non è necessario che la richiesta, verbale o scritta, sia accompagnata da una giustificazione che dimostri l'interesse personale del richiedente su informazioni di interesse pubblico: in quanto tali, esse possono essere richieste da una persona fisica o giuridica a qualsiasi autorità/istituzione pubblica, semplicemente per il desiderio della persona di essere informata sull'attività di quell'autorità/istituzione, ovvero – in altre parole – per la semplice curiosità della persona.

La legge in oggetto comprende una sezione contenente disposizioni speciali riguardanti le norme applicabili ai rapporti con la stampa, titolata «Disposizioni speciali sull'accesso dei mass media a informazioni di pubblico interesse». L'esistenza di queste disposizioni, che forniscono alla stampa particolari strumenti operativi, non impedisce al giornalista di utilizzare le altre disposizioni generali della legge. Ad esempio, se a un giornalista è negato l'accreditamento da parte di un'autorità pubblica, egli sarà in grado di richiedere informazioni di pubblico interesse all'autorità in qualità di semplice cittadino. La regola principale impone una risposta immediata alle richieste di informazioni di interesse pubblico formulate verbalmente dalla stampa.

Ai soggetti pubblici è richiesta la nomina di un portavoce per garantire ai media l'accesso alle informazioni di pubblico interesse. Inoltre, le suddette autorità devono organizzare periodicamente – di solito, una volta al mese – conferenze stampa in occasione delle quali presentare informazioni pubbliche e rispondere a domande su qualsiasi aspetto di interesse generale, con l'obbligo di informare tempestivamente la stampa in merito a questi o altri eventi pubblici da loro organizzati. L'accesso dei media alle conferenze o ad altri eventi pubblici non può essere vietato in alcun modo.

I media non sono tenuti a pubblicare informazioni fornite da autorità pubbliche o istituzioni. Ciò significa che è assolutamente possibile, per un giornalista, partecipare a una conferenza stampa e ad altre iniziative pubbliche o ricevere un comunicato stampa e non scrivere alcunché, se ritiene quelle informazioni irrilevanti.

La legge regola l'accreditamento – senza discriminazione – dei giornalisti e dei rappresentanti dei mass media come un obbligo in capo alle autorità pubbliche e, di conseguenza, come un diritto per i giornalisti. L'unica ragione per cui un accreditamento può essere negato o revocato è un'azione capace di turbare il regolare andamento delle attività istituzionali. L'accreditamento non potrà essere negato (o revocato) per le opinioni espresse sulla stampa dal giornalista, indipendentemente da quanto esse risultino critiche, importune od offensive per l'autorità pubblica. Appare chiara, nella normativa in esame, la distinzione tra fatti e opinioni. Il rifiuto o la revoca dell'accreditamento di un giornalista devono essere comunicati per iscritto e nella comunicazione dovranno essere indicati i motivi in base ai quali la relativa misura è stata decisa (le condotte del giornalista che hanno impedito il normale esercizio dei pubblici poteri), fatto che in sé non pregiudica il diritto, per la stampa, di ottenere l'accreditamento di un altro giornalista.

Per ogni violazione della legge da parte di autorità o istituzioni pubbliche (ad esempio: mancata firma di un portavoce, rifiuto o revoca irragionevole dell'accreditamento, divieto per i media di accedere a eventi pubblici organizzati), il giornalista è legittimato a presentare un ricorso amministrativo chiedendo al tribunale di obbligare il soggetto pubblico a rispettare la legge e il risarcimento dei danni non patrimoniali e/o patrimoniali.

2. La magistratura rumena e i mass media. Particolarità del quadro disciplinare

Come in molti altri settori, l'attenzione della giustizia rumena per la comunicazione pubblica si è mostrata più una conseguenza dell'applicazione della legge sull'accesso all'informazione di interesse generale, adottata nel 2001, piuttosto che l'espressione di un bisogno di comunicazione organica interno al sistema.

Sebbene, dopo l'entrata in vigore della legge, vi fossero una serie di iniziative da parte delle istituzioni giudiziarie – a livello centrale e locale – volte a definire strategie comunicative designate per garantire sia l'immagine pubblica di tali istituzioni sia la tracciabilità di alcune attività di comunicazione, si è avvertita l'assenza di una strategia coerente, in grado di collocare il sistema e le istituzioni operanti al suo interno in linea con le aspettative dei cittadini rumeni.

Dopo l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura (Csm[2] come organo giudiziario autonomo, strutturalmente e funzionalmente indipendente, nell'ambito di un processo di riforma del sistema giudiziario funzionale al futuro ingresso della Romania

2. Il Consiglio superiore della magistratura è il garante dell'indipendenza della magistratura. Organo indipendente, nello svolgimento della sua attività è soggetto solo alla legge. Il Csm si occupa esclusivamente del reclutamento e della carriera di giudici e pubblici ministeri e, attraverso i suoi Dipartimenti, svolge il ruolo di Tribunale disciplinare. Il Consiglio adempie anche ad altri compiti previsti dalla legge.

nell'Unione europea[3], nel 2005 si sono compiuti importanti progressi in ordine alla comunicazione esistente tra magistratura e mass media.

La trasparenza della magistratura e la relazione con i media si basano sui principi della libertà di stampa in una società democratica, come definiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e non è mancato l'impegno nel ricercare un giusto equilibrio tra il diritto di essere informati e i diritti fondamentali delle persone coinvolte nei procedimenti giudiziari.

Secondo gli *standard* europei in materia, i procedimenti giudiziari e i problemi relativi all'amministrazione della giustizia sono di pubblico interesse e il diritto di essere informati sul loro corso deve essere esercitato tenendo conto dei limiti posti dall'indipendenza della magistratura e dei requisiti del diritto a un equo processo in materia penale.

Per quanto riguarda la situazione della Romania, l'aumento della trasparenza nell'amministrazione della giustizia è divenuto, nel corso degli anni, una priorità della riforma del sistema giudiziario. Sono stati istituiti appositi uffici di comunicazione e i portavoce sono stati nominati dal Csm, dai Tribunali e dalle Procure. Nel 2006, il Consiglio ha adottato le prime regole sulla cooperazione tra media e uffici dei Tribunali e delle Procure, confluite in una Guida sulle buone prassi da adottare in materia. Questo documento ha fornito raccomandazioni sull'attività dei portavoce degli uffici giudiziari, provvedendo contestualmente a informare i giornalisti sulle regole e le modalità cui i Tribunali e i pubblici Ministeri devono attenersi nel rapporto con i media.

Sotto la spinta al cambiamento proveniente sia da una generale consapevolezza delle esigenze dell'uomo contemporaneo, sia dai fattori sociali ed economici che richiedono una modernizzazione e un adattamento al nuovo *status* di membro della Ue, il sistema giudiziario nazionale ha perdurato nello sforzo teso ad aumentare la trasparenza e a disciplinare la cooperazione tra magistratura e mass media.

Nel 2007, per migliorare la propria comunicazione pubblica e quella relativa agli uffici giudiziari, il Csm ha, su richiesta espressa, beneficiato di servizi di consulenza nell'ambito di un progetto internazionale, giungendo all'elaborazione di una Strategia di comunicazione nazionale comune.

Lo scopo di questo documento era formulare raccomandazioni sul ruolo del Consiglio nella definizione dell'immagine pubblica della magistratura rumena e dell'infrastruttura sottostante al sistema di comunicazione pubblica (*status* del portavoce ai livelli istituzionali locali e centrale, modalità di reclutamento e formazione professionale continua, divulgazione interna delle migliori pratiche di comunicazione pubblica), nonché dei meccanismi capaci di garantire la percezione di un sistema trasparente (sia producendo e mantenendo una corretta conoscenza del sistema rumeno tra i rappresentanti della stampa, sia favorendo le opportunità per creare condizioni di comunicazione destinati al grande pubblico).

Nel rendere operativa la strategia di comunicazione, il Csm ha approvato, nel 2012, importanti strumenti per assicurare modalità di trasmissione prevedibili, coerenti e unitarie che facilitino l'accesso personale alle informazioni pubbliche, come le «*Linee-guida» sui rapporti tra sistema giudiziario nazionale e media*[4] e il *Manuale destinato ai portavoce e alle strutture adibite all'informazione pubblica e alle relazioni con i media*. Si tratta di atti redatti nell'ambito del progetto relativo al rafforzamento della comunicazione e della cooperazione tra il sistema giudiziario e i media, realizzato dal Csm rumeno in collaborazione con il Ministero degli affari esteri dei Paesi Bassi. Nel corso del progetto, il Csm ha tenuto diverse sessioni di lavoro alle quali hanno partecipato rappresentanti della magistratura, esperti di comunicazione olandesi e giornalisti.

Le «Linee-guida» hanno lo scopo di garantire un'attività comunicativa unitaria, omogenea e prevedibile tra Csm, Tribunali e Procure, e mass media, facilitando un accesso trasparente alle informazioni di interesse pubblico attraverso la stampa. Il documento è stato aggiornato nel 2014, a seguito dell'entrata in vigore dei nuovi codici penali, e nel 2015 è stato integrato dalle disposizioni relative alla comunicazione delle questioni disciplinari che riguardano i magistrati.

Il Manuale intende fornire al portavoce semplici regole pratiche, nozioni, concetti, metodi e tecniche di comunicazione direttamente applicabili in ambito giudiziario, in conformità con le disposizioni di legge, e direttamente correlate all'attività quotidiana dei Tribunali e delle Procure, i quali dovrebbero consentire ai rappresentanti dei mezzi di informazione di assolvere il loro compito nei confronti dell'opinione pubblica. Queste istituzioni hanno anche il dovere di assicurare che l'attività comunicativa svolta dai media non comporti violazioni di altri diritti riconosciuti dagli ordinamenti interno e internazionale (come la protezione della vita privata e familiare, la presunzione di innocenza, l'imparzialità dell'attività giurisdizionale, ecc.).

3. La Romania è divenuta membro dell'Ue il 1° gennaio 2007.

4. La versione in inglese è disponibile *online*: www.csm1909.ro/295/4740/Forma-consolidat%C4%83-a-Ghidului-privind-rela%C5%A3ia-dintre-sistemul-judiciar-din-Rom%C3%A2nia-%C5%9Fi-mass-media,-aprobat-prin-Hot%C4%83r%C3%A2rea-Plenului-Consiliului-Superior-al-Magistraturii-nr.-482-din-1-iunie-2012,-cu-modi

Le «Linee-guida» riguardano i modi in cui la magistratura può garantire la trasparenza nella comunicazione pubblica, in conformità con le norme procedurali e senza pregiudizio per i diritti delle persone coinvolte nel processo. Esse regolano diversi aspetti pratici, prevedendo misure che contribuiscono a semplificare il modo in cui le informazioni di interesse pubblico sono comunicate dagli uffici giudiziari e una serie di criteri relativi al rispetto delle garanzie processuali (corretta informazione pubblica, buon andamento del processo e prevenzione di indebite pressioni mediatiche sul suo svolgimento, presunzione di innocenza, tutela e conservazione dei dati probatori, ecc.).

L'elaborazione delle «Linee-guida» è avvenuta tenendo conto delle disposizioni di legge nazionali che riguardano le informazioni di pubblico interesse, il rispetto della vita privata e familiare, la presunzione di innocenza e l'imparzialità della giustizia, nonché i principi derivanti da strumenti giuridici internazionali e regionali nelle stesse materie (articolo 6, commi 1 e 2, Cedu; articoli 8 e 10 Cedu; Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa: n. (2002) 2, sull'accesso ai documenti ufficiali; n. (2003) 13, sulla fornitura di informazioni attraverso i media in relazione a procedimenti penali; n. (2000) 19 sul ruolo della pubblica accusa nel processo penale all'interno degli Stati membri).

Nella prima parte, le «Linee-guida» contengono disposizioni generali (comuni al Csm, ai Tribunali e alle Procure) sull'attività dei soggetti e degli uffici stampa addetti alla trasmissione delle informazioni, che ne regolano in dettaglio l'organizzazione interna. Sia gli uffici che il portavoce operano sotto diretta autorità dell'organo di vertice dell'istituzione di riferimento. A ogni livello istituzionale sono nominati un portavoce e un sostituto tra procuratori, giudici e consiglieri (assimilati ai magistrati), secondo i casi; oppure, dopo un concorso, può essere nominato il titolare di una laurea in giornalismo o un esperto in comunicazione. Solitamente, il portavoce coincide con il responsabile dell'ufficio ed è colui che – personalmente o tramite il suo sostituto – fornisce dati e informazioni di interesse pubblico ai media. I giudici e il personale ausiliario dei Tribunali e delle Procure non sono autorizzati a fornire informazioni sui casi sottoposti a indagine o a processo e sono tenuti a indirizzare i richiedenti agli uffici adibiti al servizio di comunicazione. Considerando la natura operativa specifica delle procure e la necessaria tutela della riservatezza del procedimento penale, i pubblici ministeri possono fornire direttamente dati e informazioni di pubblico interesse ai media solo nei limiti di un provvedimento del procuratore generale relativo alla gestione dei rapporti con i media nel quadro dell'attività dei pubblici ministeri, sempre che non sussistano ulteriori disposizioni limitative in tal senso.

Le «Linee-guida» regolano anche le funzioni e, rispettivamente, le attribuzioni generali dell'ufficio stampa e del portavoce, che provvedono all'accreditamento dei rappresentanti dei media. Questi ultimi, di fronte a una loro richiesta di specifiche informazioni di pubblico interesse, dovranno essere pienamente informati, senza discriminazioni connesse all'accreditamento.

Nei casi di incauta copertura mediatica che comporti informazioni errate sui procedimenti giudiziari, sul lavoro dei magistrati, del Csm, dei Tribunali o degli uffici della Procura, il portavoce deve informare l'organo di vertice dell'istituzione e divulgare immediatamente l'informazione corretta, presentando la situazione nella sua effettività fattuale e/o esprimendo la posizione dell'istituzione di riferimento in merito alle questioni in gioco.

Per quanto riguarda le relazioni tra gli uffici stampa all'interno del sistema giudiziario, le «Linee-guida» stabiliscono che queste strutture e i portavoce di Csm, Tribunali e Procure collaborino e si consultino ogni volta che lo ritengano necessario.

Unitamente al Regolamento sull'organizzazione e il funzionamento del Csm, le «Linee-guida» determinano specifiche attribuzioni per l'ufficio stampa e il portavoce del Consiglio. Uno dei compiti più importanti del portavoce consiste nel coordinare l'attività dei portavoce dei Tribunali e delle Procure al fine di ottenere, per l'intero sistema giudiziario, l'uniformità delle buone prassi da adottare nelle relazioni con il pubblico e nella comunicazione istituzionale. Il portavoce del Csm è anche responsabile della formazione professionale del *network* dei referenti per l'informazione destinati ai diversi uffici giudiziari.

In materia penale, l'accesso dei rappresentanti dei media alle informazioni risultanti dal lavoro dei giudici deve avvenire – sempre secondo le «Linee-guida» – senza violare i valori tutelati dalla legge: nel rispetto della presunzione di innocenza e della tutela della vita privata e familiare, evitando di turbare o compromettere il regolare svolgimento delle indagini, e di mettere a repentaglio la sicurezza della vittima, dei testimoni o dei membri delle loro famiglie.

La comunicazione con i media nella fase istruttoria del procedimento penale, nei procedimenti che coinvolgono il «giudice dei diritti e delle libertà» e nella fase dell'udienza innanzi al[la] «[giudice della] camera preliminare» [categorie entrambe istituite dalla legge n. 135/2010, che ha riformato il processo penale – *ndr*], è limitata e avviene nel rispetto delle caratteristiche di queste fasi del processo penale, che si svolgono in assenza di pubblico. Pertanto, i fascicoli della procura non possono essere consultati dai rappresentanti dei media in rapporto alle fasi men-

zionate: il loro accesso alle informazioni di interesse pubblico si tradurrà, in tal caso, nell'emissione di comunicati stampa o nella trasmissione di informazioni su richiesta.

Per procedimenti innanzi ai giudici per i diritti e le libertà e della camera preliminare, non è previsto l'accesso ai fascicoli né è possibile rilasciare copie della relativa documentazione. Su richiesta o *ex officio*, potranno essere trasmesse informazioni in merito all'adozione di misure di prevenzione e cautelari, all'applicazione provvisoria di misure di assistenza medica o agli imputati internati; i comunicati stampa riguarderanno, invece, la formulazione dell'imputazione e una descrizione sintetica dei fatti contestati e delle norme che si ritengono violate, nonché le decisioni adottate in proposito.

Nella fase processuale penale, le udienze sono pubbliche. La natura pubblica delle udienze rappresenta un principio giuridico fondamentale, previsto dall'articolo 127 della Costituzione rumena. Il principio secondo cui la giustizia deve essere resa pubblicamente è contenuto anche nell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nondimeno, ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, come sancito dall'articolo 8 Cedu; per garantire questa tutela, dovrà ricercarsi un equilibrio con la libertà di espressione, compreso il diritto di ogni persona a ricevere e trasmettere informazioni. Spetta al giudice responsabile bilanciare il libero accesso alla sala d'udienza con la protezione degli altri diritti oggetto della Cedu, tendendo la natura pubblica delle udienze a violare, in certa misura inevitabilmente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Un principio centrale stabilisce che le udienze devono essere accessibili a tutti, stampa compresa. Tuttavia, saranno il Tribunale o la Corte a disporre l'eventuale limitazione o negazione del libero accesso all'aula. Il giudice che presiede l'udienza può disporre interdizioni o restrizioni in relazione alla natura del caso portato alla sua attenzione. Se il presidente della giuria decide di negare l'accesso all'aula del pubblico e dei rappresentanti dei media durante l'udienza, dovrà sempre rendere pubbliche le ragioni di tale decisione.

Le udienze pubbliche sono sempre accessibili ai giornalisti sprovvisti di mezzi tecnici di registrazione, mentre i filmati, le fotografie e le registrazioni audio in aula sono possibili solo con il consenso del presidente della giuria. Almeno 24 ore prima dell'udienza, i fotoreporter e le *équipe* radiotelevisive devono fare richiesta di consenso preventivo all'Ufficio informazioni e relazioni con il pubblico del Tribunale, specificando per quali casi desiderano effettuare le registrazioni. Non è, invece, consentita la trasmissione in diretta dell'udienza. Le udienze in Tribunale non sono pubbliche ogni volta che la legge lo prevede ovvero ogni volta che il presidente della giuria, in base allo stesso presupposto, l'abbia dichiarato.

Nei procedimenti civili, poiché la controversia riguarda solo i rapporti tra le parti, il carattere – e, perciò, l'interesse – pubblico delle informazioni appare meno ovvio. Per questo motivo, il diritto al rispetto della vita privata e familiare può comportare restrizioni più significative nell'accesso a tali informazioni da parte dei media.

La comunicazione di informazioni inerenti a procedimenti disciplinari che riguardano i magistrati non deve essere tale da suggerire, in qualche modo, un indebolimento della loro indipendenza. La trasmissione d'ufficio di informazioni da parte dell'Ispettorato giudiziario può essere fatta solo al momento del deferimento alla sezione del Consiglio competente per l'azione disciplinare. Gli elementi rivelati d'ufficio sono strettamente limitati all'ambito dell'azione disciplinare, alle norme di riferimento e – in sintesi – ai fatti che ne giustificano l'esercizio. Prima del deferimento alla sezione competente, la comunicazione delle informazioni può essere effettuata solo dall'Ispettorato su richiesta delle persone interessate, secondo le disposizioni della legge n. 544/2001 sull'accesso alle informazioni pubbliche.

3. Debolezze del sistema

Il sistema giudiziario rumeno dispone attualmente di un'ampia legislazione e di strumenti adeguati e specifici idonei a garantire la comunicazione pubblica. Tuttavia, nella pratica sorgono diverse difficoltà che rendono meno efficace la relazione comunicativa tra media e magistratura.

Innanzitutto, in forza di una rigorosa interpretazione della legge, la comunicazione pubblica è "reattiva" [secondo l'accezione centrata sulla dicotomia "reattivo/proattivo", adottata nelle strategie di *problem solving – ndr*] rispetto alle richieste di divulgazione. Sebbene l'attuale quadro legislativo offra la possibilità di adottare un atteggiamento "proattivo" nel fornire informazioni di interesse pubblico – e, quindi, non solo attitudini reattive –, l'ostacolo principale per una comunicazione proattiva è offrire contenuti *interessanti* che facilitino la trasmissione di informazioni alla collettività. L'attività giudiziaria che presenta, in termini di informazione, il più alto gradiente di interesse pubblico riguarda i processi penali, in particolare la corruzione ad alto livello, l'attività del Csm, l'indipendenza dei magistrati e i procedimenti disciplinari nei confronti di giudici e pubblici ministeri. Spesso, in queste situazioni, la rigorosa applicazione delle buone prassi non soddisfa la domanda di informazione da parte del grande pubblico. Ciò spinge i

rappresentanti dei media a ricorrere a fonti non ufficiali.

L'enorme numero dei portavoce presenti a livello nazionale (pari ai quasi 600 Tribunali, Corti e Procure esistenti in Romania) rende estremamente difficile la loro professionalizzazione. Inoltre, pochissimi fra loro vogliono davvero assolvere la funzione di portavoce, nonostante in diversi uffici giudiziari essi siano dispensati dallo svolgere una parte del lavoro. È probabile che tale tendenza sia imputabile al timore di pressioni o critiche da parte di alcuni *trust* mediatici che hanno avviato, negli ultimi anni, campagne estremamente aggressive contro il potere giudiziario e i suoi rappresentanti.

Nell'attuale contesto, le strutture a disposizione degli Uffici stampa e dei portavoce sono insufficienti e la strumentazione tecnica risulta carente o superata. A questi aspetti materiali si aggiungono altre criticità: la perdita di informazioni non ufficiali da parte delle istituzioni giudiziarie, forse a causa del fatto che alcune informazioni di interesse pubblico sono comunicate in ritardo; l'errata interpretazione dei comunicati stampa; la recezione e la successiva immissione nel circuito mediatico di informazioni non realistiche; la mancata pubblicazione, da parte della stampa, di informazioni ritenute importanti dai magistrati; una comunicazione *asimmetrica*, ovvero la mancanza di un meccanismo attraverso il quale i cittadini comunicano con le istituzioni.

Non si dovrà, peraltro, ignorare il contesto politico rumeno degli ultimi due anni. Con il pretesto di attuare la Direttiva Ue 2016/343 – sul rafforzamento di alcuni aspetti relativi alla presunzione di innocenza nonché del diritto di [presenziare al processo e di] essere ascoltato nei procedimenti penali –, è stata proposta una modifica del codice di procedura penale, che stabilisce il divieto, sia durante le indagini che nel corso del processo, di comunicare pubblicamente qualsiasi informazione relativa ai fatti e alle persone coinvolti nel procedimento. L'adozione di tale proposta limiterebbe drasticamente – rendendola praticamente impossibile – la fuoriuscita di qualsiasi informazione di interesse pubblico in materia: chi intendesse farlo rischierebbe di incorrere in sanzioni penali.

4. Prospettive

La Romania sta attualmente sviluppando una nuova strategia di comunicazione unitaria a livello giudiziario e un piano d'azione coerente e "adattivo" per vari gruppi *target*, volto ad aumentare la fiducia dei cittadini nei confronti della magistratura, con la previsione di metodologie in grado di misurarne il livello di percezione sociale e i fattori che la condizionano.

La strategia sarà basata sui risultati dei sondaggi di opinione e sull'analisi degli attuali mezzi e modalità di comunicazione pubblica impiegati dal sistema giudiziario, con riferimento (almeno) a due livelli: quello delle istituzioni centrali – Csm, [ufficio della Procura presso l'Alta Corte di cassazione e giustizia (Pohccj)], Ispettorato giudiziario – e quello che interessa la comunicazione dei magistrati con la società e con le altre professioni legali.

La strategia di comunicazione disporrà, inoltre, un piano di misure a breve, medio e lungo termine, prevedendo raccomandazioni sulla gestione delle informazioni, una campagna di sensibilizzazione volta a rafforzare l'immagine delle istituzioni centrali e della magistratura, e una metodologia di monitoraggio degli effetti delle misure proposte. Inoltre, sulla scorta dell'analisi delle correnti modalità di comunicazione a livello giudiziario, la strategia/piano d'azione si concentrerà sullo sviluppo e sull'armonizzazione degli strumenti in grado di canalizzare la comunicazione dal sistema giudiziario alla collettività.

La strategia deve essere formulata, redatta, stampata e distribuita in circa 500 copie ai diversi soggetti *partner*, alle Corti e ai Tribunali, e ai partecipanti ai vari eventi funzionali alla sua promozione, che saranno organizzati nell'ambito del progetto.

Giovani toghe: «Fuori dalla torre, con più comunicazione»

di *Raffaella Calandra*

Un nuovo tipo di comunicazione, per far comprendere meccanismi e provvedimenti. I giovani magistrati aprono all'introduzione nei Palazzi di giustizia di profili professionali specifici, come un ufficio stampa, o all'incremento di formazione per i rapporti con i media. Dietro polemiche recenti, spesso ci sono informazioni inesatte, diffuse sui social. Ricerche demoscopiche collegano il crollo di fiducia nella magistratura anche alla comunicazione. La sfida di trovare un equilibrio tra le indicazioni degli organi sovranazionali e i richiami del Colle.

«Uscire dalla torre d'avorio». Con una comunicazione più frequente e meglio regolata, ma ugualmente rispettosa dei principi di sobrietà, equilibrio e ragionevolezza. Uscire nel mondo, «per farsi comprendere di più e recuperare la fiducia in parte perduta del popolo, in nome del quale amministriamo la giustizia». Davanti a segnali empirici e a sondaggi interni, che registrano una crescente distanza tra opinione pubblica e magistratura, come già per altre istituzioni, le toghe più giovani non hanno dubbi: «troppo spesso non si capiscono le ragioni dei nostri provvedimenti e ciò provoca una sensazione di scarsa affidabilità». Per questo, a gran voce, sollecitano un'accelerazione su un diverso modo di gestire le relazioni con la stampa, non solo nei casi mediaticamente più sensibili, nel solco delle indicazioni degli organismi sovranazionali. Un nuovo corso che possa contribuire ad una nuova cultura giuridica, ma che in certa misura tenga conto anche di come le notizie oggi si trasmettono: sempre più in tempo reale, con una velocità sempre più incompatibile con i ritmi della giustizia. «In fondo – lancia una provocazione un neo magistrato – anche il Quirinale ha un profilo twitter...»

1.I rischi di una mancata comunicazione

Chi è appena entrato in magistratura sente con forza l'importanza di poter spiegare. Come i loro colleghi, intuiscono i rischi di una mancata o errata comunicazione, ma più di loro, probabilmente per ragioni anagrafiche, conoscono i meccanismi per cui certe informazioni, non di rado non puntuali, diventano virali. Alimentano dibattiti. Portano con un *hastag*, qualche *post* e vari r*etweet* ad alimentare discussioni pubbliche e perfino ad orientare scelte politiche. Così le giovani toghe aprono all'introduzione nei Palazzi di giustizia di figure-cerniera tra i magistrati, la stampa e la collettività: per alcuni, profili professionali specifici, come un ufficio stampa; per altri colleghi designati, come già avviene in alcuni uffici, e formati *ad hoc*. Nella convinzione unanime, però, che risieda anche in una corretta informazione l'equilibrio necessario a sfuggire a quello che Piero Calamandrei considerava uno dei pericoli maggiori per i giudici: «assuefazione, indifferenza burocratica, irresponsabilità anonima». E di conseguenza, chiusura autoreferenziale. Non a caso, in un recente monito, il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha ricordato come tanto «gli atteggiamenti di protagonismo, quanto quelli di burocrate amministratore snaturano la fisionomia della funzione esercitata».

2. Il calo di fiducia

«Se il cittadino non comprende il senso di un provvedimento, lo vive come ingiusto. Quindi perde fiducia», sintetizza Corinna Carrara, una dei quattor-

dici giovani pubblici ministeri della Procura di Brescia, non ancora arrivati ad una seconda valutazione. Una sorta di sillogismo che potrebbe spiegare non poche recenti polemiche alimentata da dati inesatti. O eccessivamente semplificati nel passa parola dei social, sempre più strumento primario di informazione, per una significativa fetta dell'opinione pubblica. Minore è la comprensione, più bassa è la percezione della giustizia, più cala la fiducia. Una consequenzialità che aiuta a leggere anche quello che le agenzie demoscopiche e la Scuola superiore della magistratura[1] hanno già registrato: un crescente crollo della reputazione dei magistrati, in relazione ai flussi di comunicazione e al vissuto dei cittadini (Demos, -33% 2014; Ipsos, -36,7% 2015). Per Nando Pagnoncelli[2], da un lato è diminuita la fiducia nella magistratura, passata dal 67% nel 2011 al 44% odierno, dall'altro è aumentata «l'insoddisfazione dei cittadini per i tempi dei processi e per l'esito delle sentenze». Quanta di questa insoddisfazione, nasce però da scarsa conoscenza?

3. Polemiche e casi mediatici

Tra i casi più recenti, fonte di polemiche e indignazione, una sentenza della Cassazione[3]: «stupro senza aggravante se la vittima si è ubriacata», titolano più testate. La Cassazione conferma la condanna, emessa a carico di due cinquantenni dalla Corte d'appello di Torino, ma fa cadere l'aggravante di aver commesso la violenza sessuale con l'uso di sostanze alcoliche. Sono due i principi chiave di una pronuncia, che divenne una delle notizie principali della giornata: c'è stupro, se la vittima è in uno stato di infermità psichica e quindi non in grado di prestare valido consenso; ma dall'altro lato, si stabilisce anche che se gli imputati non hanno somministrato alcol alla donna – che invece ha alzato il gomito di sua iniziativa – non possono essere condannati per qualcosa che non hanno commesso. Quindi niente aggravante e nessun aumento di pena correlato. Principi semplici e nessuna sentenza rivoluzionaria, ma tra titoli forzati su un tema su cui c'è grande sensibilità, eccessive semplificazioni e *hastag* "cattura indignazione" la notizia è diventata «la Cassazione ci riporta indietro di anni»[4]; «stupro meno grave se la vittima si è ubriacata», il *tweet* più condiviso. Fino agli appelli: «Signor giudice, nessuno sconto sullo stupro»[5]. Tra il primo lancio d'agenzia, con la notizia del verdetto, agli attacchi agli ermellini, ci sono ore di «sconcerto» a mezzo stampa di osservatori in genere attenti; di «incredulità» da parte di associazioni impegnate contro la violenza di genere; di dichiarazioni in cui la mancata aggravante diventa un'attenuante. Fino ad arrivare, in un crescendo tutto sviluppato sulla rete, alla «perdita di credibilità», ad attacchi per la giustizia «che non funziona» e agli improperi per i «delinquenti che non finiscono mai in galera». Un caso emblematico dei meccanismi – distorti – che possono alimentare, tra ignoranza, strumentalizzazione e banalizzazione, quell'erosione di fiducia, affidabilità e credibilità, documentati nell'indagine della Scuola superiore della magistratura. Quanti dei giornalisti, autori dei primi articoli, soprattutto sul web, avevano però letto il dispositivo? O quanti interventi, che orientarono la direzione della successiva indignazione, sono stati ispirati solo dal titolo di un lancio d'agenzia, lasciando spazio alle più varie e fantasiose interpretazioni? In ogni caso, saranno proprio questi il punto di partenza per il successivo dibattito, compresso il più delle volte in 120-240 caratteri su *twitter*, su un post di *facebook*, quando non in una delle "storie" di *instagram*. Quando il giorno dopo gli articoli di cronaca giudiziaria sui principali quotidiani riportavano infatti con precisione il senso della sentenza, era ormai troppo tardi per correggere il tiro. L'opinione pubblica aveva già digerito a modo suo la notizia. Ed è per questo che nell'era in cui i social sono la nuova piazza e tutto si diffonde in tempo reale, diventa ancora più determinante avere da subito un'informazione corretta.

4. La proposta

«Sarebbe un bene spiegare le ragioni di fondo di una decisione al popolo, in nome del quale in fondo noi emettiamo la sentenza. Come per la Consulta, sarebbe auspicabile una comunicazione contestuale alla lettura del dispositivo», propone Roberto Crepaldi, in magistratura da quattro anni e mezzo, giudice alla seconda sezione penale del Tribunale di Milano. «Importante ovviamente è l'equilibrio necessario – specifica – perché i giudici non si lascino poi condi-

1. Nadio Delai e Stefano Rolando, «Indagine su identità e immagine sociale dei magistrati», 30 novembre 2015.
2. *Corriere della Sera*, 10 novembre 2018.
3. Cassazione, sentenza n. 32462 della terza sezione penale, luglio 2018.
4. Alessia Rotta, vicepresidente dei deputati Pd.
5. Michela Marzano, *La Repubblica*, 16 luglio 2018.

zionare dagli effetti della propria comunicazione». Secondo il monito del capo dello Stato: «l'attenzione e la sensibilità agli effetti della comunicazione – scandisce Sergio Mattarella, nell'incontro al Quirinale con i nuovi componenti del Consiglio superiore della magistratura – non significa orientare le decisioni giudiziarie, secondo le pressioni mediatiche né, tanto meno, pensare di dover difendere pubblicamente le decisioni assunte. La magistratura – ricorda il Presidente – non deve rispondere alle opinioni correnti, perché è soggetta soltanto alla legge».

E allora quali i confini entro cui muoversi, secondo le giovani toghe? «Anche per i Tribunali, una sorta di massimario, sul modello della Cassazione, con l'obiettivo di restituire una comunicazione comprensibile e ufficiale, che non lasci spazio a manipolazioni», suggerisce Rocco Maruotti, da gennaio 2015 pubblico ministero a Rieti. Ha sperimentato di persona cosa significhi una forte domanda di informazione, durante le indagini dopo il terremoto del 2016 in centro Italia. «Nel rispetto del codice di procedura penale e di quanto previsto dall'ordinamento, che affida al procuratore la gestione dei rapporti con la stampa, credo che la magistratura, come istituzione- riflette- non possa chiudersi dentro il Palazzo». Da qui, una disponibilità «regolamentata» verso i media, nella consapevolezza anche «dei rischi di un'errata comunicazione non ufficiale». Notizie non di rado frammentarie, sempre più distorte nel rimbalzo collettivo della rete, più facili da strumentalizzare. «Un'informazione corretta facilita il rapporto tra magistratura e opinione pubblica, riduce la possibilità di attacchi. Ma per avere articoli inappuntabili bisogna anche fornire strumenti adeguati», argomenta. Comunicati stampa più frequenti, ad esempio, con informazioni puntuali, per evitare cortocircuiti, come quello nato sulla pronuncia della Cassazione? Uffici giudiziari diversi affrontano, chiaramente, con una diversa impostazione la ricerca dell'equilibrio tra informazione, riservatezza, ragionevolezza, misura e riserbo, «virtù che al pari della preparazione professionale – secondo un monito del presidente Mattarella alle toghe in tirocinio – devono guidare il magistrato in ogni sua decisione». «Credo che il magistrato non debba vivere in una torre isolata, deve fare i conti con il diritto all'informazione, di cui però devono essere controllate le modalità e i canali di uscita», argomenta Mario Bendoni, da tre anni sostituto procuratore a Torino. Si dichiara convinto «sostenitore dell'importanza di far conoscere le attività della Procura», ma dall'altro lato consapevole anche «del necessario sforzo e della volontà dell'opinione pubblica di cercare di comprendere questioni spesso complesse». Sfogliando i quotidiani degli ultimi mesi o andando a "scrollare", per usare un gergo informatico, la più recente *timeline* di *twitter*, si vede come davanti a decisioni non comprese o non popolari, si ripetano gli stessi meccanismi: a Napoli, fa discutere la messa alla prova di due minorenni, rei dell'aggressione ad un dodicenne, con coda polemica per il senso di una misura alternativa non capita; a Roma, proteste e interrogativi per la caduta dell'accusa di omicidio e stupro di gruppo per due indagati, arrestati dopo la morte della sedicenne Desirèe a San Lorenzo; a Brescia, proteste per l'iscrizione nel registro degli indagati, per omicidio stradale, del marito della passeggera deceduta, che era alla guida dell'auto. Per non parlare della strumentalizzazione politica sul caso degli arresti domiciliari, per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per il sindaco di Riace, divenuto simbolo di un tipo di accoglienza. Ma gli esempi potrebbero essere molti di più, visto che la «rappresentazione mediatica della giustizia è diventata centrale – analizza l'Osservatorio di Pavia – in ogni palinsesto televisivo o impaginazione di quotidiani». «Noto spesso articoli inesatti e trasmissioni televisive con commentatori che non conoscono gli atti. Come c'è chi si occupa di formazione decentrata, potrebbe essere utile un magistrato delegato alla comunicazione, per aiutare a veicolare informazioni corrette?», propone Viviana Di Palma, sostituto procuratore a Campobasso, dopo un'esperienza alla Procura di Napoli Nord. «La creazione di un organo specifico – ipotizza – aiuterebbe a formare una nuova cultura giuridica, almeno su fenomeni più ricorrenti». Tra le decisioni più spesso criticate la liberazione anticipata di detenuti: un caso per tutti, la scarcerazione di Marino Occhipinti, già membro della banda della Uno Bianca. Il Tribunale di Sorveglianza, in questo caso, non deve parlare più solo con i propri atti, ma anche rivolgersi alla collettività? «La trasparenza e la comprensibilità dell'azione giudiziaria non confliggono con il carattere riservato, talora segreto, della funzione. Correttamente interpretate – scrive il Consiglio superiore della magistratura[6] – aumentano la fiducia dei cittadini nella giustizia e nello stato di diritto, rafforzano l'autorevolezza delle istituzioni». Un principio che i più giovani sperimentano sulla loro pelle. Quasi in senso letterale. Visti anche i racconti frequenti di insulti, al limite dell'aggressione verbale, per passaggi non compresi, tempi non accettati, ingranaggi non chiariti. E proprio la farraginosità del sistema normativo italiano è considerato dalla stragrande maggioranza della popolazione, stando ai dati del già citato sondaggio della Scuola superiore della magistratura, come concausa del distacco dalla giustizia.

6. Csm, premesse alle «linee guida» sulla comunicazione agli uffici giudiziari (pratica n. 310/VV/2017).

«Poiché la pancia delle persone non è contemplata come criterio giuridico, per avere un'opinione seria – riflette Corinna Carrara – bisogna avere all'origine anche informazioni più tecniche e puntuali». Per chi è in magistratura da meno di una decade, come tutti gli interlocutori contattati, sembra chiaro come sia frutto di una «valutazione antiquata, anche se ancora maggioritaria, la convinzione di dover comunicare solo attraverso i provvedimenti e restare nel chiuso dei Palazzi di Giustizia, per non ledere il proprio prestigio». «Nessuno penserebbe mai che le decisioni della Consulta possano avere minor peso, per via dei comunicati diffusi, o che sia intaccata l'autorevolezza della Corte costituzionale», obietta Crepaldi. «Ormai qualunque istituzione ha un sito internet e anche il Quirinale si occupa della comunicazione, nei nuovi canali», osserva Maruotti, che suggerirebbe la pubblicazione di eventuali comunicati sui siti dei Tribunali. «Di sicuro non possiamo rincorrere la comunicazione social, ma trovo necessario far fronte all'esistente impreparazione comunicativa. Sia per evitare che vengano riportate informazioni sbagliate, sia per reagire ad eventuali attacchi», rincara Marco Accolla, pm della Procura di Messina, già commissario di polizia, «un'Amministrazione con una precisa organizzazione per la stampa». Una necessità, avvertita dal giovane sostituto siciliano soprattutto dopo attacchi per inchieste della sua Procura.

5. Esigenze di comprensione e casi specifici

Dall'altra parte, vista dalla prospettiva del cittadino, una delle urgenze registrate dallo studio per la Scuola superiore della magistratura è proprio la richiesta di maggiori chiarimenti sui processi in corso. Ma da parte di chi dovrebbero arrivare le informazioni? Forse perché consapevoli delle potenzialità, come dei rischi, anche di una sola parola sbagliata, che può diventare virale, le giovani toghe in prevalenza sostengono l'opportunità dell'introduzione di un profilo professionale specifico. Un ufficio stampa, una sorta di portavoce, come avviene già in altri Paesi; un giornalista, con esperienza da cronista giudiziario, che veicoli l'informazione, ricevuta dai diretti autori del provvedimento, caso mai, o dai vertici della Procura. Oppure, per i Tribunali, comunicati diffusi dalla presidenza, per i casi considerati più sensibili o più problematici.

Ma c'è anche chi, come il pm Bendoni, ritiene «l'ipotesi di un ufficio stampa un eccessivo salto in avanti», ed opta invece per l'attuale soluzione già adottata nel suo e in altri uffici: la presenza di un procuratore aggiunto delegato alla comunicazione. Con una formazione specifica? «L'importante è la sobrietà e il buon senso», replica, in controtendenza con altri suoi giovani colleghi, favorevoli invece all'acquisizione di competenze specifiche per la comunicazione, non vissute come una priorità però dalla maggior parte delle toghe, stando alla più volte richiamata indagine della Scuola superiore della magistratura[7]. Ad esempio, l'invio alla Consulta degli atti del processo milanese a carico di Marco Cappato, per assistenza al suicidio, dopo aver accompagnato in Svizzera a morire Fabiano Antoniani, dj Fabo, cieco e tetraplegico dopo un incidente, è stata, senza dubbio, una delle decisioni più attese e complesse degli ultimi tempi, che tocca anche la questione della crescente domanda di giustizia su una pluralità di nuovi diritti. Un comunicato, dopo la lettura del lungo e complesso dispositivo, una sorta di massimario della decisione, non avrebbe aiutato, senza violare riservatezza e prerogative, un corretto e completo diritto di cronaca, costituzionalmente garantito? Anche le istituzioni sovranazionali, con la dichiarazione di Bordeaux, ad esempio, auspicano sia per la magistratura giudicante che requirente codici di buone prassi per i rapporti con i media.

Chiaramente, esigenze, limiti e modalità di comunicazione sono molto diversi tra uffici giudicanti e requirenti ed ad entrambi il Csm ha trasmesso linee guida, con «l'obiettivo di armonizzare le prassi rispetto alle prestazioni informative e comunicative». L'ordinamento individua nel capo dell'ufficio il responsabile per la comunicazione, che può delegare «uno o più magistrati, scelti in base ad attitudini ed esperienza comunicativa», come avviene ad esempio a Roma, a Torino e in altre Procure: «in base alle linee guida interne all'ufficio, io mi confronto sempre col mio aggiunto; i sostituti vengono anche invitati a segnalare le occasioni in cui ritengono utile diffondere comunicati o suggerire conferenze stampa. E io mi ritrovo in questa prassi», racconta il torinese Bendoni. «Comunicare non è il nostro mestiere, sono d'accordo col presidente del Tribunale di Como, Anna Introini, che nel dibattito a Milano sul Csm[8] – ricorda Corinna

7. «solo il 13% avverte la necessità di incrementare una formazione nella comunicazione» il dato viene citato nell'illustrazione dei risultati della ricerca a cura di Nadio Delai e Stefano Rolando, presentata nel corso organizzato dalla Scuola superiore della magistratura «Professione magistrato: identità e immagine della magistratura nell'Italia di oggi» www.scuolamagistratura.it/91-presentazione/1467-professione-magistrato-identita-e-immagine-della-magistratura-nell-italia-di-oggi.html.

8. Intervento a «L'orgoglio dell'autogoverno: una sfida possibile per i 60 anni del Csm?", Milano, Palazzo di Giustizia, 20 giugno 2018, www.magistraturademocratica.it/evento/l-orgoglio-dell-autogoverno-una-sfida-possibile-per-i-60-anni-del-csm_2920.php.

Carrara – evidenziò la nostra necessità di avere professionisti a comunicare».

Alcuni pm fanno notare poi come il procuratore o il suo aggiunto siano già oberati di lavoro e scadenze. E anche per questo, a volte, i tempi e le esigenze dell'ufficio non coincidono con quelle dei media. Tra i giovani magistrati che abbiamo contattato, un paio hanno preferito rinviare a dibattiti pubblici ogni riflessione sul tema; altri due, che preferiscono non essere citati, giudici civili entrati di ruolo da una manciata di mesi, ritengono invece che «solo gli atti devono restare l'unica interfaccia tra il magistrato e la pubblica opinione».

6. Accesso diretto dei media agli atti depositati

Tra gli interlocutori contattati, una decina, la maggioranza ritiene che ad un'informazione più corretta e più trasparente contribuirebbe anche un accesso diretto della stampa specializzata agli atti depositati, non più coperti da segreto investigativo. «Il contenuto uscirebbe comunque sui giornali, almeno si evita quel sottobosco di opacità sulle fonti»; «scomparirebbe il mercato nero delle carte»; «il magistrato delegato potrebbe anche contribuire alla comprensione», le riflessioni ricorrenti, ma c'è anche chi lo ritiene «non necessario, se non sbagliato».

Questo, però, è un altro fronte, sia pur collegato, e rappresenterebbe un ulteriore passo, su cui il precedente ministro della giustizia, Andrea Orlando, aveva lasciato un'apertura[9].

Di sicuro, per il Csm, «sarebbe auspicabile che la Scuola superiore della magistratura accogliesse l'invito ad organizzare corsi mirati per la formazione, l'aggiornamento e lo scambio informativo dei magistrati responsabili per la comunicazione». E di sicuro, almeno tra i più giovani, urgente appare la necessità di una nuova stagione, anche comunicativa, che riporti l'opinione pubblica a pensare ad un magistrato, come «incorruttibile al lucro, degno di reverenza, inflessibile d'animo. Vigile scolta del Paese, a difesa di chi dorma»[10] secondo i versi che due millenni fa il tragediografo greco, Eschilo, faceva pronunciare alla dea Atena, nel momento di istituire l'Areopago.

9. A. Orlando: «i tempi possono essere maturi, per un dibattito parlamentare». Milano 5 ottobre 2017, convegno a Il Sole24ore «Il Racconto della Giustizia che cambia», con i vertici delle Procure di Milano e Roma, per i 10 anni della trasmissione *Storiacce* di Radio24.

10. Eschilo, *Eumenidi*, vv. 70-706. Trad. di Maria Pia Pattoni, ediz Bur dell'Orestea, Milano 1995.

Comunicazione della giustizia sulla giustizia
Come non si comunica

di *Armando Spataro*

Le modalità di pubblica comunicazione dei magistrati hanno dato luogo a frequenti critiche secondo cui essi parlerebbero per rafforzare il peso dell'accusa o la propria immagine. Si tratta di accuse quasi sempre infondate, ma che traggono spunto da innegabili criticità: basti pensare alla prassi delle conferenze stampa teatrali e dei comunicati stampa per proclami, o all'autocelebrazione delle proprie inchieste con connesse accuse a chi si permette di esprime dubbi e critiche. Bisogna spiegare ai magistrati "come non si comunica", convincendoli ad evitare i tentativi di "espansione" a mezzo stampa del proprio ruolo fino ad includervi quelli degli storici e dei moralizzatori della società. Il dovere di informare è naturalmente irrinunciabile, purché esercitato nei limiti della legge, del rispetto della *privacy* e delle regole deontologiche, ma è anche necessario che i magistrati si guardino bene dal contribuire a rafforzare un'ormai evidente degenerazione informativa, che spesso determina febbre "giustizialista", alimentata da mostruosi *talk-show* ed attacchi alla politica ingiustificatamente generalizzati. I magistrati non sono ovviamente gli unici responsabili di questa pericolosa deriva cui contribuiscono anche strumentalizzazioni ad opera di appartenenti alle categorie degli avvocati, dei politici e degli stessi giornalisti che spesso producono informazioni sulla giustizia prive di approfondimento e di verifiche, e che sono caratterizzate dalla ricerca di titoli e di forzature delle notizie al solo scopo di impressionare il lettore. È necessaria, dunque, per venir fuori da questo preoccupante labirinto, una riflessione comune su informazione e giustizia tra magistrati, avvocati e giornalisti.

Premessa

Il corretto rapporto tra giustizia ed informazione-comunicazione è oggi uno dei pilastri su cui si fonda la credibilità dell'amministrare giustizia. All'opposto, la comunicazione scorretta ed impropria genera tra i cittadini errate aspettative e distorte visioni della giustizia, in sostanza disinformazione, così determinando ragioni di sfiducia nei confronti della magistratura e conseguente perdita della sua credibilità.

Non è per caso che il Consiglio superiore della magistratura, pur nell'ambito di un interventismo talvolta eccessivo, abbia emanato nella seduta dell'11 luglio 2018 le «Linee guida per l'organizzazione degli Uffici giudiziari "ai fini di una corretta comunicazione istituzionale», quale espressione della necessità di trasparenza, controllo sociale e comprensione – da parte dei cittadini – della giustizia intesa come servizio, come funzione, come istituzione.

Del resto, come è stato osservato[1], il magistrato non è più, in sé, simbolo di prestigio sociale e, tanto meno, di autorevolezza, fiducia, credibilità. La percezione sociale del magistrato e della giustizia – e dunque la maggiore o minore fiducia, il maggiore o minore rispetto, la maggiore o minore credibilità – si nutre sempre di più anche del "costume giudiziario", ovvero di come i magistrati si pongono, parlano, scrivono, si comportano, e si relazionano con le parti del processo e con il pubblico.

La giustizia viene comunicata quotidianamente all'esterno con vari strumenti, inclusi avvisi di garanzia, provvedimenti cautelari, sentenze, ma oggetto di

1. Documento di presentazione di un Corso di studi tenutosi nel giugno 2017 presso la Scuola superiore della magistratura di Scandicci.

questo intervento, non sono le tecniche di redazione dei provvedimenti giudiziari, quanto le modalità di comunicazione esterna attraverso interviste, conferenze, comunicati-stampa che spesso appaiono la spia di diffuse propensioni dei magistrati ad accrescere, per quelle vie, la popolarità della propria immagine.

Le conseguenze delle modalità di comunicazione fanno sì che questa non può essere appannaggio soltanto di pochi – capi degli uffici e loro delegati – ma dev'essere una consapevolezza (e una competenza) "diffusa" ad ogni livello, pur se, anche in ragione dell'esperienza professionale di chi scrive, appresso si parlerà soprattutto dei doveri e degli errori dei pubblici ministeri, i magistrati più esposti a critiche per le modalità comunicative di cui sono spesso protagonisti.

Sarà utile passare in rassegna le più diffuse criticità del modo di comunicare di molti magistrati e le accuse che conseguentemente piovono addosso all'ordine giudiziario. Bisogna precisare, però, che non è accettabile alcuna generalizzazione di vizi e di certe pessime abitudini di alcuni magistrati, anche perché essi non sono certo gli unici protagonisti di una deriva insopportabile che ormai si manifesta sul terreno dei rapporti tra giustizia ed informazione: intendo riferirmi, anche in questo caso evitando rischi di ingiuste generalizzazioni, a certi atteggiamenti che sono propri di forze di polizia giudiziaria, di avvocati, politici e perfino, se non soprattutto, di giornalisti.

Il tema in questione va comunque esaminato con freddezza e ragione partendo da una affermazione netta ed inequivoca: l'informazione sulla giustizia è certamente necessaria, rivestendo anzi la dimensione di un dovere da parte di chi deve diffonderla e di un diritto da parte di chi ne è destinatario.

1. Si parla per rafforzare il peso dell'accusa?

Una delle accuse, spesso strumentali, rivolte ai magistrati è quella secondo cui – specialmente se pubblici ministeri – essi si servirebbero dei media per rafforzare il peso dell'accusa in vista del processo

Personalmente, pur dando per scontati vizi e pessime abitudini di cui si parlerà, non credo affatto che sia diffusa tra i pubblici ministeri la convinzione che, incrementando il rilievo mediatico delle proprie inchieste, sia possibile far crescere le probabilità di ottenere la condanna degli imputati, specie in processi difficili.

Se qualche pubblico ministero la pensasse in questo modo, il che non può essere in assoluto escluso, egli non meriterebbe stima e fiducia, ma solo di essere additato come l'opposto del modello di pubblico ministero che il nostro sistema prevede. Sempre che non violi norme disciplinari o penali: in tal caso meriterebbe anche severe condanne.

Comunque, non credo affatto che il possibile protagonismo di certi pubblici ministeri possa produrre conseguenze sulle decisioni dei Tribunali, pur se non possono non essere stigmatizzate dichiarazioni di alcuni giudici che, dopo la lettura del dispositivo, hanno sia pur sommariamente anticipato la motivazione di una sentenza. In generale, va detto che i giudici sono piuttosto le vittime potenziali del clamore mediatico. Basti pensare al caso di un'assoluzione che faccia seguito ad una ormai diffusa convinzione di colpevolezza degli imputati: il giudice diventa facilmente bersaglio di dure accuse, tra cui quella di non avere voluto affermare la verità a causa di condizionamenti o di mancanza di coraggio o per timore di ripercussioni sulla propria carriera.

Ecco perché credo che il "giusto processo", specie in casi eclatanti, sarebbe tale anche grazie a notizie giuste e vere, contenenti esclusivamente riferimenti ai fatti che ne sono oggetto.

2. I magistrati parlano per rafforzare la propria immagine?

La tendenza al protagonismo individuale è, in effetti, un problema reale connesso alla convinzione di alcuni pubblici ministeri di potersi proporre al Paese, attraverso la diffusione mediatica di notizie sulle proprie indagini, spesso enfatizzate, come eroi solitari, unici interessati alle verità che i poteri forti intendono occultare.

Sono preferibili, invece, quei magistrati che non cercano consenso (specie nelle piazze gremite) e che lavorano con riservatezza e determinazione: il modello ideale è stato, e rimane, Francesco Saverio Borrelli il quale ripeteva che la solitudine è lo stato ordinario del nostro lavoro. Il nostro dovere è quello di indagare con determinazione, senza fermarci dinanzi ad ostacoli di qualsiasi natura, al solo fine di provare la verità dei fatti e la responsabilità di chi ne è autore.

3. L'informazione necessaria non è quella delle conferenze stampa teatrali e dei comunicati stampa per proclami

Tuttavia l'informazione serve ai cittadini, ma va data con misura e quando lo sviluppo delle indagini lo consente. Cerco di spiegarlo con esempi concreti.

Partiamo, intanto, dal dovere deontologico che esiste per tutti i magistrati di non parlare dei processi in corso e da quello dei dirigenti di assicurare una corretta informazione per fatti di pubblico rilievo rispet-

tando i doveri di verità e sobrietà informativa, specie quanto i fatti sono oggetto di indagine e non ancora di una sentenza, sia pure di primo grado. Per i dirigenti degli Uffici giudiziari, in particolare per i procuratori della Repubblica, esiste anche il dovere di intervenire per correggere le *fake news:* serve farlo con misura e precisione per evitarne l'enfatizzazione, così come per far fronte al rischio di «pregiudizio alle indagini, ai diritti delle persone coinvolte, all'immagine di imparzialità e correttezza del singolo magistrato, dell'ufficio giudiziario e, nei casi più gravi della stessa funzione giudiziaria»[2].

Quanto alle conferenze stampa, mi permetto subito un riferimento personale: per il periodo in cui ho diretto la Procura della Repubblica di Torino, cioè dalla fine del mese di giugno del 2014, ne ho tenute solo tre: la prima per denunciare pubblicamente, insieme agli avvocati, il grave *deficit* di personale amministrativo dell'Ufficio; la seconda per illustrare i risultati ostensibili delle indagini sui gravi fatti verificatisi in Torino, in Piazza San Carlo, il 3 giugno 2017 (che avevano scosso l'intera città) e l'ultima per presentare pubblicamente le direttive emesse il 9 luglio 2018 in tema di priorità da accordare alla trattazione dei reati connotati da odio razziale ed al fine di velocizzare le procedure relative ai ricorsi avverso il rigetto delle richieste di protezione internazionale (argomenti, cioè, che richiamavano attualità e diritti fondamentali delle persone).

Non è a mio avviso apprezzabile, invece, la pratica delle conferenze stampa che vedono appartenenti alle forze di polizia schierati in divisa al fianco dei magistrati o dietro di loro: l'ho fatto una sola volta in oltre 40 anni e me ne sono presto pentito. Preferisco comunicati stampa sobri ed essenziali che hanno il pregio di diffondere parole e notizie precise, senza possibilità di interpretazioni forzate. Come avviene a Torino, i pubblici ministeri, anche per dare ulteriore concretezza al principio della direzione della Polizia giudiziaria che la Costituzione ed il codice di rito loro attribuiscono, dovrebbero sempre ricevere preventivamente dai vertici locali dei presidi di Polizia giudiziaria operanti nel Circondario o, a seconda delle competenza, nel Distretto, i comunicati stampa che essi intendono diffondere in ordine a rilevanti indagini effettuate e, in caso di necessità, sottoporli alle valutazioni del procuratore. Tale prassi è utile anche per pervenire a contenuti, modalità e tempi della diffusione delle notizie di interesse pubblico improntati anche al rispetto dei diritti e delle garanzie spettanti agli indagati per qualsiasi reato.

In sostanza, vanno evitati eccessi comunicativi della Polizia giudiziaria (spesso dovuti al fine di acquisire titoli utili per la progressione in carriera, mediante visibilità e impatto mediatico delle proprie attività) o anticipate diffusioni di notizie – con o senza *tweet* – che possono determinare il rischio di pregiudicare il buon esito delle operazioni. Queste, infatti, non si esauriscono nel momento dell'arresto di un ricercato o dell'avvenuta effettuazione di controlli e perquisizioni: talvolta, ad es., l'arrestato può chiedere di essere interrogato ed occorre che il pubblico ministero vi provveda subito se l'atto si presenta utile. Altre volte il materiale sequestrato può determinare ulteriori urgenti attività. E gli esempi potrebbero continuare. È importante, dunque, che pubblico ministero, Polizia giudiziaria e vertici delle strutture operanti condividano la cultura della informazione appropriata per contenuto e tempistica, che può persino essere frutto di oculata elaborazione di strategie investigative, quando, ad es., si diffonde *ad hoc* una specifica notizia perché ciò può determinare utili ed importanti sviluppi.

Il più efficace esempio di tale cultura è stato da me vissuto il 4 aprile 1981, data dell'arresto a Milano di Mario Moretti ed Enrico Fenzi, vertici delle Brigate Rosse. L'arresto era ovviamente clamoroso, anzi storico e, come sempre in questi casi, gli organi di polizia avevano il comprensibile desiderio di convocare conferenze stampa o diramare comunicati. D'altro canto, non potevo permetterlo finché non fossi stato certo che la divulgazione della notizia non avrebbe danneggiato possibili sviluppi investigativi. Ma arrivò la risolutiva telefonata del Ministro dell'interno Virginio Rognoni che mi chiamò personalmente: ero un giovane pubblico ministero di trentadue anni e mi disse: «Lei sa quanto per noi sia importante l'arresto di Moretti e quanto lo sia darne la notizia. Però prima di ogni altra esigenza vengono quelle dell'autorità giudiziaria. Lei faccia tutto quello che ritiene necessario, però le rivolgo una preghiera: quando avrà finito, mi chiami personalmente per dirmi che posso dare la notizia alla stampa. Vorrei ricevere questo nulla osta direttamente dalla sua voce, non da altri». Lo ringraziai. Lavorammo intensamente per ore: interrogammo Moretti e Fenzi e studiammo poi le poche carte che avevano addosso, dopodiché telefonai a Rognoni. Il ministro mi ringraziò e diffuse la notizia. Questo era Virginio Rognoni, un ministro di esemplare correttezza e cultura, pur se bisogna ammettere che nel 1981 non esistevano cellulari, sms e *tweet*.

Quanto ai comunicati ed alle conferenze stampa, è però inaccettabile la prassi di quei pubblici ministeri che, presentando pubblicamente le proprie indagini, usano lanciare veri e propri proclami del tipo «si tratta della più importante indagine antimafia del

2. Citata delibera del CSM dell'11 luglio 2028.

secolo» o «finalmente abbiamo scoperto la mafia al Nord», così proponendosi come icone – categoria purtroppo in espansione – per le piazze plaudenti.

Recentemente, sono stati anche diffusi comunicati in forma non condivisibile: troppo lunghi nel testo e perfino contenenti, da un lato, brani oggetto di conversazioni registrate durante le indagini preliminari, dall'altro spunti critici verso giudici o avvocati, oppure affermazioni apodittiche quasi che le tesi dei pubblici ministeri esposte nei comunicati rappresentino la verità inconfutabile, definitivamente accertata, insomma un anticipo di sentenza. Niente di più lontano, insomma, dal senso del limite e dall'etica del dubbio cui devono conformarsi le parole di un pubblico ministero prima della decisione del giudice.

I comunicati stampa, invece, oltre a dover essere ovviamente chiari, sintetici ed efficaci, non possono che riguardare informazioni di effettivo interesse pubblico e contenere brevi riferimenti alla natura dei reati per cui si procede, alla provvisorietà delle valutazioni del giudice (non del pubblico ministero) sulle responsabilità delle persone sottoposte a misura cautelare, evitando citazione di nomi e diffusione di fotografie o comunicazione di dati sensibili almeno ove tali nomi ed immagini non siano noti per altri fatti oggettivi (ad es., arresti in flagranza o diffusione di notizie, come è avvenuto, da parte degli stessi indagati).

Particolare attenzione va riservata alla necessità di evitare in qualsiasi modo che notizie segrete o comunque riservate possano essere anche indirettamente propalate o intuite: i danni alle indagini sono in questi casi evidenti e finiscono con il legittimare le accuse sistematicamente rivolte ai magistrati – in quanto detentori delle notizie – di determinarne le cd. "fughe".

4. No all'"espansione" a mezzo stampa del ruolo dei magistrati

Vanno anche criticate altre improponibili modalità di comunicazione attuate e perseguite da quanti, anche in un passato non troppo lontano che purtroppo non appare ancora abbandonato, hanno affermato, in una logica di autolegittimazione preventiva e di ricerca del consenso delle folle, che il proprio lavoro investigativo, pure in caso di eventuale insuccesso processuale, sarebbe comunque servito a ricostruire la storia del Paese o a moralizzarlo: con ciò dimenticando che l'oggetto dei processi penali non può mai essere una pura valutazione storica dell'epoca in cui i fatti si collocano o un mero giudizio etico, politico o di opportunità di certi comportamenti, mentre lo è solo l'accusa di avere violato specifiche norme penali

Va cioè respinta l'immagine del magistrato unico (o quasi) depositario della morale collettiva. Il compito dei magistrati non è quello di formulare ipotesi affascinanti, ma di mettere a nudo la verità con prove inconfutabili. E questo comporta un limite: se quelle prove non si raggiungono, il magistrato, pur se convinto del fondamento della ipotesi accusatoria da cui si è mosso, ha esaurito il suo ruolo, deve considerare i limiti della giustizia umana e se è un pubblico ministero deve saper ragionare come un giudice e comunque rimettersi alla decisione finale dei Tribunali e delle Corti rispettandola fino in fondo. Altrimenti, finirà con il favorire proprio quei poteri criminali che si propone di contrastare. Diversamente, l'aspirante moralizzatore diventerà forse una icona per una parte del Paese ma certamente l'esercizio del potere giudiziario rischierà di apparire arbitrario, sganciato da regole certe, incomprensibile. Ed il pubblico ministero o il giudice, approdato ad un ruolo che non gli appartiene, finirà con il dare la sensazione di essere stato condizionato da quell'abbraccio della folla che ha cercato o non evitato e, involontariamente, finirà con il favorire con il compromettere l'autorevolezza della giustizia.

Tocca allo storico o alla politica, invece, analizzare le sentenze e gli atti processuali e trarne conclusioni che riguardano le loro competenze ed il loro ruolo. E se da un'indagine o da un processo emergono comportamenti di indagati ed imputati eticamente o deontologicamente riprovevoli, toccherà ad altri valutarli, e se gli imputati sono politici o aspiranti tali, toccherà innanzitutto agli elettori, prima del voto, capirne e conoscerne la natura, poiché anche per i cittadini esiste il dovere della effettiva conoscenza di fatti e persone, specie se per queste ultime è chiamato ad esprimere il voto.

Non potrò dimenticare l'amico e collega fiorentino Gabriele Chelazzi che, dinanzi alla Commissione parlamentare Antimafia nel 2002, espose la sua tesi secondo cui non si può chiedere al giudice di andare oltre una certa soglia, avendo egli l'obbligo di provare la responsabilità degli autori dei reati con riscontri oggettivi.

E – concludeva Chelazzi – le connessioni e le conseguenze sulla società di fatti di grave entità, come ad es. le stragi, non possono che essere accertate da una Commissione parlamentare, competente per approfondimenti sotto altri profili.

5. L'esposizione mediatica, frutto della degenerazione informativa, può determinare febbre "giustizialista"?

Probabilmente i comportamenti sin qui descritti sono conseguenti alla progressiva degenerazione dei

rapporti tra giustizia e informazione manifestatasi negli ultimi venticinque anni, soprattutto a seguito del rilievo che hanno assunto indagini e processi penali nella vita politica italiana.

Di qui il moltiplicarsi di non pochi casi di eccesso di protagonismo da parte di alcuni pubblici ministeri, sia pure, come si è detto, senza ricadute negative sulla serenità dei giudici.

Minoranze di colleghi, però, indipendentemente dalla loro anzianità, manifestano talvolta eccessiva attenzione al rilievo mediatico del proprio lavoro, il che è anche effetto di involuzioni e cambiamenti nel modo di fare giornalismo: la pubblicazione in rilievo della notizia di un'importante indagine sui giornali rischia in tal modo di diventare per molti più importante della futura sentenza, di cui qualche giudice – come prima si è detto – ha talvolta persino anticipato la motivazione.

Da tutto ciò deriva un'altra accusa che viene rivolta ai magistrati: l'enfasi con cui certe indagini vengono rappresentate dalla stampa rischia di favorire il diffondersi di una "febbre giustizialista" nell'opinione pubblica, anche al di là degli effetti reali sullo svolgimento dei processi.

Ad esempio, si assiste spesso a processi mediatici ed alla costruzione di verità alternative rispetto a quelle accertate o da accertare nei dibattimenti: in particolare, trovano ampio ed immediato spazio le "verità" che si fondano su misteri senza fini, nell'ambito dei quali tutto si lega: qualcuno ha recentemente affermato che Cia, Kgb, Mossad, Servizi segreti italiani, Massoneria, Cosa Nostra, 'Ndrangheta e Camorra, settori deviati della Polizia e dei Carabinieri furono gli organizzatori del sequestro di Moro e della strage della sua scorta cui aveva materialmente partecipato almeno un rappresentante di ciascuna di tali "entità". Questa tesi – che ha spopolato e passa ormai per verità finalmente accertata – è maturata nella Commissione parlamentare Stragi e Terrorismo in cui operano, come "consulenti", alcuni magistrati. E cosa dire del nesso che qualcuno ha affermato esistere tra la caduta del muro di Berlino, la sua caduta, lo stesso sequestro Moro, la strage di Falcone, Borsellino e delle loro scorte? E le teorie su Piazza Fontana e sull'11 settembre? Mi fermo qui. Ma tant'è: basta il titolo ad effetto per rendere credibili costruzioni alternative della verità e processi mediatici. Ed è grave, a mio avviso, che certe teorie trovino spazio anche in ambiti istituzionali: basti pensare anche a quelle prive di qualsiasi fondamento che l'Ordine dei giornalisti di Milano ha messo in campo a proposito dell'omicidio Tobagi, con l'avallo di un magistrato intervenuto in occasione della loro pubblica presentazione, nonostante molte sentenze definitive le avessero già del tutto smentite.

Anche in relazione alla logica sottesa alla esaltazione di certi presunti misteri, in sostanza, è possibile individuare contributi non secondari di magistrati che spesso richiamano responsabilità di imprecisate entità esterne e dei soliti "poteri forti", senza nome e senza volto, così fungendo da interlocutori del peggiore giornalismo, quello lontano anni luce dal vero giornalismo d'inchiesta di cui ovunque vi è bisogno.

Vale anche per i magistrati, dunque, il motto che i giornalisti inglesi usano per stigmatizzare quei loro colleghi che rifiutano di accertare/accettare il reale andamento dei fatti pur di non indebolire le loro fantasiose ipotesi: «Non permettere ai fatti di rovinare una bella storia!».

6. Magistrati, tra i "nuovi mostri dei talk-show"[3]. Le interviste - spettacolo

La presenza eccessiva di alcuni magistrati o *ex* magistrati nei *talk show* televisivi, che ormai ammorbano le serate degli italiani, costituisce una ulteriore ragione di perdita di credibilità dell'ordine giudiziario: sembra impossibile che tanti colleghi non si rendano conto del fatto che l'inflazione di interviste e dichiarazioni, specie se riferibili ad inchieste in corso, costituisce un fattore delegittimante della nostra funzione, così come quelle che anche su altri temi – dalle riforme della giustizia alle seriali accuse di clientelismo rivolte alle componenti dell'Anm – vengono interrotte solo dagli applausi "ordinati" a comando negli studi televisivi.

Si pensi alle numerose interviste di pubblici ministeri che hanno criticato la riforma delle intercettazioni telefoniche trascurando almeno due decenni di dibattito attorno alla condivisa necessità di evitare la indebita diffusione di conversazioni non pertinenti alle indagini. Affermazioni immotivate come quella secondo cui, a seguito della riforma – Orlando, sarebbe la Polizia giudiziaria a decidere cosa rendere noto e cosa segretare, oltre a dimostrare una non corretta visione del ruolo di direzione della Polizia giudiziaria che Costituzione e codice di rito affidano al pubblico ministero[4], sono servite a far riemergere la diffu-

3. Si tratta di espressione che costituisce il titolo di un articolo, per altro non certo riferibile solo a magistrati, a firma di Andrea Miniz, pubblicato su *Il Foglio* dell'1.12.2018.

4. Solo un pubblico ministero non del tutto capace di dirigere la Polizia giudiziaria, infatti, può lasciarsi da questa dettare o imporre (anche fraudolentemente) le scelte di pubblicazione ed utilizzo delle conversazioni intercettate.

sa convinzione secondo cui i giornali hanno diritto a pubblicare subito tutto ciò che viene registrato e che ritengano rilevante, come se le intercettazioni delle comunicazioni fossero a ciò finalizzate, anziché alla ricerca delle prove per i reati per cui si procede.

Si sono anche visti magistrati sottoposti a protezione per i rischi connessi alla loro attività professionale rilasciare interviste in uno spazio aperto, circondati dai poliziotti di scorta che guardavano in alto, verso i muri del vicino Palazzo di giustizia, evidentemente alla ricerca di cecchini. Possiamo permetterci rappresentazioni simil-teatrali quando parliamo ai cittadini di temi delicati e importanti? E se rischi esistono, non è meglio rilasciare interviste nel proprio ufficio anziché all'aperto, mentre si è circondati dagli uomini di scorta?

Connesso al tema delle interviste-spettacolo è quello della costruzione e del mantenimento di canali informativi privilegiati tra magistrati ed esponenti del mondo dell'informazione, che – come ammonisce il Csm – producono discriminazione tra giornalisti e testate. Ricordo quando, da procuratore aggiunto a Milano, ebbi a ricevere nel mio ufficio un giovane giornalista che, presentandosi come nuovo addetto della sua importante testata alle cronache giudiziarie milanesi, mi rassicurò sul fatto che avrebbe mantenuto segreta la fonte di ogni notizia riservata che gli avrei passato. Mentre lo sbattevo fuori dall'ufficio, pensai che qualcuno doveva avergli detto che così si fa con i magistrati e che i magistrati lo accettano e magari lo gradiscono. E non è difficile ipotizzare che, purtroppo, ciò possa effettivamente avvenire fino a determinare l'"abbandono" di uno dei più importanti obiettivi che le corrette modalità di comunicazione impongono, cioè quello della massima spersonalizzazione delle notizie: ciò significa, ad es., che si può ben dare informazione – nei limiti sin qui precisati – circa un'indagine di pubblico interesse, ma questa deve essere attribuita all'Ufficio e non al singolo pubblico ministero che l'ha condotta.

7. Gli attacchi alla politica ingiustificatamente generalizzati

In un suo famoso pezzo dell'88, *Political world*, il premio Nobel Bob Dylan sostiene – in sintesi – che la politica vuole la sconfitta degli altri e l'impunità per sé. Non la penso affatto così e mi spiace dissentire per una volta dalla mia stella polare, il menestrello di Duluth, che spero non lo venga a sapere. Dissento dunque anche dai tanti colleghi che la pensano allo stesso modo e che lo ripetono in ogni tipo di pubblica esternazione. Io penso che la politica meriti rispetto e costituisca un'alta funzione, sia pur piena di criticità e (come anche la magistratura) frequentemente "praticata" da persone che non meritano la fiducia degli elettori.

Dunque, quando al di fuori degli atti giudiziari parliamo di politici corrotti o collusi con altri poteri criminali, possiamo farlo a seguito di sentenze di condanna o di episodi inconfutabili e ormai pubblici (si pensi all'arresto in flagranza di un politico che riceva una mazzetta dal corruttore o ad una conversazione registrata ed ormai pubblica perché depositata in un processo). Anche in questo caso, però, bisogna farlo con sobrietà e misura, evitando improprie generalizzazioni di sapore qualunquistico (del tipo «i politici sono corrotti»), così evitando di offrire spunti per affermazioni altrettanto generalizzanti, quelle ben note e frequenti secondo cui l'esercizio obbligatorio dell'azione penale sarebbe in realtà conseguenza degli orientamenti politici dei magistrati. In un caso e nell'altro sono la democrazia e le sue istituzioni che perdono credibilità.

Si è già detto che protagonisti necessari della comunicazione relativa alla giustizia non sono solo i magistrati ma anche la Polizia giudiziaria (se ne è già parlato nel par. 3), gli avvocati, i politici ed i giornalisti.

Quest'intervento non è specificatamente dedicato anche a queste categorie, ma – avviandomi alla conclusione – qualche osservazione in merito è necessaria.

8. Avvocati e informazione

Ricordo quando Virginio Rognoni (sì, ancora lui), da *ex* vice presidente del Csm, ebbe a definire virtuoso il protagonismo dei magistrati e degli avvocati civilmente impegnati a fornire corrette informazioni ai cittadini nell'interesse della amministrazione della giustizia e della sua credibilità.

Ma, così come è stato sin qui fatto per le criticità comunicative dei magistrati, non si può tacere in ordine a certi comportamenti di non pochi avvocati che sfruttano la risonanza mediatica delle inchieste in cui sono coinvolti i loro assistiti, ed anzi le amplificano.

Anche grazie a tale propensione si afferma il processo mediatico, che – maggiormente deprimente se vi partecipano magistrati – diventa spesso più importante ed efficace di quello che si celebra nelle Aule di giustizia e della sentenza cui è finalizzato. Senonché, come ha scritto Luigi Ferrarella[5], «su questo piano nessuno si salva, perché nel processo mediatico vince

5. L. Ferrarella, *Proposta minoritaria di ecologia giornalistica*, in *I problemi dell'informazione*, n. 4/2066, www.rivisteweb.it/isni/10642.

comunque il più scorretto, a prescindere dal lavoro che fa. Vince il magistrato più ambizioso o più vanitoso, come viene lamentato spesso; ma vince anche l'avvocato più aggressivo e scorretto; vince l'imputato (se mi si concede l'errore) più "eccellente", vince il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio introdotto nel circuito mediatico ai fini della sua progressione in carriera o della sua logica di cordata interna; e vince il giornalista più spregiudicato. Con un risultato micidiale anche sul modo in cui in una collettività democratica viene amministrata la giustizia».

Ed a ciò deve anche aggiungersi che il consenso popolare viene televisivamente ricercato da qualche avvocato anche quale mezzo di proliferazione della propria clientela

Inesistente, o comunque rara, è peraltro qualsiasi forma di autocritica della categoria anche rispetto a quegli avvocati che, subito dopo la pronuncia di una sentenza di condanna dei loro assistiti, anziché formulare, come è ben possibile, legittime critiche in modo pacato ed eticamente consentito, si lasciano andare a commenti delegittimanti nei confronti dei giudici che hanno emesso la sentenza.

Senza questo tipo di atteggiamenti i *talk-show* non avrebbero seguito e le telecamere non avrebbero ragione di popolare le aule di giustizia.

9. I politici che strumentalizzano l'informazione sulla giustizia

Non intendo qui far riferimento alle conosciute modalità di reazione a processi, condanne e assoluzioni da parte di politici a vario titolo incriminati. Il tema mi interessa poco anche perché è ovviamente prevedibile che un imputato, a qualsiasi categoria appartenente, ben difficilmente potrà essere riconoscente nei confronti di quanti lo hanno incriminato e condannato.

Mi interessa invece qualche breve cenno al comportamento di quei politici, con incarichi governativi o meno, che sono ben attenti a sfruttare le nuove modalità di comunicazione che i tempi moderni hanno imposto: come si dirà appresso, si moltiplicano giornalisti inclini non tanto all'approfondimento della notizia dai politici propalata con insopportabile retorica, ma a determinarne comunque il massimo clamore .

Basti pensare a come, per mero scopo di supporto alle proprie scelte e posizioni, esponenti di rilievo di vari Governi hanno presentato ai cittadini i famosi "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009, o a come sono stati diffusi infondati allarmi sui rischi derivanti per l'Italia dal terrorismo internazionale (notizie riguardanti inesistenti scuole di *kamikaze*; inesistenti progetti di attentati a seggi elettorali, alla cattedrale di Bologna, alle stazioni metropolitane; o, ancora, la massiccia presenza dell'Isis a Roma, i numeri esagerati di *foreign fighters* espulsi, la balla del marocchino arrestato in provincia di Milano – e poi scarcerato dai giudici – perché complice dell'attentato al Bardo di Tunisi), così come va ricordata la propalazione di pulsioni xenofobe nei confronti degli immigrati, in particolare di quanti arrivano in Italia sui barconi, tra i quali si dice – contrariamente al vero – vi sarebbero terroristi ed aspiranti *kamikaze*.

Insomma la notizia che dovrebbe informare correttamente serve in realtà ad enfatizzare il problema sicurezza, così da allarmare i cittadini ed insieme rassicurarli grazie a continui riferimenti alla capacità di chi governa di saperli tutelare attraverso apparati di intelligence e leggi sapienti. Zygmunt Bauman ci aveva già avvertito in ordine al senso di questa strategia politica che serve a far passare in second'ordine – rispetto all'abusato tema della sicurezza – problemi sociali ed economici, doveri costituzionali ed incapacità di guida politica del Paese. E per tutto questo, ora, basta un *tweet* o un sms di 160 caratteri: forse lo stesso Bauman non l'aveva immaginato!

10. I giornalisti che producono l'informazione sulla giustizia

I giornalisti, ovviamente, dovrebbero essere gli osservanti più scrupolosi delle regole della corretta informazione. E fortunatamente molti lo sono. Ma anche per questa categoria, la modernità ha imposto "anti-regole" pericolose ed inaccettabili.

Cito un altro episodio personalmente vissuto più di vent'anni fa allorché effettuai un lungo viaggio di studio negli Stati Uniti, trovandomi a discutere, a Chicago, con il locale *prosecutor* federale, in ordine al livello di indipendenza possibile dei procuratori designati dal Presidente degli Stati Uniti (nel sistema di giustizia federale) o eletti (nel sistema di giustizia statale). Gli chiedevo se i pubblici ministeri non fossero condizionati dalla fonte politica della loro nomina. La risposta fu «Caro collega, qui c'è la stampa!». Non disse «... la stampa libera». Alludeva al ruolo di cane da guardia del giornalismo d'inchiesta, forse troppo citato, ma che, come è noto, ha consentito – negli Stati Uniti – di far venire alla luce scandali di portata storica.

Il giornalismo d'inchiesta, in sostanza, negli Stati Uniti e dovunque, grazie ad approfondimenti seri, documentati e soprattutto liberi, dovrebbe ricercare la verità dei fatti, come spetta al pubblico ministero nelle sue indagini giudiziarie.

E' così anche in Italia? Purtroppo non è sempre così. Ho prima citato, a proposito dei politici, i vizi originati della moderna informazione, in modo par-

ticolare di quella ormai dominante (o quasi) sul web, che impone assoluta rapidità di diffusione delle notizie. Ma se ciò avviene senza approfondimenti e senza le dovute precisazioni, non è affatto una buona informazione, specie ove si pensi che, nei frequenti casi di diffusione via web di informazioni imprecise e superficiali, è molto difficile che l'indomani, i quotidiani titolari dei siti web possano correggere ed ammettere l'errore.

Si sono però diffuse altre modalità poco corrette di interlocuzione ed informazione nel settore della giustizia (al quale mi limito): una parola di saluto e commento informale di un magistrato diventa intervista mai rilasciata o autorizzata, titoli in rilievo e virgolettati lasciano pensare a contenuti degli articoli ad essi conformi ed a dichiarazioni rilasciate da persona intervistata, mentre quasi mai quelle parole sono state pronunciate da alcuno e spesso i contenuti degli articoli ne smentiscono i titoli.

Parlandone con qualche autorevole giornalista amico, mi è stato risposto che quella è ormai la moderna tecnica utilizzata dai giornali per attirare l'attenzione del lettore.

E c'è molto altro: presenza di telecamere non autorizzate nei palazzi di giustizia, i cui utilizzatori sono pronti a riprendere persone che si recano negli uffici dei magistrati per essere esaminati o interrogati, con conseguente violazione della *privacy*; giornalisti che, come si è detto, pretendono di dar vita a rapporti confidenziali con i magistrati per avere accesso prioritario a notizie riservate o che nelle interviste pongono domande dai toni e contenuti provocatori per generare imbarazzo negli intervistati e perché ne resti traccia nei servizi televisivi; articoli che tendono ad assecondare le peggiori pulsioni populiste dei lettori etc.. Sono questi i principali vizi del giornalismo moderno che si occupa della giustizia, fermo restando che non intendo spendere una sola parola sui professionisti disonesti. Ce ne sono infatti anche tra magistrati ed avvocati e non vi è necessità di alcun commento in proposito. Onore, invece, ai tanti giornalisti che fanno il loro dovere con assoluta professionalità e correttezza, senza sconti per alcuno. Ed onore a coloro che, in ogni parte del mondo, sono morti o sono stati perseguitati nell'adempimento del loro dovere.

Il mio sogno è di vedere il nostro mondo della giustizia popolato da giornalisti "*fact checkers*" che peraltro, anziché cercare documenti in modo scorretto, provvedano ad eventualmente richiederli con formali istanze (come da prassi introdotta a Torino) ai sensi dell'articolo 116 cpp. Meglio ancora sarebbe, come da anni proposto da Luigi Ferrarella, disciplinare legislativamente il loro accesso agli atti, per evitare dipendenza da fonti portatrici di interesse e per esaltare la libertà e professionalità dei giornalisti.

11. La necessità di una riflessione comune su informazione e giustizia tra magistrati, avvocati e giornalisti

Sono da tempo intervenuti codici deontologici per magistrati, avvocati e giornalisti, cioè per tre delle principali categorie protagoniste del rapporto tra comunicazione e giustizia: tali codici sono sempre più mirati a disciplinare diritti e doveri connessi all'esercizio delle rispettive citate funzioni, ma i vizi sin qui esposti – ed altri ancora – permangono ed anzi rischiano di amplificarsi.

Non occorre – allora – invocare nuove regole deontologiche e sanzioni, quanto un confronto diffuso, serrato e sincero tra le categorie interessate a dar luogo a prassi corrette. Citando il mio ufficio per l'ultima volta, devo dire che sono stati organizzati a Torino negli ultimi anni vari incontri con i giornalisti ed un'assemblea anche con gli avvocati per discutere dell'irrinunciabile importanza della informazione sulla giustizia e dei connessi diritti – doveri, di cui, però, vanno anche conosciuti i confini, diversi a seconda delle fasi del processo e comunque giustamente condizionati dal rispetto delle regole poste a tutela della *privacy* delle persone.

L'auspicio è che tutti i magistrati, qualunque sia la funzione da loro svolta (ma in particolare i pubblici ministeri, categoria cui ha appartenuto chi scrive per tutta la sua carriera), siano ben consapevoli che la propria autorevolezza e credibilità non dipendono dallo spazio e dal rilievo eventualmente riservati dalla informazione alla loro attività professionale, ai loro volti ed ai loro nomi, ma dai risultati attestati nelle sentenze definitive. È anche questo che dà corpo alla fiducia nella Giustizia.

Il magistrato, dunque, sia protagonista virtuoso di corretta comunicazione e di ogni utile interlocuzione nel dibattito sui temi della giustizia! Ma sia capace di esserlo con misura, anche in questo difficile contesto storico in cui qualsiasi intervento tecnico, persino in ordine ad un disegno di legge o in tema di diritti fondamentali, genera in automatico sempre la stessa risposta: «il magistrato taccia o scenda in politica», come se a tale tipo di interlocuzione fossero abilitati solo i politici! Deve essere ben chiaro, allora, che dipenderà soprattutto da noi se i cittadini comprenderanno quali sono le ragioni per cui nessuno può farci tacere.

L'esperienza di un giudice che ha "spiegato" il dispositivo della sentenza

di *Beniamino Deidda*

L'Autore, dopo avere rievocato un periodo caratterizzato dall'assenza di comunicazioni all'esterno da parte dei magistrati, ricorda un processo celebrato presso la Pretura di Firenze nel 1971, nel quale il pretore spiegò brevemente le ragioni del dispositivo della sentenza. Le reazioni ribadirono la chiusura dei magistrati ad ogni forma di comunicazione che è durata fino alla pubblicazione del codice del 1988. Quel che è accaduto con il nuovo rito non soddisfa ancora alla necessità di "rendere conto" ai cittadini da parte dei magistrati, che è un'esigenza che trova la sua giustificazione nella Costituzione. Un tentativo di disciplinare nuove forme di comunicazione si trova nelle linee-guida recentemente approvate dal Csm. Ma è necessaria una nuova formazione per i magistrati.

1. Quando era proibito comunicare

C'è stato un tempo nella mia esperienza di magistrato, nel quale era richiesto ai giudici (ma anche ai pubblici ministeri, si capisce) di evitare rigorosamente qualsiasi comunicazione che facesse riferimento ai procedimenti nei quali ciascuno era impegnato. La parola d'ordine era allora riassunta nella formula «i giudici parlano solo con le loro sentenze» (da intendersi in senso più ampio «con gli atti del processo»). Il costume di estrema riservatezza della magistratura si attagliava bene al tempo di un'Italia agro-pastorale nel quale avevano visto la luce i codici Rocco. Il distacco dei giudici, che sfiorava l'anonimato, la lontananza ostentata dalla vita politica e sociale rafforzavano la convinzione che tra i giudici e la politica, o meglio la società, non ci dovesse essere nessun contatto. Che i giudici debbano parlare solo con le sentenze si sente dire ancora ogni tanto e a volte da colleghi insospettabili, dai quali non ci si aspetterebbe una visione sacerdotale della giustizia. È il retaggio di un tempo nel quale il "naturale riserbo del giudice" consigliava di astenersi non solo da qualsiasi forma di protagonismo, ma anche di comunicazione con la stampa e con i media. Ricordo che anche allora i giornalisti andavano a caccia di notizie, attinte (se possibile) direttamente dalla bocca dei magistrati, ma raramente riuscivano a strappare qualche parola ad uno di noi. Tutti riconoscevano di buon grado che il silenzio era indiscutibile segno di riservatezza e probità del magistrato. Nessuno di noi parlava dei processi nei quali era impegnato (neanche di quelli che non erano più coperti dal segreto), nella convinzione che la personalizzazione degli atti giudiziari nuocesse a quella idea di distacco imparziale dalle vicende sottoposte al nostro giudizio, che costituiva uno dei pilastri della deontologia del giudice e del magistrato più in generale. Parlare, (o anche solo spiegare dal punto vista tecnico-giuridico), del processo o di un singolo atto processuale sarebbe sembrato un deplorevole episodio di esibizionismo o, peggio, di gratuita personalizzazione di una pronunzia che invece doveva essere riferita in astratto al Tribunale o alla giustizia. Naturalmente la regola non valeva solo per i procedimenti che vedevano impegnato ciascuno di noi. Valeva anche per i procedimenti trattati dai colleghi. Anzi, parlare dei provvedimenti o delle decisioni adottate da altri era giudicata un'inammissibile interferenza, al limite dell'offesa nei confronti dei titolari del procedimento.

Certo è che allora la riflessione dei giudici non si poneva il tema della comunicazione ai cittadini negli stessi termini in cui oggi esso è presente alla maggior parte dei magistrati. Che i cittadini capissero o non il senso dei provvedimenti giudiziari non era problema che potesse toccare i magistrati. C'erano i giornalisti, c'era la televisione per interpretare i singoli atti

o addirittura il contenuto delle sentenze. I magistrati rendevano pubblici i loro provvedimenti secondo le formule del rito processuale, non dovevano aggiungere una parola. E ricordo con molta precisione che nessuno di noi rendeva pubbliche dichiarazioni, neppure quando l'opinione pubblica si faceva dei nostri provvedimenti un'idea palesemente errata o distorta. A questi equivoci l'unico rimedio era la pubblicazione degli atti, quand'era il tempo, o il deposito delle motivazioni della sentenza.

Questa situazione è durata fino alla metà degli anni '60 e non ha conosciuto molte eccezioni: il silenzio dei magistrati era ad un tempo la dimostrazione del distacco dei giudici dai conflitti sociali e la garanzia della loro apoliticità. Ma proprio a metà degli anni '60, nasceva la corrente di Magistratura democratica che si aggiungeva dentro l'Associazione nazionale magistrati alle correnti già esistenti di Magistratura indipendente e Terzo potere. Il manifesto della nascita di Md sembrava fatto apposta per abbattere quei tabù: Md prendeva una posizione netta proprio di fronte ai conflitti sociali e denunziava apertamente la politicità della giurisdizione. Se dunque i magistrati prendevano posizione, se si arrogavano il diritto di stabilire quali interpretazioni della legge fossero conformi ai principi costituzionali e quali no, il silenzio non poteva più essere considerato un imperativo deontologico. L'impatto tra Md e le posizioni della stragrande maggioranza dei magistrati fu fragoroso ed ebbe come conseguenza immediata l'adesione alla corrente solo di una sparuta minoranza di colleghi. Ma il vento nuovo nella magistratura non veniva solo da Md. La progressiva attuazione della Costituzione portava inevitabilmente nuova linfa democratica nelle istituzioni. Anche l'Associazione nazionale magistrati fu coinvolta nell'elaborazione del nuovo ruolo dei magistrati e della giurisdizione. La svolta, come tutti sappiamo, avvenne pochi mesi dopo nel congresso di Gardone. Alla conclusione del congresso emerse una nuova consapevolezza di una buona parte della magistratura, persuasa di dover essere garante dei principi affermati nella Costituzione, cui si contrapponeva una larga fetta di magistrati attestati sulle posizioni tradizionali di meri interpreti della legislazione vigente, attenti a non sconfinare "nella politica". Nasceva proprio a Gardone una nuova consapevolezza che non si sarebbe più smarrita negli anni seguenti: i magistrati non potevano più essere ridotti al silenzio. Non solo come cittadini titolari del diritto di manifestare il loro pensiero, ma proprio in quanto magistrati, garanti dei principi contenuti nella Costituzione che li faceva interpreti della legge in nome del popolo. Nasce a Gardone (anche se non esplicitata, come avverrà in seguito) l'idea di un magistrato democratico, non più mero funzionario dell'amministrazione di giustizia, disposto a rendere democraticamente conto ai cittadini del suo operato. Almeno sul piano ideale, anche se non nella concretezza della vita giudiziaria di tutti i giorni, il silenzio dei magistrati, inteso come necessario costume intrinseco alla professione, a Gardone finiva per sempre.

Dopo Gardone, Md è venuta elaborando per molti anni una sistematica critica pubblica ai provvedimenti giudiziari, intesa come partecipazione attiva alla giurisdizione e come condizione imprescindibile di confronto con l'opinione pubblica. I magistrati hanno, in questa visione, il dovere non solo di esaminare le pronunzie della giurisprudenza per verificarne la conformità ai principi costituzionali, ma anche di diffondere la conoscenza delle decisioni dei giudici presso tutti i cittadini. Solo così la questione della giustizia può diventare patrimonio della collettività e attraverso il dibattito pubblico si può concretamente realizzare una di quelle forme di *partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia* di cui parla l'articolo 102 della Costituzione. È inutile dire come questa prospettiva appartenesse a pochi di noi, idealmente raccolti intorno alla rivista *Quale Giustizia*, e come fosse avversata dalla maggioranza dei magistrati. E non era un caso che, mentre Md cercava il dialogo sui temi della giustizia con i partiti, i sindacati e le forze più vive della società, le altre correnti dell'Anm denunciassero lo scandalo di un manipolo di magistrati privi del necessario riserbo, fino ad accusarli di "fiancheggiare" questa o quella forza politica. In questo contesto si è fatto strada per molti di noi il tema della comprensione dei provvedimenti giudiziari da parte dei cittadini e, prima di tutto, di coloro che partecipavano al processo nelle diverse vesti di imputato, parte offesa o testimone.

2. Un pretore "spiega" in aula la sentenza

Forse è di qualche utilità ricordare un episodio lontano nel tempo, ma indicativo di un clima e delle difficoltà dei giudici di comunicare con la società civile.

Siamo nel 1971, in una delle aule della Pretura di Firenze. Durante la mia udienza penale, anche allora carica di fascicoli, venne chiamato un processo per appropriazione indebita. La vicenda era di poco conto (per il pretore!), ma evidentemente aveva qualche importanza per le parti, che già avevano avuto qualche scontro verbale nei corridoi.

Era accaduto che una signora, anziana ma ancora vispa, abitante nel quartiere popolare di San Frediano, avesse bisogno di un po' di denaro per le sue esigenze quotidiane. Aveva in casa un oggetto di qualche valore (non ricordo più che cosa) e pensava

di poterlo vendere. Sparse un po' la voce e dopo poco un suo vicino di casa ("un trafficone", lo definiva la signora nella querela!) si offrì di venderlo a condizioni vantaggiose. I mesi però passavano senza che si realizzasse la promessa vendita: il vicino di casa accampava sempre nuove scuse e la signora cominciava a perdere la pazienza, ma anche a sospettare che non tutto filasse proprio liscio. Cominciò a chiedere indietro l'oggetto a suo tempo consegnato, ma il vicino insisteva nelle sue promesse, assicurando che ormai era questione di settimane o di giorni. La signora, sempre più allarmata, ormai non sperava più nella vendita. Passarono ancora molte settimane, fino a quando, spalleggiata da qualche parente, reclamò con decisione la restituzione dell'oggetto, ma (come non era difficile immaginare) il vicino di casa ammise di non averlo più. La signora inferocita, trascorso ancora qualche tempo scandito da litigi con il vicino, si decise a proporre la querela, nella quale specificava che lei aveva capito da molto tempo che il *trafficone* si era appropriato del prezioso oggetto, ma che per quieto vivere... .

Dal momento della consegna dell'oggetto erano ormai trascorsi oltre due anni.

Al pretore non restava altra scelta che dichiarare improcedibile l'azione penale per tardività della querela. Era quello uno degli ultimi processi e il pubblico di curiosi che abitualmente affollava l'aula del pretore penale si era diradato. In piedi nella mia toga nera lessi velocemente il dispositivo della sentenza: «... non doversi procedere nei confronti di ... per intempestività della querela». Vi fu un gran silenzio, l'imputato si allontanò dall'aula velocemente. Invece la vecchia signora continuava a fissarmi incredula e senza parole. Passarono pochi secondi, poi venne fin sotto il mio banco, notevolmente più in alto rispetto al pavimento dell'aula, e agitando in alto la mano fino a sfiorarmi il mento, disse a voce molto alta: «Ah, sicché "un è nulla, ah, va bene così, bravi, bella roba ..."». E avrebbe certamente specificato cosa pensava della nostra giustizia, se il perspicace carabiniere di servizio in aula non l'avesse bonariamente presa sottobraccio trascinandola verso l'uscita.

Ero rimasto molto colpito da quello sfogo spontaneo. Scene come quella non dovevano essere nuove nelle nostre aule. Chissà quante volte imputati e parti offese non avevano inteso l'oscuro linguaggio dei dispositivi letti in udienza («intempestività della querela!?», cosa poteva voler dire per una anziana donna del popolo alla quale un astuto vicino di casa aveva sottratto con vari sotterfugi un oggetto prezioso...?). Ma fino ad allora noi giudici non ci avevamo fatto molto caso, presi come eravamo dalla abitudine ai nostri sacri riti. Ma in quegli anni qualcosa era cambiato e non solo nella sensibilità dell'opinione pubblica. Era maturato anche per noi il tempo di chiederci che significato avessero i nostri riti processuali. («Hai notato? — mi diceva in quei mesi Marco Ramat, che divideva con me la stanza al primo piano di piazza S. Martino — come mai l'imputato durante l'udienza deve parlare con il pretore sempre in piedi, mentre le parti offese e i testimoni possono parlare stando seduti di fronte a lui?»). Eravamo attenti a cogliere la falsa neutralità e il diffuso classismo delle nostre forme processuali, specialmente quelle del processo penale.

E dunque, diversamente da quanto accadeva di solito, quella volta lo sfogo della parte offesa che non aveva capito perché mai il pretore non perseguisse «*quel farabutto che l'aveva derubata*» del suo prezioso oggetto, fu l'inizio di una riflessione e di una decisione. Mi pareva che non fosse sopportabile che i cittadini non capissero i motivi delle decisioni del giudice. Non era più il tempo delle *formulae* del diritto romano, essere cittadini di pieno diritto doveva comportare certamente la comprensione di ciò che accadeva nel processo.

E così mi decisi: tutte le volte che con qualche probabilità gli atti del pretore potessero non essere compresi, avrei pazientemente spiegato; e, specificatamente, avrei brevemente chiarito il significato del dispositivo tutte le volte che per l'oscurità delle formule usate o per l'oggettiva complessità del ragionamento del giudice, le parti non fossero in grado di comprendere. L'occasione si presentò prima di quanto mi aspettassi. Questa volta si trattava del reato di violazione degli obblighi familiari: una vicenda ingarbugliata che aveva visto reciproche scorrettezze tra i coniugi e una serie di dispetti al limite della liceità penale. La moglie, costituitasi parte civile, portava a sostegno della sua denunzia una nutrita serie di testimoni. Nessuno di essi uscì bene dal contraddittorio con il difensore dell'imputato e dalle domande del pretore. Non me la sentii di condannare, nonostante la oggettiva sussistenza di alcuni fatti a carico dell'imputato. C'era l'evidente rischio che in tanti non capissero il perché dell'assoluzione che poggiava essenzialmente sulla scarsa credibilità dei testimoni. Lessi il dispositivo e annunciai che avrei brevemente spiegato le motivazioni. Nessuno fiatò, né le parti, né il loro difensori. Si fece in aula un silenzio teso. Dissi brevemente perché avevo deciso per l'assoluzione: cercai accuratamente di evitare tutti i termini ancora oggi in voga nel gergo giudiziario. Sono sicuro di non avere mai pronunziato in quei pochi minuti le parole: prevenuto, teste, dante causa, in pregiudizio, iperbole, ergo o altre consimili. Mi aspettavo alla fine qualche protesta, o almeno qualche mormorio. Invece niente: le parti guardarono i difensori che stavano muti e pensosi, rimettendo lentamente le carte al loro posto. Poi lentamente tutti uscirono e l'aula tornò silenziosa.

La notizia dell'insolita spiegazione del pretore durante l'udienza si diffuse rapidamente e venne variamente commentata. La reazione più frequente era di sorpresa: non si era mai sentito dire che un giudice sentisse il bisogno di spiegare alle parti la propria decisione. Di fronte al pubblico, poi! Certamente meno sorpresi furono gli avvocati penalisti. Non so dire se si fossero consultati, ma dall'Ordine non venne nessuna reazione apprezzabile. Anzi qualche avvocato, con il quale avevo ottimi rapporti, venne nella mia stanza a dirmi che gli era parsa un buona idea quella di chiarire le ragioni della pronunzia, anche perché – aggiunse con qualche malizia – nemmeno gli avvocati qualche volta sono in grado di capire perché mai il giudice abbia adottato una decisione che non sta in piedi...

La reazione dei colleghi invece fu molto diversa. Salvo lo sparuto gruppo di Md, impegnato a svelare il senso politico di ogni prassi che rafforzasse l'isolamento castale della magistratura, tutti gli altri erano severamente critici. Quelli più riflessivi capivano lo spirito dell'iniziativa e taluno arrivava perfino a condividerne l'intenzione, ma come si poteva approvare una rottura formale così dirompente? Perché dire con un linguaggio forzatamente inadeguato ciò che meglio, e secondo legge, poteva dirsi nella motivazione scritta della sentenza? E che bisogno c'era di un discorso in pubblico un po' alla buona, se ciascuna delle parti aveva un avvocato in grado di capire il diritto? Altrimenti a cosa servono gli avvocati?

Questi erano presso a poco gli argomenti usati dai colleghi per censurare l'iniziativa del pretore. Questi erano gli argomenti usati, ma credo che un altro soprattutto, anche se non espresso, fosse alla base del dissenso della maggior parte dei colleghi: il pretore con la sua breve spiegazione aveva rotto il tabù del silenzio dei giudici e infranto l'abito della separazione castale tra magistrati e cittadini comuni. E questo per moltissimi di noi non era accettabile: non tanto sotto il profilo razionale, ma sotto quello, molto più insidioso e viscerale, dell'immagine che la magistratura aveva del suo ruolo nella società.

Si trattava, come ora è chiaro, di obiezioni non convincenti, tali anzi da rafforzare il mio proposito di andare avanti. E così all'udienza successiva ripetei l'esperimento, con maggiore lucidità e disinvoltura. Questa volta le reazioni non furono di sorpresa. Molti, scuotendo la testa, dissero che se l'aspettavano. Ma fu l'ultima spiegazione pubblica delle mie sentenze.

Credo che possa avere qualche interesse, soprattutto per capire qual era il clima nel quale queste "comunicazioni" pubbliche venivano sperimentate, raccontare perché l'esperimento ebbe termine.

Il giorno seguente l'udienza venni convocato dal procuratore generale. Appena entrato, dopo un cenno di saluto col capo, mi apostrofò con un «Ma che cosa ti è saltato in mente?». Farfugliai qualcosa come «la gente altrimenti non capisce...». La risposta fu veemente : «sei tu che non capisci e ti prendi la libertà di violare il codice». Recuperai un po' di coraggio e chiesi con qualche esitazione: «e quale sarebbe l'articolo del codice violato?» Al procuratore generale questo dovette sembrare troppo. Mi invitò a sedere, girò intorno alla scrivania, sedette anche lui e, ostentando una calma forzata, cominciò: «vedi, il codice ci dice per filo e per segno cosa dobbiamo fare in udienza e dopo. I giuristi sono quelli che sanno capire lo spirito delle norme e non ci aggiungono *nulla di suo, così, a caso*... E se il legislatore non ha previsto che si dovesse spiegare un bel nulla, tu ti vuoi sostituire al legislatore?...».

Continuò per un bel pezzo. Per fortuna non avevamo ancora chiare le ragioni del fondamento democratico del "*rendere conto*", perché il procuratore generale non avrebbe retto ad argomenti del genere. Persuaso dal mio convinto silenzio, si rabbonì e mi intimò di non farlo più. Evitai di promettere, ma prima di uscire mi disse, quasi dispiaciuto: «purtroppo non posso evitare di informare la procura generale della Cassazione ai fini disciplinari. Non posso tenermi una cosa di cui parlano tutti... ci vuole testa.», concluse e mi congedò.

Qualche mese dopo il procuratore generale della Cassazione incaricò la Procura generale fiorentina di interrogarmi perché fornissi la mia versione dei fatti. Descrissi con dovizia di particolari la delicatezza del processo, la tensione fra i coniugi, l'opportunità di non pronunziare un verdetto che non sarebbe stato immediatamente comprensibile ai presenti. Ma intanto il tempo trascorso mi era servito per mettere a fuoco che il codice di rito non prevedeva alcun divieto in materia e che, d'altra parte, le forme usate, sobrie e ragionevoli, non si prestavano all'incolpazione disciplinare per avere compromesso il prestigio della magistratura. Questi ragionamenti dovettero essere presenti anche alla Procura generale della Cassazione che, poco tempo dopo, ritenne di archiviare il caso.

3. I magistrati non "comunicano" con l'opinione pubblica

Come tutti sanno, abbiamo dovuto aspettare il codice del 1988 per poter leggere pubblicamente le motivazioni della sentenza subito dopo il dispositivo. Due articoli, 544 e 545 del codice di procedura penale, dispongono che, di norma, la concisa redazione di motivi avvenga in Camera di consiglio e che di essa si dia lettura subito dopo quella del dispositivo. Si fa eccezione per i casi in cui non sia possibile provvedere alla redazione immediata dei motivi in Camera di consiglio e per i casi di motivazione complessa.

Ma non si può dire che la norma sia compiutamente applicata. Ciò che avviene normalmente non è la lettura della motivazione subito dopo il dispositivo. Nella stragrande maggioranza dei casi si rimanda il deposito della motivazione di 30, di 60 o di 90 giorni e questo avviene anche nei processi per i quali la decisione adottata potrebbe essere spiegata in poche parole. La prassi vigente, poco rispettosa del codice, ha un significato indubbio: in generale i giudici non avvertono la necessità di spiegare alle parti, alla stampa e al pubblico le ragioni delle proprie decisioni. Il deposito delle motivazioni rappresenta ancora da molti decenni l'unica comunicazione dei giudici in un circuito che è insieme tradizionale ed elitario. Quali sono i soggetti che concretamente potranno leggere le motivazioni? Le parti, certamente, i loro difensori e, quando le questioni giuridiche trattate nel processo sono di qualche interesse giuridico, anche uno scelto stuolo di specialisti e di studiosi. Si tratta dunque di un circuito assai ristretto cui non partecipa l'opinione pubblica e i comuni cittadini. Si dirà che, una volta depositate le motivazioni, la stampa e gli altri mezzi di comunicazione possono concretamente informare l'opinione pubblica, ma ciò avviene solo per i processi che, per diverse ragioni, suscitano l'interesse generale e comunque avviene con il *filtro* dei giornalisti della TV o della carta stampata. Ma non si tratta della comunicazione diretta tra i giudici e cittadini che, se fatta senza intermediari, costituirebbe il canale attraverso il quale la magistratura democraticamente si fa carico di chiarire all'opinione pubblica il senso della giustizia che amministra. Questo tipo di comunicazione, o meglio di canale permanente tra la giustizia e i cittadini cui essa è rivolta, esigerebbe un'immediatezza che non esiste né di fatto né di diritto. Certo è che non può essere soddisfacente quel che oggi avviene con il deposito delle motivazioni dopo trenta o sessanta giorni (o addirittura novanta!) dalla condanna o dall'assoluzione. Anche nei processi che hanno maggiore risonanza, dopo uno o due mesi ormai il clamore si è spento e resta solo la comunicazione per le parti e i loro avvocati.

Si può dire con qualche fondamento che ancora oggi «i magistrati non rendono conto a nessuno» del loro operato. Questa espressione, per la verità, è stata più volte usata polemicamente nei confronti della magistratura, specie durante i momenti di scontro tra la politica, insofferente di ogni controllo di legalità, e la magistratura accusata di non pagare mai il prezzo per i suoi errori o per le decisioni sbagliate. Ci sono stati negli scorsi decenni i tentativi di rendere più stringente la responsabilità civile dei magistrati o il controllo disciplinare dei loro comportamenti. Ma questo è un "render conto" che opera su un piano diverso: la responsabilità civile o disciplinare appartiene anche ad altre amministrazioni o professioni e fa riferimento ai comportamenti individuali dei singoli, che siano professionisti, impiegati, funzionari o magistrati.

Altra cosa è rendere conto ai cittadini comunicando quanto viene fatto nell'ambito della giustizia civile o penale. Non si tratta di giustificare i propri comportamenti, ma di render noti e chiarire i significati, anche quelli reconditi, di ciò che avviene nell'amministrazione della giustizia. Chiarire i significati, non solo quelli resi poco comprensibili da un linguaggio spesso oscuro (e, diciamo la verità, orribile dal punto di vista letterario, anche perché infarcito di termini obsoleti, che i giuristi più eleganti non si sognano di usare), ma soprattutto chiarire le logiche, le dinamiche e le ragioni delle decisioni.

Se il quotidiano funzionamento della giustizia non è chiaro e comprensibile a tutti i cittadini, il respiro democratico e la discussione che dovrebbero caratterizzare il funzionamento di tutti i poteri dello Stato vengono meno. Si pretende giustamente di conoscere e sottoporre a critica l'azione del Parlamento e del Governo, perché la democrazia vive della conoscenza e della critica pubblica di ciò che fanno e dicono i parlamentari e i membri del Governo. Per l'amministrazione della giustizia, questo non accade: i cittadini vivono le vicende giudiziarie senza comprenderne appieno né i contenuti, né le dinamiche. Essi conoscono le vicende più clamorose della cronaca giudiziaria attraverso le ricostruzioni più o meno veritiere che ne fanno le televisioni. Ma quella non è la vita giudiziaria nella sua genuina espressione, ma una caricatura spettacolare dei processi e del loro effettivo svolgimento.

Dunque per i cittadini la giustizia quotidiana resta inaccessibile, proprio perché le notizie che gli arrivano non vengono direttamente dai magistrati, cioè da chi amministra giustizia, ma sono mediate o manipolate da altre agenzie.

Questo è tipico dei regimi autoritari o polizieschi, non dei regimi democratici. Si immagini cosa accadrebbe se nessuno dei membri del Governo spiegasse l'azione dell'Esecutivo e le notizie arrivassero solo da un portavoce o dai giornali; oppure se le sedute del Parlamento si svolgessero a porte chiuse e i parlamentari decidessero di non far dichiarazioni sulla loro azione politica. Sarebbe una pratica inaccettabile per ogni democrazia.

Ai magistrati si impone invece di non parlare della loro azione nelle aule di giustizia. Sappiamo bene cosa essi dicono a giustificazione del loro silenzio, ma generalmente si tratta di alibi ingialliti dal tempo: il segreto delle indagini, il rifiuto di ogni esibizionismo, il dovere di riservatezza, la solitudine della decisione, ecc.. Ma nessuno, naturalmente, pretende che vengano diffusi atti o notizie del processo destinati al segreto, né che i magistrati facciano le primedonne in tele-

visione (qualcuno ci va e nessuno ne mena scandalo, neanche quando la credibilità della magistratura ne esce un po' ammaccata). In discussione è il funzionamento della giustizia in un regime democratico. Se, cioè, sia compatibile con la democrazia l'esercizio di uno dei poteri più delicati dello Stato di diritto, senza che chi lo esercita si induca a spiegare pubblicamente ciò che fa. E naturalmente non basta obiettare che lo si fa quotidianamente depositando in cancelleria i motivi delle decisioni, perché quei motivi, come si è già rilevato, van bene per gli avvocati e per le parti, ma non per l'opinione pubblica. La quale viene invece privata dell'unica fonte di informazione genuina, quella di chi ha adottato il provvedimento o la decisione ed è dunque in grado di chiarirne la portata meglio di ogni altro.

La verità è nelle democrazie nessun potere può essere esercitato senza renderne pubblicamente conto ai cittadini. Abbiamo già chiarito che la comunicazione che si riduce al deposito delle motivazioni soddisfa solo (e con grave ritardo) le esigenze delle parti, dei loro difensori e dei lettori di riviste specializzate, ma non quelle dei cittadini. I quali hanno il diritto di non dover fare a loro volta indagini per accertare cosa abbia voluto dire il giudice o per capire perché mai il pm abbia rinviato a giudizio l'uno anziché l'altro imputato. Occorre un altro modo, capillare, di comunicare; una comunicazione, cioè, capace di non lasciare dubbi o interrogativi sull'azione di ogni magistrato.

È di questi giorni la notizia, ampiamente ripresa dai giornali, dell'assoluzione pronunziata dalla Corte di cassazione per tre carabinieri di Firenze accusati di avere cagionato per colpa la morte di un *ex* calciatore, Riccardo Magherini. I tre erano stati condannati in primo e in secondo grado. La ragioni della sentenza assolutoria senza rinvio pronunziata dalla Cassazione sono ignote. Nessun organo di stampa ha saputo fornire una sia pur vaga ricostruzione del ragionamento logico-giuridico della Corte. La mancanza di una genuina spiegazione non giova alla magistratura, perché lascia i cittadini nel sospetto di decisioni poco chiare, oppure contorte e comunque incomprensibili ai non addetti ai lavori. E non basterà la pubblicazione tra tre mesi dei motivi della decisione, esposti con un linguaggio certamente oscuro ai più e sicuramente sottratti all'esame dell'opinione pubblica che verrà informata solo dai brevi resoconti dei giornali. Dunque un percorso che "non rende conto" di quanto è accaduto in quell'aula di Cassazione, tale da indurre a credere che solo gli addetti ai lavori possono esercitare un effettivo controllo sull'andamento della giustizia.

Si pensi quanto sarebbe stato meglio che i giudici, una volta letto il dispositivo, avessero letto un breve comunicato per chiarire i motivi a sostegno della decisione. Un piccolo accorgimento, ma di grande significato democratico.

4. Amministrare giustizia «nel nome del popolo italiano»

La riflessione che ormai si è aperta anche dentro la magistratura sui vari significati del "*rendere conto*" ha individuato anche alcune modalità di comunicazione che alcuni uffici giudiziari hanno anche attuato. Ma temo che tra tante ragioni che giustificano il dovere di rendere conto all'opinione pubblica, una almeno non sia stata oggetto di sufficiente discussione. Secondo il mio punto di vista si tratta della ragione più impegnativa e sostanziale e discende direttamente dalla Costituzione. L'*incipit* dell'articolo 101 è breve e solenne: «la giustizia è amministrata in nome del popolo». La Carta costituzionale non sancisce un collegamento così diretto per nessun'altra attività dello Stato. Nessun potere, pur investito del consenso popolare, parla in nome dell'intero popolo: non il Governo, non il Parlamento, non la Pubblica amministrazione. I magistrati invece pronunciano le loro decisioni in nome del popolo. Non voglio soffermarmi sui tanti significati che la dottrina costituzionale ha attribuito all'articolo 101. Ma per i cittadini che ascoltano il giudice mentre pronunzia la sua sentenza, l'articolo 101 ha un significato indubbio: quel giudice ha deciso a nome di tutti noi. Quella sentenza sarà rispettata ed eseguita perché è espressione della volontà popolare.

Il punto delicato di questo stretto collegamento tra le pronunzie dei giudici e la volontà popolare è che essi non sono investiti dal mandato popolare, ma sono scelti con altri criteri, pure indicati nella Costituzione. Ne discende che quando pronunzia la sua sentenza il giudice non ha bisogno del consenso popolare, né lo richiede assecondando gli umori della maggioranza dei cittadini. C'è dunque una ragione più sottile per la quale il giudice può decidere in nome del popolo ed è quel filo rosso attraverso il quale l'opinione pubblica e il popolo, appunto, possono partecipare ed esercitare il controllo sull'amministrazione della giustizia. Se i giudici non *comunicano* con il popolo perdono la loro legittimazione democratica, interrompono cioè quel circuito virtuoso e quel dialogo costante che legittima l'amministrazione della giustizia in nome del popolo. Nelle democrazie i giudici possono pronunziare le loro sentenze in nome del popolo non perché prima ne accertano gli umori o ne interpretano i voleri, ma perché la giustizia è per definizione una casa di vetro nella quale le decisioni e i provvedimenti sono trasparenti e facilmente comprensibili dal popolo. Se si interrompe questo dialogo tra i cittadini e i loro giudici, la giustizia perde la possibilità di essere la voce della sovranità popolare.

5. Un passo avanti: le linee-guida del Csm

Se questo è il fondamento del dovere di rendere conto, bisogna riconoscere che nei settant'anni trascorsi dall'approvazione della nostra Costituzione non abbiamo fatto grandi passi in avanti. Ma neppure siamo all'anno zero.

L'ordinamento giudiziario prevede che si diano informazioni alla stampa quando si tratti di comunicare l'azione delle Procure, ma solo ad opera del procuratore della Repubblica o di un suo delegato. Nessuna norma analoga vige per i Tribunali o le Corti. Vi sono altre lodevoli iniziative destinate a far conoscere e a diffondere il funzionamento della giustizia, le procedure e i percorsi da attivare per ottenere più speditamente il riconoscimento o la risposta a diritti e istanze e, anzi, molti uffici giudiziari si sono mossi per rendere più prossimi e accessibili i percorsi della giustizia che prima apparivano lontani e inaccessibili. Ancora, sono molte decine ormai gli uffici giudiziari che redigono un *bilancio di responsabilità sociale* con il quale danno periodicamente conto dell'attività svolta e dell'impiego delle risorse.

Tuttavia le iniziative finora assunte per rendere più vicina ai cittadini l'amministrazione della giustizia lambiscono, ma non affrontano il tema centrale che, come si è più volte ripetuto, è il dovere di ogni magistrato di comunicare, direttamente e senza mediazioni, a tutti i cittadini il senso delle proprie decisioni. Ed è assai significativo che l'ordinamento preveda modalità di comunicazione per le Procure, ma non per i Tribunali. Si può osservare che anche nelle Procure solo il dirigente è il titolare del diritto-dovere di comunicare, segno che siamo ancora lontani dall'idea del *dovere di comunicare* che incombe su ogni magistrato che amministri giustizia. La quale non può essere amministrata *in nome del popolo* se non si considera che il popolo è in grado di riconoscere come *propria* la decisione assunta dal magistrato solo se la conosce e la intende perfettamente.

Un importante passo avanti si registra nelle recenti linee-guida diffuse dal Consiglio superiore della magistratura a tutti i dirigenti degli uffici. E non solo per l'impostazione generale, intesa a valorizzare "la trasparenza e la comprensibilità dell'azione giudiziaria", ma per avere suggerito modi di comunicazione che appartengono ad una concezione più moderna dei doveri e delle responsabilità di ciascun magistrato.

Vero è che la circolare individua come interlocutori privilegiati (e forse esclusivi) dei magistrati i giornalisti e la stampa e non l'opinione pubblica nel suo complesso, ma bisogna riconoscere che stampa e TV sono in pratica il più importante veicolo di formazione dell'opinione pubblica.

La comunicazione delle decisioni è lodevolmente disciplinata dalle linee-guida, ma con due grossi limiti: a) la comunicazione relativa alle decisioni giudiziarie assunte avviene ad opera di un *responsabile della comunicazione*; b) tale comunicazione è prevista solo per «i casi e le controversie di obiettivo rilievo sociale, politico, economico, tecnico scientifico».

Per gli uffici giudicanti viene ribadito che il responsabile della comunicazione dovrà individuare il caso *di potenziale interesse* che verrà seguito in tutte le fasi processuali. Solo questi casi saranno oggetto di comunicazioni da parte del *responsabile*. Si tratta di due limiti che trovano la loro ragione nella convinzione che non tutti i magistrati debbano rendere pubblicamente conto di ciò che fanno, ma solo coloro che per l'oggettivo interesse del processo non possono sottrarsi ad una corretta informazione dell'opinione pubblica. Ma non è detto che possano farlo personalmente: il responsabile della comunicazione o il capo dell'ufficio lo farà per loro.

Occorre anche aggiungere che le linee-guida si preoccupano di dettare modalità di comunicazione idonee ad evitare protagonismi o passi falsi capaci di indebolire l'indipendenza o il prestigio dei magistrati. Ma nelle indicazioni del Csm – pure evolute ed ispirate ad un modello di magistrato inserito nel tessuto della società – resta l'equivoco di fondo. La comunicazione non è ancora vista come una *prerogativa* inscindibile dal giudizio; la pronunzia della decisione non comporta ancora il *dovere* di ogni magistrato di chiarirne in pubblico le motivazioni.

Si sostiene infatti nelle linee guida che resta fermo «il concetto basilare per cui è il motivato provvedimento giudiziario la fonte primaria di conoscenza esterna dell'azione giudiziaria e delle sue ragioni...». Nessuno può dubitarne se si guarda ai profili processuali e procedurali. Ma abbiamo già dimostrato che quella conoscenza è limitata e insufficiente non solo per l'opinione pubblica, ma talvolta perfino per le parti. Si aggiunga che gli organi di informazione (che non attendono certo i 90 giorni per il deposito dei motivi!) forniscono spesso, nel silenzio dei magistrati, informazioni ed interpretazioni discutibili o distorte.

6. La necessità di formare magistrati capaci di comunicare

Abbiamo dunque bisogno di fare un salto in avanti. Guardiamoci intorno.

Gli uffici giudiziari sono ancora abitati da un certo numero, non trascurabile, di colleghi che svolgono il loro lavoro in perfetto isolamento. Non lavorano in equipe, non si consultano con i colleghi, credono fermamente che la decisione sia essenzialmente il prodotto individuale della propria coscienza. Non fanno

dichiarazioni in pubblico, vedono i giornalisti come il fumo negli occhi. Se si propone loro una presa di posizione pubblica o, peggio, una dichiarazione alla stampa, si rifiutano sdegnati. È il mito della riservatezza, dilatato fino ad isolarli dalla società per la quale pure pronunziano le loro sentenze.

Ce ne sono altri (non moltissimi, per fortuna) che, al contrario, si agitano moltissimo: sollecitano interviste, hanno i loro giornalisti preferiti, fanno dichiarazioni avventate o colorite quel tanto che serve a colpire i lettori. Ad ogni piè sospinto organizzano una conferenza-stampa, specie nelle Procure della Repubblica, delle quali, salvo rare eccezioni, si fatica a vedere l'utilità. Si tratta di una passerella che quasi mai chiarisce all'opinione pubblica le ragioni dei provvedimenti adottati.

Due situazioni estreme dunque: da un lato la negazione di ogni comunicazione, anche di quella necessaria; dall'altro la comunicazione superflua, inopportuna o addirittura dannosa.

In mezzo c'è una maggioranza di colleghi che rifugge da posizioni estreme. Non rifiutano di comunicare in qualche occasione, ma si vede bene che non sanno farlo: gli mancano gli strumenti e a volte commettono qualche imprudenza. Ma tutti sono generalmente fermi nel sostenere che non si deve parlare dei procedimenti in corso. Le numerose mailing-list di magistrati registrano su questo punto una convergenza che preoccupa. A pochi viene in mente che la critica ai processi in corso è il segno indubitabile di una democrazia in buona salute. Attendere che il processo sia finito per criticarne gli eventuali guasti o disapprovare qualche decisione non risponde a nessuna esigenza democratica. Pensare che i giudici possano farsi influenzare dalle critiche, anche se provengono dai colleghi, è prima di tutto offensivo per gli stessi giudici. I magistrati che formulano civilmente le loro critiche, non "interferiscono" nei processi altrui – come sospetta la maggioranza di noi – ma manifestano il loro pensiero, prima di tutto come cittadini preoccupati del bene pubblico. Ma va chiarito, specie ai più giovani, che essi hanno il *dovere di critica* dei procedimenti in corso soprattutto come magistrati, perché portano nel dibattito pubblico una specificità che deriva proprio dalla loro qualità di magistrati.

Abbiamo bisogno di un nuovo modello di magistrato, che sappia che il suo ruolo e la sua funzione, qualunque essa sia, comporteranno inevitabilmente la comunicazione con le parti, con la stampa e con il pubblico. E comporteranno, quando sia il momento, anche prese di posizione pubblica per dissipare equivoci e falsità, per difendere l'indipendenza e il prestigio della magistratura o, più semplicemente, per rettificare notizie senza fondamento.

Per ora l'ordine giudiziario conta su pochissimi magistrati che siano capaci di questo tipo di consapevolezza e di comunicazione. Gli altri, specie i giovani, devono essere formati, con lungimiranza e sapendo che per cambiare la cultura delle persone ci vuole tempo.

Qualcosa in questo senso si è cominciata a fare, specie ad opera della Scuola superiore della magistratura. Ricordo che nel primo quadriennio in cui la Scuola ha operato (2012-16), ero il componente del Comitato direttivo incaricato di coordinare la formazione dei dirigenti degli uffici giudiziari. In ciascun corso per dirigenti veniva dato largo spazio al tema della comunicazione con l'esterno. Non erano pochi quelli che criticavano apertamente questa impostazione dei corsi. E si chiedevano perché mai dovessero *comunicare* (a chi, poi? Ai giornalisti?) e che cosa dovessero mai dire. Erano convinti che fossero già sufficienti le motivazioni delle sentenze, delle misure cautelari e dei tanti provvedimenti che quotidianamente scrivevano. Era chiaro che non sarebbe bastato un corso della Scuola per incrinare convinzioni così granitiche. Ed è interessante notare che i più impermeabili alla logica della *comunicazione doverosa* erano i più giovani. Un curioso rovesciamento di posizioni: quando è nata Md, uno sparuto gruppo di giovani rompeva la corporazione praticando la critica dei provvedimenti giudiziari mentre i processi erano in corso e si scontrava con uno stuolo di magistrati più anziani attestati su posizioni conservatrici. Oggi invece sono gli anziani a dover indicare la strada della comunicazione. A dimostrazione del fatto che le conquiste democratiche non sono destinate a durare per sempre. Neppure per la magistratura.

«Non per dovere ma per interesse (dei cittadini): i magistrtati e la paura di spiegarsi»

di *Luigi Ferrarella*

È quasi una rivoluzione il cambio di mentalità della magistratura nell'approccio alla comunicazione come una parte – e un dovere – del proprio lavoro, e particolarmente azzeccata (tra le proposte concrete) appare l'idea di una «informazione provvisoria» che subito renda più comprensibili i dispositivi delle sentenze. Ma il rifiuto della «rilevanza penale» quale unico parametro per la liceità di una cronaca giornalistica di fatti giudiziari, e l'identificazione nel giornalista dell'unico soggetto legittimato a operare a priori la valutazione di cosa si debba intendere per notizia di «interesse pubblico», restano per un giornalista i punti non negoziabili che rischiano di entrare in tensione con il metodo "ufficio stampa", suggerito agli uffici giudiziari dalle «linee guida Csm» nel momento in cui esse perdono l'occasione per aprire invece a un accesso diretto e trasparente del giornalista a tutti gli atti non più segreti posti man mano in *discovery* alle parti.

«Ofelè fa el to mesté!» («pasticciere, fa' il tuo mestiere!»), esorta un vecchio adagio del dialetto milanese, che dunque al giornalista consiglierebbe di guardarsi bene dal sindacare le «linee guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale» adottate dal *plenum* del Csm con la delibera del 11 luglio 2018. Tanto più che lo stesso Csm si premura in esse di precisare che le auspicate «prassi applicative tendenzialmente uniformi su tutto il territorio nazionale», con l'indicazione di «ciò che gli uffici giudiziari possono e debbono (o non debbono) fare e, di conseguenza, ciò che gli organi di informazione, e più in generale i cittadini, possono attendersi da questa attività», riguardano «ovviamente gli uffici giudiziari e non costituiscono in alcun modo prescrizioni rivolte ai giornalisti e ai giornali su che cosa sia lecito o anche solo opportuno pubblicare». E non va peraltro trascurato che merita apprezzamento la sfida azzardata dal Csm, in quanto tenta di conciliare esigenze oggettivamente confliggenti (la presunzione di non colpevolezza, il diritto di informare e ricevere informazioni, il diritto ad un giusto processo, il diritto di difesa, l'efficacia e riservatezza delle indagini, il diritto alla vita privata, il principio di trasparenza nella pubblica amministrazione); contingenti interessi fisiologicamente agli antipodi («l'opinione pubblica – argutamente riassumeva in un convegno un procuratore aggiunto del Centro-Sud – vuole sapere fatti che noi non gli possiamo dire nella fase delle indagini preliminari, e non vuole sapere fatti che noi gli vogliamo dire quando invece possiamo dirlo con le sentenze»); tempistiche incompatibili, tanto che proprio questa sfasatura di temi tra giustizia e suo racconto è tra le prime cause della disaffezione e dei pre-giudizi dei cittadini; e opposte priorità nei rispettivi codici professionali, matrici dell'insofferenza dei magistrati per le brutali semplificazioni dei media, ma anche della difficoltà oggettiva dei giornalisti nel dover tradurre in messaggi comprensibili al pubblico gli istituti e le parole di marcato contenuto tecnico degli operatori del diritto.

A consigliare prudenza nel soppesare l'esito delle «linee guida del Csm» dovrebbe poi essere la consapevolezza che nessun giornalista serio – messo davanti alle responsabilità incombenti sul proprio operato, proporzionalmente corrispondenti alla libertà di manovra tante volte (qualcuna a sproposito) invocata – possa ritenere di aver bisogno di attendere chissà quale futuribile Norimberga del giornalismo per maturare già la certezza, in cuor suo, di quanto sia drammaticamente calzante anche al proprio lavoro la spietata sincerità di Nietzsche in un aforisma di

«Al di là del bene e del male»: «"Io l'ho fatto", dice la mia memoria. "Io non posso averlo fatto", dice il mio orgoglio. Alla fine è la memoria ad arrendersi». Tanto che spesso non convince la postura ieratica assunta dal giornalista-sacerdote che gonfia il petto nel rivendicare il «Far West della notizia» in nome di un onnivoro (a parole) diritto-dovere di pubblicare qualunque notizia appresa. Una postura declinata invece poi spesso nella maschera di un'ipocrisia, in un sipario strappato da ben altre spinte che hanno poco a che fare con la proclamata trasparenza e molto invece con meno confessabili motivazioni di tutt'altro genere: non di rado (quando va bene) ragioni di ordine professionale di piccolo cabotaggio, legate alla concorrenza spietata tra testate e tra giornalisti; spesso (quando va meno bene) motivazioni di ordine commerciale, perché si cerca di mandare in edicola un prodotto appetibile per il lettore e di conseguenza per il mercato pubblicitario dal quale i giornali ricavano la maggior parte delle proprie entrate; a volte (quando va male) anche motivazioni di natura politica che hanno a che fare con la proprietà dei mezzi di informazione, specie in quegli ambiti redazionali nei quali effettivamente la notizia o l'omissione della notizia diventano un mezzo di aggressione, un modo per colpire l'avversario politico dell'editore o per proteggerne l'amico.

Ma contare fino a cento, prima di accettare ad esempio l'invito di questa *Rivista* a discutere le «linee guida del Csm», converrebbe anche a chi, pur cercando nel quotidiano lavoro di cronaca di ridurre la sciatteria, minimizzare la pigrizia da *routine* insita in ogni lavoro, e sforzarsi di essere corretto e preciso e efficace, sperimenta quanto possa ugualmente capitargli di sbagliare. «Ogni medico si porta dentro un piccolo cimitero, dove di quando in quando va a pregare», dice il chirurgo francese René Leriche nel libro che il collega inglese Henry Marsh spiega di aver scritto («Primo non nuocere. Storie di vita, morte e neurochirurgia») per mostrare «con precisione e franchezza che cosa significhi davvero essere un medico, e in particolare un medico che fa operazioni pericolose». E nessuno meglio di un giornalista, e in particolare di un giornalista che «fa operazioni pericolose» come un cronista di inchieste e processi, può immedesimarsi in quel chirurgo anche quando osserva che, tra tutti gli attrezzi del suo mestiere, «freddezza mentale e abilità» son sì importanti, ma lo è di più l'onestà necessaria per ammettere con se stessi di poter sbagliare. E di aver sbagliato: «In neurochirurgia» (ma ben potrebbe dire altrettanto lo scriba giudiziario) «le conseguenze degli errori sono talmente tremende che talvolta è più facile negare le proprie responsabilità perfino con se stessi».

Quello stesso scriba giudiziario, tuttavia, può anche assicurare, con il medesimo sprazzo di onestà intellettuale e facendo tesoro di una esperienza osservata purtroppo molte volte, che l'*habitat* perfetto per i peggiori misfatti giornalistici, arrecati alle persone al centro di cronache giudiziarie, è sempre stato la penombra della confusione, dei segreti ammollo nel brodo del (finto) proibizionismo, della non accessibilità alla verifiche tempestive.

Giudicate da questo oblò, nelle «linee guida del Csm» pare al cronista di scorgere, accanto a premesse incontestabili, un segnale significativo della direzione di marcia intrapresa; una scelta davvero azzeccata, seppure solo per l'ambito dei giudicanti, come l'«informazione provvisoria» accanto al dispositivo; ma anche un equivoco di fondo su cosa sia «notizia di interesse pubblico» e chi debba valutarlo, equivoco che rischia di inficiare l'embrione di proposte migliorabili e di far perdere l'occasione di aprire finalmente a un accesso e diretto del giornalista a tutti gli atti man mano posti in *discovery*; e una dimenticanza.

Non si può non concordare con le premesse delle «linee guida» laddove, come bussola al comunicare dei magistrati, raccomandano tempestività e correttezza e efficacia della comunicazione, parità di trattamento degli organi di informazione, responsabilità del vertice dell'ufficio, spersonalizzazione della comunicazione, riduzione del rischio di impropria influenza sul giudice e sul pubblico, tutela della dignità e dei diritti delle persone coinvolte nel procedimento.

Ma il vero segnale importante, che costituisce forse il maggior pregio dello sforzo tentato dalle linee guida, è il fatto che, sulla scorta di un lungo percorso di seminari e convegni sviluppatosi in questi anni tra la Scuola superiore della magistratura e il Csm, esse muovono da un presupposto che per la forma mentale dei magistrati somiglia a una mini-rivoluzione: e cioè finalmente dall'idea che «comprensibilità e trasparenza della giurisdizione non confliggano con il carattere riservato (e in certe fasi ancora segreto) della funzione, ma, se interpretate con equilibrio e correttezza, contribuiscano anzi ad aumentare la fiducia dei cittadini nella giustizia, rafforzandone l'autorevolezza». Non è un passaggio da poco: ammettere che la comunicazione giudiziaria sia uno dei doveri istituzionali della magistratura comporta infatti come conseguenza che essa, per adempierlo in maniera effettiva, debba attrezzarsi mentalmente, prima ancora che professionalmente e perfino logisticamente. E comporta che il tema del come comunicare quello che si fa nei tribunali e nelle procure non possa continuare a essere limitato ai soli dirigenti degli uffici giudiziari e vissuto invece da tutte le altre toghe come un fastidio, come un ulteriore fardello del proprio lavoro, ma debba diventare un pezzetto del proprio lavoro. Il giudice che «parla solo con le sentenze» è modello che conserva un prezioso valore in rapporto alle prerogative che così tutela, ma le sentenze, gli ordini

di arresto, i decreti di sequestro non sono quadri di Pollock, tele giuridiche che poi debbano avere il critico che le spiega e permette di apprezzarle, o almeno di farle comprendere, alle persone. La maggiore o minore fiducia, il maggiore o minore rispetto, la maggiore o minore credibilità dell'istituzione dipendono anche da come il magistrato rende comprensibile le proprie decisioni sia alle parti del processo sia ai cittadini. Anche perché, se non lo fa lui, al posto suo lo fa (di solito con maggior strumentale efficacia) qualcun altro: le forze di polizia in dipendenza delle proprie dinamiche interne, gli avvocati in funzione della legittima rappresentazione degli interessi dei propri assistiti, a volte e sempre più spesso perfino staff di pubbliche relazioni (specie quando il procedimento riguarda grandi imprese o movimenti politici) che, nel silenzio delle toghe che «parlano solo con le sentenze», si interpongono tra l'attività giudiziaria e la sua rappresentazione mediatica, manipolando l'una nell'altra attraverso una potente capacità di influenzare l'opinione pubblica.

Ciò che invece convince meno nelle «linee guida del Csm» è lo strumento principale con il quale ritengono di dare in concreto attuazione alla condivisa necessità di comunicare: la raccomandata istituzione di uffici-stampa in seno a procure e tribunali e corti, declinata nelle modalità dei comunicati stampa o delle conferenze stampa, reca in sé infatti la strutturale ambiguità di un metodo che postula sia l'autorità giudiziaria a valutare la sussistenza dell'interesse pubblico a una notizia, esplicita l'intenzione di dare univocità di indirizzo alla dazione di informazioni giornalistiche centralizzate in capo al dirigente, e teorizza che esse debbano servire all'autorità giudiziaria e non viceversa (indicativa, non a caso, la "spia" linguistica di un passo delle «linee guida Csm» laddove si parla di «strategie comunicative»). Può essere senz'altro un sistema sensato per venire incontro alla routine giornalistica di base, un po' come il "mattinale" di Questura per la cronaca nera, a mo' di allerta per le agenzie di stampa e le tv; oppure, e forse più ancora, può avere senso nelle rare occasioni in cui appare necessario smentire false notizie suscettibili di innescare pericolosi ingiustificati allarmismi sulla sanità e l'ordine pubblico o peculiari turbative economiche o istituzionali. Ma fuori da questa limitata dimensione, più che un toccasana il metodo ufficio-stampa appare contraddittorio e controproducente. È contraddittorio perché, se si crede alla funzione di controllo dei mezzi di informazione rispetto all'attività giudiziaria, allora è ben dura convincersi del fatto che sia buona cosa che il soggetto controllato scelga se e che cosa dire al controllore. Ed è comunque controproducente perché, nel cercare di rimediare a una distorsione, ne introduce un'altra: un procuratore capo che fa la selezione preventiva di quello che eventualmente deve o non deve entrare nel circuito mediatico, con lo spostamento (ma solo questo) del soggetto che apre o chiude il rubinetto delle notizie. Istruttivo, sotto questo profilo, il comunicato diramato dalla Procura di Locri il 2 ottobre 2018 in occasione dell'arresto del sindaco di Riace: 5 pagine nelle quali il procuratore, oltre a inserire ampi stralci di intercettazioni che ritiene di selezionare riguardo all'imputazione per la quale il gip aveva disposto la misura cautelare, poi definisce "«riscontrate» e qualifica «diffuse» e «gravi» anche le altre numerose «irregolarità» non ravvisate invece come tali dal gip nel rigetto di misure cautelari per quei capi. Rigetto rispetto al quale, dunque, il comunicato della Procura assume i connotati non tanto appunto di una "comunicazione", quanto di una "azione": cioè di una sorta di inusuale anticipo del futuro (legittimo) ricorso al Tribunale del riesame per tentare di ottenere i provvedimenti negatigli dal gip.

Sulla interpretazione della nozione di ufficio stampa risalta quale sia il vero punto di attrito, non trattabile dai giornalisti, rispetto a pressoché tutti i tentativi di riforma di questa materia: il rifiuto della «rilevanza penale» quale unico parametro per la liceità di una cronaca giudiziaria, e – a sua volta come in una matrioska – l'identificazione di cosa si debba invece intendere per notizia di «interesse pubblico» e di quale sia il soggetto legittimato a operare questa valutazione.

È pur vero che le «linee guida del Csm» si propongono – accanto a un tipo di «comunicazione reattiva, finalizzata cioè a correggere o smentire informazioni errate, false o distorte, che possono recare pregiudizio alle indagini, ai diritti delle persone coinvolte o all'immagine di imparzialità e correttezza del singolo magistrato, dell'ufficio giudiziario e, nei casi più gravi, della stessa funzione giudiziaria» – di incoraggiare anche un tipo invece di «approccio proattivo all'informazione, rispetto sia a specifici casi sia al funzionamento dell'intero sistema di giustizia, così da rendere comprensibili all'esterno il ruolo e le attività della giurisdizione, spiegando le ragioni del suo agire, gli obiettivi, le priorità». Ma in entrambi i casi resterebbero i magistrati a scegliere se e cosa comunicare fra tutte le frazioni di notizie potenzialmente comunicabili, quando invece (salvo appunto i già accennati casi di smentite a fini istituzionali o di specifiche informazioni di servizio alla cittadinanza) sarebbe ora di aprirsi a un meccanismo nel quale il giornalista chiede (sulla base dell'interesse pubblico che ravvisa in una notizia), e l'ufficio stampa dell'ufficio giudiziario risponde fornendo non tanto un proprio punto di vista, quanto il corrispondente provvedimento giudiziario (ovviamente se non più segreto) che lasci poi al giornalista la responsabilità delle modalità di utilizzo. Specie riguardo ai terzi, la cui tutela però non può essere brandita come scudo per schiacciare la nozione

di interesse pubblico sulla sola rilevanza penale, per le lampanti ragioni riassunte ad esempio in una decisione della Cassazione del 2014 (III sezione, n.21404) alle prese con intercettazioni di una inchiesta nella quale, del tutto fuori dall'ambito di rilevanza penale, una conduttrice tv discuteva del timore di essere sostituita in ragione o meno di un favore sessuale: «Non è sostenibile in linea generale che, quando in un atto processuale non coperto da segreto risulti contemplato un fatto relativo a persona non coinvolta come "parte" e potenzialmente lesivo dei suoi onore, reputazione, riservatezza o altri interessi primari, automaticamente si debba ritenere che l'esercizio del diritto di cronaca riguardo al processo debba avvenire per ciò solo omettendo qualsiasi riferimento alla persona perché il suo coinvolgimento in quella veste comporterebbe di per sé la carenza dell'interesse pubblico del lettore alla conoscenza di ciò che la riguarda: occorre invece provvedere sempre a un accertamento concreto dell'esistenza o meno di tale interesse, che può dunque sussistere anche se l'informazione emergente dall'atto concerna persona non coinvolta», in quanto «la conoscenza dell'esercizio della pretesa punitiva penale e delle sue modalità è per definizione correlata all'interesse pubblico, data l'invasività e la pervasività della giurisdizione penale».

Gli sms sentimentali nel 2005 tra un noto immobiliarista indagato e una famosa attrice all'epoca a lui legata, ad esempio, erano fra personalità entrambe pubbliche per le rispettive professioni, ma non avevano rilevanza penale per l'indagine sulle scalate bancarie né interesse pubblico per la collettività, quindi non c'era motivo di scriverli, e difatti (ma questo molti lo dimenticano o lo ignorano quando citano sempre questo caso) i quotidiani che lì pubblicarono furono poi sanzionati dal Garante della *privacy*. All'opposto, invece, è il caso delle intercettazioni che, in una inchiesta in materia ambientale, colsero il compagno (indagato) di una ministra utilizzare questo legame per accreditarsi presso aziende che dipendevano dalle decisioni della ministra: il fatto che il compagno sia poi stato archiviato non toglie che fosse allora (e resti oggi) di interesse pubblico, e quindi convintamente meritevole di pubblicazione, la notizia dello sfruttamento del ruolo della ministra da parte del suo compagno.

Sono tutte scelte che spettano al giornalista, non al magistrato deputato a aprire o chiudere il rubinetto del flusso notiziabile. Scegliere cosa comunicare – come invece postula il documento del Csm – a suo modo è infatti già un commento: è già esercitare una politica discrezionale, a dispetto di quanto di «effettivo» e «oggettivo» viene dichiarato in premessa nelle «linee guida Csm» con l'indicazione che potranno «costituire oggetto di comunicazione le informazioni di effettivo interesse pubblico» quali «i casi e le controversie di obiettivo rilievo economico, sociale, politico, tecnico-scientifico». Basti pensare alla incompiuta esperienza dei Bilanci di responsabilità sociale meritoriamente presentati da alcuni uffici giudiziari in Italia da qualche stagione: proprio come già le più tradizionali cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario, sono facondi di numeri "quantitativi" che stanno giustamente a cuore dei dirigenti vantanti la produttività dei propri uffici giudiziari (quanti fascicoli sopravvenuti, quanti più fascicoli smaltiti, quante poche risorse), ma nel contempo sono anemici di altre apparentemente semplici statistiche "qualitative" (quanti condannati o assolti su cento richieste di rinvio a giudizio, quanti arresti annullati su cento misure cautelari, quante confische definitive su cento sequestri, ecc.), che puntualmente vengono invece dichiarate non disponibili per le ragioni logistico-informatiche più varie.

Il punto è che anche i magistrati dovrebbero entrare nell'ottica di accettare il criterio di scelta del giornalista su quali eventi siano di notiziabile interesse pubblico, il punto di vista del giornalista nel raccontare un fatto, persino la faziosità sua o della sua testata nel commentarlo. A condizione che il fatto, punto di partenza, sia vero. E che, fotogramma dopo fotogramma, vi sia un aggiornamento continuo di quello che si è scelto di comunicare o che è stato comunicato a domanda del giornalista (e cioè che, se ad esempio è stata comunicata l'esecuzione di una misura cautelare, poi lo sia anche il successivo eventuale provvedimento di riforma del Tribunale del riesame).

È comprensibile che l'idea di riconoscere ai giornalisti una accessibilità diretta e trasparente non solo ai comunicati eventualmente ritenuti utili dall'autorità giudiziaria, ma direttamente anche ai provvedimenti giudiziari che via via scandiscono un procedimento nei vari momenti di *discovery* alle parti, a un esame superficiale possa apparire foriera di rischi maggiori dei vantaggi: quasi una pompa che getterebbe nuova benzina sul fuoco della cronaca delle inchieste e dei processi, quando invece in realtà attingerebbe alla medesima benzina già circolante di frodo oggi, ma la utilizzerebbe in una caldaia di sicurezza (trasparente e garantita, per così dire, anche nella manutenzione delle regole), anziché farla ribollire nell'odierna stufa sprovvista di qualunque valvola di sicurezza che non sia la coscienza personale e lo scrupolo professionale del singolo giornalista all'insegna del «perché gli dei sono ovunque». Al contrario, questa idea andrebbe vista come un vaccino, come qualcosa che sulle prime può dare l'impressione di far salire la febbre, ma che poi alla lunga serve a combattere una infezione, e a produrre effetti benefici non tanto per chi fa il lavoro di giornalista o per gli stessi operatori del diritto (avvocati-magistrati-investigatori) ma soprattutto per i lettori, e più ancora per i cittadini coinvolti nelle in-

dagini, sotto il profilo della riduzione del danno già inevitabilmente connesso al loro coinvolgimento in una vicenda giudiziaria. Nella realtà quotidiana, infatti, e per la maggior parte dei casi (specie nella fase più bollente delle indagini), il mattone con il quale si costruisce il lavoro di cronaca è il rapporto personale con le fonti: il magistrato della Procura, il magistrato del Tribunale, l'avvocato dell'indagato, gli avvocati dei coindagati, i cancellieri, poliziotti, carabinieri, finanzieri, vigili e ogni altra forza dell'ordine, i consulenti tecnici, i traduttori, l'indagato stesso, insomma qualunque soggetto che sia titolare di un pezzettino di quel mosaico che il giornalista deve mettere assieme per cercare di dare una rappresentazione completa e corretta della notizia.

Chi dunque tenta di sottrarsi alla tentazione di indossare la veste di giornalista-sacerdote, in compenso nel lavoro quotidiano si ritrova attualmente a dover fare il giornalista-accattone: per finalità nobili, magari, di un accattonaggio ammantato di profili non disdicevoli finché si vuole, ma pur sempre (nobile) accattone tra tutte le fonti possibili di una notizia alla quale da giornalista, in molti casi, per legge non potrebbe e non dovrebbe accedere. Certo, in prima battuta il problema resta del giornalista, e l'ancoraggio alle sue norme deontologiche gli è sicuramente di grande aiuto. Wittgenstein, racconta un suo biografo, leggendo un giorno una quartina di Longfellow ne apprezzò il tenore: «Negli antichi templi dell'arte / i costruttori lavoravano con la massima cura / ogni parte minuscola ed invisibile / perché gli dei sono ovunque». Ecco, per un giornalista il «perché gli dei sono ovunque», cioè il richiamo ad un'attenta autodisciplina giornalistica che pervada il lavoro quotidiano finanche negli aspetti magari neppure percepibili dal singolo lettore, trae linfa dalle regole deontologiche della professione, ammesso sempre che lo scriba le abbia introiettate. Però forse non dovrebbero bastare, né ai lettori né agli operatori del diritto. Ai loro occhi, infatti, l'operazione di «nobile accattonaggio» condotta dal giornalista fra tutti i possibili detentori di un briciolo di notizia, e in mezzo alle tensioni e alle trappole che è facile immaginare nel volgere del poco tempo a disposizione, è garantita soltanto dallo scrupolo del giornalista stesso, là dove ci sia e nella misura in cui ci sia. Dipende cioè solo dal giornalista andare a ricostruire tutti i pezzettini del mosaico e non fermarsi soltanto, per comodità o per interesse, ai singoli primi pezzettini che magari alcune fonti sono interessate a dargli; dipende solo da lui dosare il rapporto personale con molteplici fonti in modo tale da trasformarlo nello strumento attraverso il quale proprio il giornalista corretto – lungi dal divenire buca delle lettere altrui – difende se stesso (e nel contempo garantisce il lettore) dalle operazioni di strumentalizzazione sempre in agguato nel contatto con fonti per definizione tutte non disinteressate. Non s'imbatte infatti mai in «samaritani» l'esperienza lavorativa del cronista giudiziario, più simile (nel rapporto con le varie fonti) a una sorta di «casco blu» in mezzo al fuoco incrociato di chi con spezzoni di materiali di inchieste e processi combatte una «guerra» informativa. Se questo è il processo mediatico, in esso nessuno si salva: qui vince comunque il più scorretto, a prescindere dal lavoro che fa. Vince il magistrato più ambizioso o più vanitoso che vuole usare i giornalisti; ma vince anche l'avvocato più aggressivo e scorretto; vince l'imputato (sia concesso l'errore) più «eccellente»; vince il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio introdotto nel circuito mediatico ai fini della sua progressione in carriera o della sua logica di cordata interna; e vince il giornalista più spregiudicato.

Ecco perché, al contrario, un accesso diretto e trasparente del giornalista ai provvedimenti giudiziari man mano in *discovery* alle parti innescherebbe una serie di effetti positivi. Spezzerebbe quel rapporto incestuoso tra magistrato e giornalista (ma in realtà, più in generale, tra singola fonte e giornalista) che da più parti viene temuto e giustamente criticato. Produrrebbe anche un effetto di ecologia professionale a beneficio dei lettori, perché, a parità di accesso a tutte le carte poste man mano in *discovery* secondo le varie scansioni di un'inchiesta, tra i giornalisti non ci sarebbe più spazio per gli «inventori», e chi inventa verrebbe subito scoperto, e chi abusa del proprio potere verrebbe subito sanzionato dalla sanzione peggiore che ci sia per un professionista della comunicazione, cioè dalla lesione della propria reputazione di fronte ai lettori nell'ambito del lavoro. Se tutte le carte fossero trasparentemente sul tavolo, ne otterrebbero un beneficio anche gli operatori del diritto, liberati da quelle "campagne" che li accusano appunto di fare politica attraverso le indagini (se inquirenti) o le strategie difensive (se imputati o avvocati): non si potrebbe più credibilmente tacciare questa o quella iniziativa giudiziaria di essere rossa, nera, gialla o verde, perché appunto sarebbero a disposizione gli atti di quella specifica "puntata" della storia, e da essi si potrebbe verificare su cosa poggi o su cosa traballi quella certa iniziativa giudiziaria. Chi infine teme (per lo più a parole) la possibile invadenza delle proprietà dei mezzi di informazione sulla libertà e sull'indipendenza dei giornalisti, dovrebbe concordare sul fatto che questo sistema offrirebbe ai giornalisti un'arma di difesa in più, giacché anche qui, se in una certa fase tutti avessero legittimo accesso a tutti gli atti, i giornalisti (anche e soprattutto quelli in posizione contrattuale più debole) potrebbero dire ai loro editori: «Caro editore, non possiamo non pubblicare questa notizia, perché, se noi non la scrivessimo, domani saremmo gli unici a non averla scritta, e faremmo la figura di

quelli che non l'hanno scritta in quanto amici del padrone o dei suoi amici».

Questo «rilascio»" (oltre che solo di comunicati stampa) anche «di copie di atti» è contemplato dalle «linee guida del Csm» «nei casi previsti dalla legge», il che allo stato attuale equivale a dire in sostanza mai, salvo l'apertura alla quale si riferisce una parentesi: «(cfr. le previsioni del d.lgs 29 dicembre 2017, n. 216, in tema di pubblicità delle ordinanze cautelari)». È il decreto legislativo sulle intercettazioni promosso dall'allora ministro della Giustizia Andrea Orlando nei Governi Renzi-Gentiloni e congelato per 6 mesi dall'attuale ministro Alfonso Bonafede nel Governo Conte. Con decorrenza dal 2019 due modifiche all'articolo 268 *quater* cpp e all'articolo 114 cp da un lato farebbero cadere il «segreto interno» su tutte le comunicazioni intercettate che (oltretutto redatte già con le cautele del riporto solo di brani essenziali) siano infine acquisite dal gip, e dall'altro lato specificano che un determinato atto, l'ordinanza di custodia cautelare, una volta depurata dalle conversazioni irrilevanti, dai dati sensibili e dai riferimenti inutili a terzi estranei, diverrebbe pubblicabile interamente (non solo nel contenuto) e immediatamente, senza quindi più incorrere nella «pubblicazione arbitraria» punita dall'articolo 684 cp (anche se le norme nulla dicono su come il giornalista dovrebbe poter accedere alla materiale disponibilità lecita del provvedimento).

In questa embrionale novità si sbaglierebbe a sottovalutare del tutto il riconoscimento di un principio che responsabilizza i giornalisti e contribuisce ad alzarne gli *standard* professionali e deontologici, al punto da meritare forse un supplemento di riflessione nella categoria su come rendere più incisivi gli anticorpi capaci di disincentivare un utilizzo non corretto di queste nuove facoltà: ad esempio prevedendo che le condanne penali, le sentenze dei risarcimenti civili, le sanzioni disciplinari, i provvedimenti dell'Autorità garante della *privacy*, siano obbligatoriamente pubblicati con evidenza sui giornali o nelle tv che le hanno meritate. E siccome è effettivamente improbabile che lo facciano di loro iniziativa, ed è probabile che lo facciano come usano farlo oggi con le rettifiche a pagina ottomila in corpo minuscolo o alle due di notte in tv, l'idea potrebbe essere quella di prevedere per legge che ciò avvenga quantomeno in una dedicata pagina settimanale sulle testate di carta e in un dedicato spazio settimanale nei tg e nei programmi tv, e comunque in ogni caso in una apposita pagina del sito online delle testate: pagina alla quale rimandi (sempre per evitare che il dato venga furbescamente occultato) una lampeggiante "finestra" *pop-up* ben visibile a chi apra la *home page* del sito della testata o veda il tg della testata nel giorno in cui viene "caricata" la sanzione, e una altrettanto lampeggiante finestra *pop-up* ben visibile a chi cliccasse sul *link* dell'articolo o del videoservizio oggetto di sanzione. Il sistema così si autoalimenterebbe, la sanzione avrebbe automaticamente in pancia l'effetto di correzione, che inizierebbe a circolare in maniera molto più diffusa ed efficace, dunque incidendo in misura sensibile sulla reputazione del giornalista o della testata sanzionati, specie se per loro dovessero ripetersi cartellini rossi di questo genere. E, alla fine, omeopaticamente, caso dopo caso, la leva reputazionale spingerebbe ai margini del mercato editoriale i giornali e le testate che oggi costruiscono la propria rendita sul fatto di non pagare pegno di credibilità agli occhi dei propri lettori o telespettatori.

L'abbozzo di pubblicabilità dell'ordinanza, con il necessario corollario dell'accesso del giornalista alla sua disponibilità, sarebbe potuto essere letto dalle «linee guida Csm» in parallelo all'articolo 116, comma 1, cpp in base al quale anche «durante il procedimento chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti», e all'articolo 43 delle disposizioni di attuazione del cpp in forza del quale «l'autorizzazione prevista dall'articolo 116 non è richiesta nei casi in cui è riconosciuto espressamente al richiedente il diritto al rilascio di copie, estratti o certificati». Sinora i magistrati sono sempre stati portati a non riconoscere al giornalista l'equiparazione alle parti processuali man mano che vi sia un momento di *discovery* e dunque a negare l'interesse qualificato a un accesso agli atti diretto e trasparente; ed è senz'altro possibile che analoghe resistenze (tanto più se rafforzate dallo scetticismo degli avvocati) si protraggano anche nei primi tempi del nuovo assetto. Ma è innegabile che avrebbe sempre meno senso la riproposizione di questi dinieghi nel momento in cui il legislatore e le «linee guida del Csm» iniziano ad ammettere che sia interamente e immediatamente pubblicabile l'ordinanza di misura cautelare («depurata» all'esito delle operazioni di stralcio del materiale ritenuto «irrilevante»). Sicché, per questa via dell'articolo 116 cpp, può forse ritenersi una occasione mancata il fatto che già queste «linee guida Csm» non abbiano contemplato un più ampio e generalizzato accesso diretto e trasparente da parte del giornalista ad atti che, in quanto pubblicabili, egli dovrebbe dunque anche poter (in funzione di un interesse riconosciuto) chiedere di ottenere all'ufficio giudiziario che li hanno emessi, smarcandosi così dal (sempre difficile da dosare perché mai disinteressato) rapporto personale con fonti tutte per definizione invece tendenti a cercare di strumentalizzare il giornalista.

L'assegnazione invece nelle «linee guida Csm» di un ruolo a «strutture centralizzate secondo procedure poste sotto la diretta responsabilità del capo dell'ufficio» di Procura, anziché (come sarebbe più corretto) in capo all'Ufficio gip che emette l'ordinanza cautela-

re, finisce per svalutare il principio e per inquinare la novità con una vena di orientamento autopromozionale della tesi dell'accusa cristallizzata nel momento cautelare. Ma soprattutto – come già nella legge richiamata dalle «linee guida Csm» – si fatica a comprendere la ragione per la quale dovrebbe essere liberamente pubblicabile soltanto l'ordinanza cautelare del gip, e non anche ciascuno dei singoli atti (pure non più segreti) che in essa il gip compendia. Ed è buffo che proprio un giornalista che dal 2006 (quantomeno dal convegno Anm a Napoli su «Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni») perora l'accesso diretto del giornalista agli atti non più segreti, quale antidoto al *Far West* del (finto) proibizionismo e anzi come anche miglior garanzia proprio per le persone al centro di cronache giudiziarie, per onestà intellettuale debba ora rilevare l'incongruenza di un legislatore (e, a ruota, di un Csm) che ammette la piena e immediata facoltà di pubblicare l'ordinanza d'arresto di una persona o di sequestro di un bene (che per definizione è un fotogramma iniziale nel quale è preponderante l'impostazione dell'accusa), e che invece non esplicita la parimente piena pubblicabilità anche dei successive atti (man mano in *discovery*) magari favorevoli alla difesa, quali ad esempio il provvedimento con il quale il Tribunale del riesame annulli l'ordinanza di custodia cautelare del gip, o prima ancora il ricorso stesso della difesa, o le consulenze tecniche e le deposizioni e gli accertamenti (tutti se man mano depositati) che contrastino la ricostruzione d'accusa. Tanto più che, non essendo ammissibili estensive interpretazioni analogiche di norme sostanziali che tracciano cosa sia reato e cosa no, il fatto che il decreto legislativo Orlando sulle intercettazioni (per ora congelato) avesse voluto estendere il segreto interno alle proroghe di intercettazioni e alle proroghe di indagini significa, per converso, che aveva invece rinunciato a porre il segreto interno anche su tutta un'altra serie di atti del pm che, seppur funzionali alle indagini, non sono atti di indagine: come l'informazione di garanzia, o la stessa iscrizione nel registro degli indagati (ove non sia presidiata dall'apposita rara segretazione), o persino la richiesta del pm di misura cautelare, e a maggior ragione appunto l'ordinanza del gip di misura cautelare. Atti che dunque, non essendo segreti per la nozione di «atti coperti da segreto» descritta dall'articolo 329 cpp, dal punto di vista della pura pubblicabilità già prima potevano – e a maggior ragione possono oggi – essere scritti dai giornalisti, anche letteralmente e in teoria persino prima che le persone interessate ne abbiano conoscenza, senza incorrere nel reato di pubblicazione arbitraria dell'articolo 684 cp. Fermo restando invece che il giornalista potrà, se mai, essere incriminato per altre differenti forme di responsabilità: dal favoreggiamento dell'indagato (se fosse provato il danno all'indagine) sino al concorso nella rivelazione del segreto d'ufficio da parte del pubblico ufficiale (se identificato costui e se provata l'istigazione operata dal giornalista), dalla diffamazione sino alla violazione delle norme sulla *privacy*.

Un particolare tipo di rilascio di comunicati, contemplato dalle «linee guida», deve invece trovare il massimo apprezzamento, ed appare anzi il punto più interessante del lavoro del Csm laddove apre all'idea che i giudici, non solo con le successive motivazioni ma subito già nel momento nel quale escono dalla Camera di consiglio con il dispositivo di una loro decisione, forniscano una breve informazione provvisoria sul percorso logico e giuridico del provvedimento emesso.

Se infatti negli archivi di giornali e tv si fa la "moviola" di alcune delle più scomposte polemiche politiche dopo questo o quella sentenza, degli equivoci insorti e delle strumentalizzazioni montate, della ridda di commenti sfasati a loro volta produttivi di valanghe di altre repliche parimenti fuori luogo, alla base di questo *caos* si trova sempre, immancabilmente, la combinazione tra la scarsa professionalità dei giornalisti (nello spiegare quella sentenza) e il fisiologico "silenzio" dei giudici al di là del dispositivo, che da solo "parla" soltanto ai super addetti ai lavori, e a volte nemmeno a loro e alle parti del processo.

Ecco quindi perché è davvero una svolta che il Csm, superando anche i mal di pancia di larga parte dei magistrati incistati in una resistenza mentale a mutare il proprio modo di pensare il senso dei dispositivi che emettono, e mani linee guida che esplicitamente indicano il bisogno di una ulteriore comunicazione a rimedio di una delle dinamiche più responsabili del micidiale corto circuito tra la ragione reale di una decisione giudiziaria e la sua percezione pubblica determinata dalla distorsione mediatica: rimedio cioè alla principale causa di sfiducia dei cittadini nella giustizia, costituita dall'inconciliabilità tra quanto si sentono raccontare di una sentenza e quanto invece essa davvero spiegherà di se stessa a distanza di 90 giorni nella motivazione, che a quel punto nessuno degnerà più di attenzione in una vita sociale che nell'era geologica di tre mesi divora mille altri temi d'attualità.

Le «linee guida Csm» declinano questo bisogno raccomandando dunque che i giudici, «una volta identificato il caso di potenziale interesse, curino la predisposizione della notizia di decisione (*abstract*), contestuale o immediatamente successiva alla decisione», consistente nell'illustrazione sintetica delle ragioni affidata a un «linguaggio semplice, chiaro e comprensibile», con riferimento «alla valutazione delle prove e alla regola di diritto applicata». Un po' sul modello di quanto già avviene (certo in un contesto che oggettivamente si presta di più rispetto alle decisioni di merito) sia in Corte costituzionale, sia in

Cassazione con l'«informazione provvisoria» sulle decisioni delle Sezioni unite. E non si dica, da parte di chi nutre riserve, che questo sistema appesantirebbe o addirittura inquinerebbe le camere di consiglio: quando c'è il dispositivo della sentenza, ci deve essere già anche il filo logico del ragionamento di cui il dispositivo è espressione. Altrimenti, da parte di chi negasse questo, si rischierebbe di alimentare il cattivo pensiero che talvolta nelle Camere di consiglio arrivi prima una decisione "a naso" e dopo, solo dopo, nei 90 giorni di redazione della motivazione, la prova di resistenza del percorso logico di quella decisione.

Riconoscere questo punto qualificante delle «linee guida Csm» deve però infine consentire di notare in esse una lacuna, e cioè la mancanza di un invito ai magistrati a rispettare la legge in uno specifico ambito di rapporti con il mondo dell'informazione. Può apparire un invito provocatorio e paradossale, ma non lo è poi così tanto se si smette di sottovalutare in giro per l'Italia tutto quel proliferare di iniziative giudiziarie che, poco note perché per lo più ambientate nelle cronache locali, ormai non si sa se classificare come più ottusamente aggressive o più insostenibilmente creative: surreali accuse di ricettazione, incriminazioni per violazione di segreto nonostante gli atti siano già all'avviso di conclusione delle indagini e deposito atti, cervellotiche contestazioni a gruppi di cronisti di concorso in improbabili associazioni a delinquere finalizzate a ipotizzate diffamazioni. Imputazioni come queste hanno bisogno di una notevole dose di "coraggio" già per poter essere messe per iscritto, eppure talvolta vengono davvero formulate dai pm e sposate dai giudici: perché? Si può credere che siano degli sprovveduti? Certo che no. Però, attraverso simili ipotesi di reato, possono ad esempio essere attivati strumenti di indagine quali le intercettazioni, che certo non serviranno a sapere chi abbia dato una notizia a un giornalista, ma serviranno per il futuro a fare terra bruciata intorno al giornalista, e nel presente a combattere le piccole guerre di potere all'interno delle forze di polizia e degli uffici giudiziari. La medesima molla spinge quelle Procure che vanno a perquisire redazioni (cosa del tutto legittima se si ritiene che ve ne siano gli estremi di legge) e a sequestrare computer e telefonini (i*dem*, i giornalisti non sono cittadini extraterritoriali rispetto alla legge), ma che, invece di utilizzare normali chiavi di ricerca di notizie o *files* o documenti pertinenti all'articolo sul quale esiste a loro avviso un eventuale problema di natura penale, prendono o copiano tutto il contenuto del computer o dell'armadio per vedere – pur sapendo benissimo che poi non sarebbe comunque utilizzabile – che cosa vi sia dentro, con chi parli il giornalista, con quali fonti abbia rapporti. La Cedu ha ripetutamente condannato gli Stati che ricorrono al mezzo della perquisizione e del sequestro (specie di pc e telefoni) per aggirare così la protezione del segreto professionale del giornalista sulle fonti che gli abbiano chiesto di restare riservate: eppure iniziative del genere continuano ad arrivare al vaglio di Tribunali del riesame e Cassazione, benché già più volte questi organi le abbiano fatte a pezzi spiegando ai pubblici ministeri in questione come fossero leggermente (e consapevolmente) fuori dall'alveo costituzionale. Ecco: due righe sul tema, nelle «linee guida del Csm», forse non sarebbero state sprecate.

Un punto di arrivo o un punto di partenza?

di *Edmondo Bruti Liberati*

Il Csm interveniva in occasione di polemiche suscitate da interventi pubblici di magistrati per richiamare il dovere di misura e riserbo. Di recente ha affrontato "in positivo" il tema della comunicazione sulla giustizia. Le "Linee-guida" del 2018, segnano il punto di assestamento di questo percorso: la questione non è "se comunicare", ma "come comunicare". La tematica della comunicazione deve far parte della formazione fornita dalla Scuola superiore della magistratura con corsi pratici diretti non solo ai dirigenti. Oggi ciascun singolo magistrato, attraverso i social media, entra direttamente (spesso senza la necessaria consapevolezza) nella arena pubblica. Pur con limiti ed omissioni, le «Linee-guida 2018» del Csm costituiscono un significativo punto di arrivo. Vi è da augurarsi che il Csm attualmente in carica raccolga il testimone dal predecessore e fra quattro anni, ritorni sul tema, con un approccio diverso, orientato alla ricognizione delle prassi nel frattempo instauratesi. Dunque in conclusione: un punto di arrivo e insieme un punto di partenza.

1. La nuova "linea" del Csm

Le «Linee-guida» sulla comunicazione approvate dal *plenum* l'11 luglio 2018, segnano il consolidamento, se mi si perdona il bisticcio verbale, di un mutamento di linea del Csm. Di solito il Csm interveniva sul tema della comunicazione in occasione di polemiche suscitate da interventi pubblici di magistrati per richiamare il dovere di misura e riserbo. Accanto ad interventi di questo segno, da una decina di anni il Csm ha cominciato ad affrontare "in positivo" il tema della comunicazione sulla giustizia.

Un primo significativo intervento è stato sollecitato al Csm dall'entrata in vigore della nuova disciplina sulla organizzazione delle Procure (d.lgs n. 106/2006) che all'art 5 prevede:

«*Rapporti con gli organi di informazione*

1. Il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione

2. Ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento.

3. È fatto divieto ai magistrati della Procura della Repubblica di rilasciar dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio.».

Il Csm con deliberazione del 10 settembre 2008, ha risposto al quesito di un procuratore della Repubblica di un ufficio di grandi dimensioni, il quale rilevava che «*una informazione veicolata attraverso canali centralizzati rischia di ingenerare, seppur involontariamente, distorsioni conoscitive, pregiudizi ingiustificati in danno di soggetti coinvolti, allarmismi ed inappropriate emotività. [...] Una sola fonte, sia essa il procuratore capo o un solo magistrato a ciò delegato, anche qualora fosse distolta da ogni altro incombente, non potrebbe far fronte con precisione e completezza ad una tale ampia richiesta (di tempestive notizie), nei tempi brucianti della comunicazione mass mediatica. Il risultato sarebbe insoddisfacente e rischierebbe di frustrare ogni ambizione alla trasparenza delle fonti e dei canali informativi e favorire un repentino ritorno alle prassi comportamentali che la norma vorrebbe superare.*».

La analisi del procuratore è puntuale ed impietosa. La risposta del Csm, indubbiamente in difficoltà di fronte alla formulazione stringente dell'articolo 5 citato, si limita a ritenere compatibile con il precetto

normativo la delega, anche in via permanente, in favore dei (soli) procuratori aggiunti, nelle materie di loro rispettiva competenza. Il Csm aggiunge che «*non appare, invece compatibile con lo spirito e la lettera della norma la possibilità di prevedere la partecipazione alle conferenze stampa del magistrato titolare del procedimento, quando questi sia diverso dal procuratore capo o dal procuratore aggiunto all'uopo delegato*», pur concedendo che «*il magistrato titolare delle indagini collabori nella preparazione della conferenza stampa, fornendo elementi informativi.*».

L'esperienza infatti insegna che la comunicazione, nella realtà pratica, passa inevitabilmente attraverso il magistrato che ha la responsabilità dell'indagine, che ne conosce tutti risvolti e dunque può valutare il contenuto ed il livello delle informazioni che possono essere comunicate, nelle diverse fasi delle indagini; che alcune delle dichiarazioni più discusse sono state fornite proprio da capi degli uffici, i quali magari erano spinti dal desiderio di mettere in luce il lavoro dell'ufficio, ma spesso non tenevano in conto tutti gli elementi del caso, per non dire che dal *virus* del protagonismo non sono esenti neppure i procuratori capo. La prassi degli ultimi anni si è spinta oltre nella "interpretazione evolutiva" dell'articolo 5 d.lgs n. 106/2006 e alle conferenze stampa si vista spesso la partecipazione, accanto al procuratore e all'aggiunto, anche del/dei magistrati titolari dell'indagine. E anche chi scrive, nella funzione di procuratore, ha contribuito a questa prassi. Ed in effetti il dettato del comma 2 dell'articolo 5 sopra citato se a prima vista appare un richiamo contro il protagonismo del singolo pm in realtà si scontra, per quanto riguarda le conferenze stampa, con le buone ragioni indicate nel quesito sopra richiamato. Per altro verso vi è un legittimo interesse della stampa a conoscere e pubblicare il riferimento al magistrato assegnatario del procedimento: è un dato rilevante per la pubblica opinione conoscere se quella specifica indagine è svolta da un pm noto per la sua professionalità e rigore o da un pm noto, all'opposto, per iniziare indagini che non approdano quasi mai a nessun risultato, oltre il grande clamore mediatico.

Una seconda innovazione si deve ancora al Csm della consiliatura 2006-2010, il quale, nella attività di formazione, allora ancora interamente a carico dello stesso Csm, ha programmato corsi di aggiornamento in cui non solo si affrontava il tema classico "giustizia e informazione" ma, per la prima volta, anche con il supporto di esperti di comunicazione, si cercava di fornire ai magistrati indicazione sulle tecniche di comunicazione.

Con una terza innovazione lo stesso Consiglio con una Risoluzione del 26 luglio 2010 ha sollecitato la costituzione degli Uffici per il Rapporto con il pubblico (Urp), come strumento che superando la mera, pur rilevante funzione, di Ufficio informazioni, si proponga come canale per il rapporto tra cittadini e istituzione giudiziaria. Esperienze di questo tipo cominciano ad essere attuate in diversi uffici giudiziari.

Una quarta innovazione si deve al Csm della consiliatura 2014-2018 che ha promosso una riqualificazione del sito ad accesso pubblico www csm.it.

Le «Linee-guida» del 2018, segnando il punto di assestamento di questo ormai lungo percorso, si propongono come primo intervento organico del Csm sulla materia della comunicazione partendo dalla acquisizione ormai consolidata che il tema non è «se comunicare», ma «come comunicare».

2. Il Codice etico dell'Associazione nazionale magistrati

Nella premessa alle «Linee-guida» si dà atto che nel corso dei lavori preparatori si è proceduto a varie audizioni e tra esse anche dell'Associazione nazionale magistrati. Sorprende pertanto che nel testo, che pure cita opportunamente iniziative del Consiglio d'Europa, non si faccia alcun riferimento al Codice etico adottato nel 1994 dall'Associazione nazionale magistrati. Fu il primo in Europa e, grazie anche alla pronta traduzione in francese, ebbe una notevole diffusione e fu tenuto in conto nella elaborazione delle successive raccolte di principi deontologici[1]. L'articolo 6, che di seguito si riporta, costituisce il primo organico intervento sulla materia:

«*Rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa.*

Nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio.

Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni conosciute per ragioni del suo ufficio e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati.

Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa.».

1. D. Salas et H. Epineuse (dir.), *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Dalloz, Paris 2003.

Sulle dichiarazioni che riguardano casi che il magistrato sta trattando, è utile sottolineare che il Codice etico già nel 1994, piuttosto che proporre un divieto assoluto, irrealistico e talora ingiustificato, sottolinea come in alcuni casi l'informazione sia addirittura doverosa e si preoccupa piuttosto di dettare alcune regole di comportamento. L'Anm nel 2010, a fronte del fenomeno dell'intervento di magistrati in trasmissioni televisive che mettevano in scena processi paralleli, ha emendato il Codice etico, approvato nel 1994, aggiungendo all'articolo 6, sopra riportato, un ulteriore comma: «*[*Il magistrato*] evita di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica.*».

Gli emendamenti adottati del 2010 hanno visto l'Anm attenta a cogliere i fatti nuovi ed in particolare le derive della "giustizia mediatica". Non così all'inizio del 2018, quando non è stato approvato un ulteriore emendamento proposto dalla dirigenza dell'Anm a seguito di interventi dei magistrati sui *social media*, che avevano destato polemiche: «*Il magistrato utilizza i social network e gli altri strumenti di comunicazione telematica consapevole del proprio ruolo professionale, astenendosi da comportamenti che possono ledere la credibilità della funzione giudiziaria e della magistratura nel suo complesso.*».

La omissione della citazione del Codice etico Anm è tanto più curiosa perché al punto 1 dei «Principi, diritti e doveri» vi sono riferimenti quasi testuali all'articolo 6 del Codice.

3. Siti internet, Urp e Bilancio di responsabilità sociale

La lettura delle «Linee-guida» suggerisce di segnalare alcuni profili di ulteriore sviluppo e impegno per il Csm, il quale, d'altronde, sottolinea che «non costituiscono un approdo statico e definitivo, ma debbono essere sottoposte a costante monitoraggio e aggiornamento, verificandone obbiettivi, risultati e criticità.».

Il rilevo assunto dalla comunicazione sul web investe anche il "sistema giustizia" sotto diversi profili.

Il sito internet del Csm è stato rinnovato negli ultimi anni sia con una ristrutturazione generale sia con l'apertura di nuove sezioni tra le quali da segnalare «giurisdizione e società», «archivio storico», «per non dimenticare». Tuttavia il sito www.csm.it ad accesso libero rimane sostanzialmente orientato all'utente professionale magistrato, avvocato e poco attento all'utenza generale, composta da persone che, per desiderio di approfondimento o perché utenti, nelle diverse possibili situazioni, della "giustizia", desiderano informarsi sulla organizzazione e sul funzionamento della macchina giudiziaria. La sezione «Magistratura» dovrebbe assumere un posto centrale ed essere orientata al *target* generale. Oggi la sottosezione «Il sistema giudiziario italiano» utilizza una impostazione quasi da manuale di ordinamento giudiziario e un linguaggio troppo tecnico; basti dire che alla seconda riga indulge all'inutile latinetto *ius dicere*. E così la fonte principale di notizia rischia di essere la voce «Consiglio superiore della magistratura» di Wikipedia, non priva di approssimazioni ed imprecisioni, ma sintetica.

Meriterebbe una nuova edizione, magari più agevolmente solo *on line*, il volume «Il sistema giudiziario italiano» edito dal Csm nel 1999, che andrebbe radicalmente rinnovato nell'impostazione secondo le linee sopra indicate. Andrebbe valorizzata l'idea delle sezioni nelle diverse lingue, francese, inglese, spagnolo, tedesco; non una mera meccanica (talora incomprensibile) traduzione del testo italiano, ma un testo orientato alla comprensione del lettore che ha in mente altri sistemi. La ormai lunga esperienza dei testi pubblicati in diverse lingue nelle varie istanze del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea dovrebbe essere sfruttata.

Il tema dei siti internet degli Uffici giudiziari è affrontato solo con rapidi cenni. Eppure è oggi, allo stesso tempo, uno strumento centrale della comunicazione istituzionale e un elemento di criticità. Vi sono grandissime disparità, anche con alcune eccellenze, ma domina il *fai da te*. Il Csm dovrebbe farsi carico di promuovere, d'intesa con il Ministero, una struttura di base da mettere a disposizione di tutti gli uffici giudiziari. Per altro verso il sito internet dovrebbe guidare all'accesso ai servizi forniti *on line* dagli Urp.

La esperienza dei Bilanci di responsabilità sociale, di cui fu pioniere la Procura della Repubblica di Bolzano, che oggi ha una diffusione crescente, è richiamata solo con un rapido cenno nelle «Linee-guida». Il Csm dovrebbe stimolare queste iniziative, che costituiscono sia un momento rilevante del "rendere conto" sia, nella fase di preparazione, l'occasione per procedere ad una "autovalutazione" dell'ufficio giudiziario su risultati e obbiettivi, con ben maggiore incidenza rispetto allo stanco rito delle informazioni, spesso meri numeri non elaborati, burocraticamente fornite per le relazioni inaugurali dell'anno giudiziario. La valorizzazione del profilo del "rendere conto" deve contribuire ad accrescere nella coscienza di tutti i magistrati il profilo del "servizio" che deve essere reso ai cittadini.

4. Uffici-stampa e conferenze stampa

Le «Linee-guida» evitano accuratamente di utilizzare la nozione di Ufficio stampa preferendo parla-

re di "responsabile per la comunicazione" sia per gli uffici di procura che per quelli giudicanti. Ma, quale che sia l'espressione utilizzata, ove si prendano in considerazione in particolare le «Linee-guida per gli uffici requirenti», è evidente che si tratta del modo di operare di un Ufficio stampa, tanto che non si esita ad utilizzare la nozione di «strategie di comunicazione».

È un tema da sempre controverso. La questione della eventuale istituzione di veri e propri uffici stampa è stata risolta nei fatti dalla mancanza di mezzi e strutture: nessuna procura può disporre di un giornalista professionista e nemmeno potrebbe permettersi il lusso di assegnare al ruolo di addetto stampa in via esclusiva un magistrato dell'ufficio, come ad esempio avviene alla Procura di Parigi.

Ma il problema della comunicazione, con particolare riguardo alla fase coperta dal segreto investigativo rimane. Da più parti e da tempo è stato sostenuto che la burocratizzazione dei canali di comunicazione delle notizie attraverso uffici-stampa è inutile e spesso controproducente[2].

Un ulteriore argomento critico è stato prospettato sotto il profilo che «*il soggetto controllato scelga se e cosa dire al controllore*»[3]. Si dice: «il soggetto controllato sceglie se e cosa dire al controllore, decide il *quando* e il *che cosa*». Certo, ma, ferma restando la libertà/dovere professionale del giornalista di acquisire autonomamente notizie, non si vede, in questa fase, chi altri potrebbe adempiere al "dovere di comunicazione" di cui alla Raccomandazione Rec 2003(13) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa se non l'autorità giudiziaria che procede; ed infatti la Raccomandazione al Principio 5 indica espressamente come «*moyens de fournir des information aux médias*» comunicati stampa e conferenze stampa. Anche il più recente Parere (2013) n.8 del Ccpe (Consiglio consultivo dei procuratori europei) sui «Rapporti tra il pubblico ministero e i mezzi di informazione» suggerisce come mezzo di comunicazione da parte del pubblico ministero comunicati stampa e conferenze stampa, tenute anche con la cooperazione delle autorità di polizia.

Si aggiunge in chiave critica: «Somministrazione di verità ufficiale». Ma sta ai media non considerare la comunicazione ufficiale come "verità" e non limitarsi ad ingoiare acriticamente la somministrazione, come fecero, non dimentichiamolo, tutti i più autorevoli quotidiani italiani che titolarono «Il mostro Valpreda». Il Tg1 della sera del 16 dicembre 1969 trasmetteva un servizio, dagli uffici della Questura di Roma, di Bruno Vespa, che raccoglieva con acritica adesione le dichiarazioni del Questore di Roma[4]. Il dovere del giornalista è, appunto quello di sottoporre a vaglio critico la "verità" ufficiale.

Il problema è *come* il controllato, Procura, deve comunicare, in particolare nella fase coperta dal segreto investigativo. A mio avviso, le indicazioni contenute nelle «Linee-guida per gli uffici requirenti» costituiscono una efficace sintesi di questioni di principio e di indicazioni operative anche con riguardo al tema più specifico delle conferenze stampa[5].

5. La formazione dei magistrati sulla comunicazione

Le indicazioni proposte nelle «Linee-guida» in ordine alla formazione dei magistrati sulla comunicazione costituiscono un importante passo avanti, che deve essere coltivato dalla Scuola superiore della magistratura, oggi responsabile della formazione. Accanto ai corsi, ovviamente da mantenere, di carattere più "teorico" sul tema classico "giustizia e informazione" occorre organizzare dei veri e propri corsi pratici di formazione alla comunicazione. E occorre investire sul futuro, evitando di indirizzarli solo a coloro che rivestono funzioni direttive. Non solo perché tutti i magistrati possono aspirare ad incarichi dirigenziali; Napoleone insegnava «ogni soldato francese porta nel suo zaino il bastone di Maresciallo di Francia».

---

2. Cfr al riguardo G. Giostra, *Fa discutere la proposta di istituire uffici stampa presso le Procure della repubblica*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 3, p. 138.

3. G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milano, 2° ed, 1989, p. 276. Vedi anche G. Giostra, *L'informazione giudiziaria non soltanto distorce la realtà rappresentata, ma la cambia*, in *Osservatorio sull'informazione giudiziaria dell'Unione delle Camere penali italiane (a cura di), L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2016, p. 82; L. Ferrarella, *Il "giro della morte":il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Diritto penale contemporaneo rivista trimestrale*, 3/2017, p. 8, www.penalecontemporaneo.it/d/5687-il-giro-della-morte-il-giornalismo-giudiziario-tra-prassi-e-norme.

4. Il servizio del TG 1 è agevolmente reperibile sul web.

5. Per un approfondimento sulle problematiche delle conferenze stampa mi permetto di rinviare a E. Bruti Liberati, *Prassi, disciplina e prospettive dell'informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 gennaio 2018, www.penalecontemporaneo.it/d/5807-prassi-disciplina-e-prospettive-dell-informazione-giudiziaria.

Ma anche, e soprattutto, perché è necessario che la tematica della comunicazione entri sin dall'inizio nella formazione di ciascun singolo magistrato, che oggi attraverso i social media entra direttamente (spesso senza la necessaria consapevolezza) nella arena pubblica. Come si è visto l'Anm, purtroppo, non ha accolto la proposta di un emendamento aggiuntivo sul tema nel Codice etico. Ma l'attenzione alla comunicazione dei magistrati sui social media è questione ineludibile ovunque e già da tempo affrontata negli Stati Uniti[6].

La Enm (Ecole nationale de la magistrature) francese ha organizzato a Bordeaux nel novembre 2007 il primo corso di comunicazione per magistrati in tirocinio «Justice et medias». Il corso per gli *auditeurs de justice*[7] era organizzato in questo modo. Il *dossier* completo di un caso non più coperto dal segreto istruttorio viene messo a disposizione degli uditori divisi in gruppi di una dozzina, guidati da un magistrato formatore. Ogni gruppo si sceglie un portavoce che è intervistato da un giornalista professionista della stampa, della radio o della Tv. Il risultato della intervista è ridiscusso nel gruppo. Il corso di formazione si conclude con sessione plenaria in cui vengono versate le esperienze dei diversi gruppi; chi scrive era stato chiamato a proporre un confronto con le problematiche italiane.

La prospettiva che si apre per la Scuola superiore della magistratura è molto impegnativa ed è un bene, che ferma restando la responsabilità esclusiva della Ssm, il Csm indichi, per parte sua, come prioritari questi temi.

6. Le «Linee guida 2018» del Csm: un punto di arrivo e insieme un punto di partenza

Pur con taluni limiti ed omissioni, che sono stati segnalati, le «Linee-guida 2018» del Csm costituiscono un significativo punto di arrivo nell'approccio del Csm al tema della comunicazione. Molti sono i problemi aperti e le questioni controverse. Vi è da augurarsi che il Csm attualmente in carica raccolga il testimone dal predecessore e fra quattro anni, al termine della consiliatura, ritorni sul tema, con un approccio diverso, orientato alla ricognizione delle prassi nel frattempo instauratesi. Dunque in conclusione: un punto di arrivo e insieme un punto di partenza.

6. National Association for Court Management, *Managing the Message:The Nacm Media guide for today's court. 2010 Mini guide.* Il testo è presentato come «*an update and complete revision of Nacm,s 1994 Media guide*» e presta una particolare attenzione a website e social media.

7. *Auditeurs de justice* bella ed evocativa terminologia che noi avevamo tradotto in "uditori" e che di recente abbiamo abbandonato a favore dell'orribile acronimo Mot, a proposito di strategie di comunicazione...

Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione

di *Elvio Fassone*

Lo scritto affronta il tema da un'angolatura diversa da quella convenzionale, secondo la quale la "*comunicazione*" è il portare alla conoscenza di terzi notizie o informazioni che per loro natura debbono restare più o meno riservate: l'A. prende invece in esame quella comunicazione che consiste nel modo tacito di porsi e di proporsi del magistrato nei confronti del cittadino suo interlocutore, attraverso il comportamento, gli atteggiamenti, lo stile, il linguaggio e tutto ciò che, anche non intenzionalmente, contribuisce a costituire la relazione.

In questo modo *comportamentale* di comunicare non viene manifestata un'informazione o una notizia, ma il modo intimo e per lo più inconsapevole di interpretare il rapporto tra il magistrato ed il cittadino: a quest'ultimo non interessa sapere se il magistrato ha determinate qualità caratteriali, ma attraverso quella forma di comunicazione il cittadino individua il livello di rispetto che il magistrato esprime verso la dignità del suo interlocutore. Più ancora, quel modo di porsi del magistrato, moltiplicato per la pluralità delle relazioni quotidiane, determina la sua immagine diffusa nel sentire comune, e quindi il consenso più o meno ampio del quale la magistratura gode nell'opinione pubblica, prezioso sostegno nelle frequenti tensioni con il potere politico.

Attraverso una sintetica rassegna di condotte, abitudini e linguaggi l'A. finisce con l'individuare un'interpretazione del ruolo (non universale, ma largamente diffusa) connotata da rigidità, formalismo, ostentato distacco e indifferenza agli aspetti umani della relazione, quasi che l'essere il magistrato definito come organo *super partes* lo connotasse come "al di sopra" anche psicologicamente e socialmente. Auspica, quindi, che si diffonda una maggior sensibilità verso questo aspetto della funzione, a tutto vantaggio del consenso del quale la giurisdizione ha necessità.

1. Penso di dovere il titolo, anche troppo lusinghiero, di questo scritto al fatto di avere pubblicato un libro[1] che la vita ha scritto per mia interposta persona. Narra la storia vera di una corrispondenza durata ventisei anni (ma oggi sono diventati più di trenta, ed è probabile che lo scambio continuerà fino a che i due corrispondenti saranno in vita) tra un ergastolano ed un giudice. Già la durata è straordinaria, se si pensa che il celebratissimo scambio epistolare tra Eloisa e Abelardo si estese per un numero di anni assai minore; ma ancora più inconsueto è il fatto che quel giudice fu il presidente della Corte d'assise che irrogò l'ergastolo al detenuto. Carnefice e vittima, se vogliamo dirlo in modo truculento.

Bene. Ma che c'entra – è lecito domandarsi – una situazione del genere con il tema della comunicazione? Si può serenamente escludere che, ricordando quella vicenda, si vogliano invitare i magistrati ad intrattenere uno scambio epistolare con gli imputati o le parti, sia pure dopo che il giudizio si è concluso. Sarebbe folle. Così pure è poco probabile (anche se uno sforzo in tal senso andrebbe fatto) che si voglia ricordare come il processo, in particolare il processo penale, non si esaurisce con la sentenza, ma prosegue

1. E. Fassone, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015.

anche dopo che le luci si sono spente, le televisioni e i giornali hanno ritirato l'attenzione, e il condannato rimane solo con la sterminata distesa di giorni e di anni da attraversare. Sì, certo, c'è ancora il magistrato di sorveglianza sulla scena, ma non è quella, o non è solo quella l'attenzione comunicativa della quale si avverte il bisogno.

Allora perché si parla di comunicazione virtuosa? vogliamo forse ammodernare il libro «Cuore» in versione anni 2000, con l'ergastolano nei panni di Franti e il giudice ad imitare il buon parroco in versione togata? Anche questo è improbabile, dunque conviene chiederci a quale tipo di virtù ci si riferisce.

2. «Il giurista – ha scritto Donatella Stasio[2] – non può chiamarsi fuori dalla responsabilità di comunicare, e di farlo in modo inclusivo, per testimoniare la coscienza del nostro stare insieme ed essere protagonista della nostra storia comune». Prendo le mosse di qui, in particolare dall'accenno alla «coscienza del nostro stare insieme», combinato con l'importanza straripante che la comunicazione ha assunto e con il ruolo sociale che il giurista esercita.

L'assunto si scompone subito in varie domande ulteriori: vale esso anche per quel giurista particolare che è il magistrato? vale allo stesso modo per il pubblico ministero e per il giudice? e soprattutto: che cosa s'intende per «comunicare in modo inclusivo»?

La risposta alle prime due domande sembra ovvia. Ma qualche messa a punto è necessaria, e tanto più lo è se si ha riguardo alla terza.

Uno dei primi insegnamenti che veniva impartito dai colleghi anziani ai giovani magistrati era perentorio: ricordati che un giudice si esprime solo attraverso i suoi provvedimenti. Altri precetti spiccioli certamente vi erano, per lo più intuitivi e non codificati. Ma questo era un cardine della pedagogia togata, solennizzava il riserbo e lo cuciva sulla persona come un modello capace di condensare un intero decalogo.

Questo invito a sottomettere la parola al silenzio non era percepito – se intendo bene anche il sentire altrui – come una limitazione faticosa, tanto meno come l'esproprio di un diritto fondamentale; né ci si affrettava a distinguere tra giudici e pubblici ministeri, o tra capi degli uffici e sostituti o subalterni. Esso era accettato come uno scudo contro i fraintendimenti e le possibili distorsioni del proprio pensiero, tanto più facili quanto più delicato il caso trattato: era addirittura sentito come un blasone del quale andare orgogliosi. Il contegno riservato era il cardine della nostra deontologia, il tipico modo di porsi e di proporsi, l'abito elegante ma non ricercato, adatto ad ogni cerimonia.

Le tre domande in questione avevano una risposta obbligata e lineare: non c'è alcun problema di comunicazione, né alcuna distinzione di funzioni, per la semplice ragione che il magistrato non ha nulla da comunicare.

3. È superfluo ricordare quanto il costume sia mutato e quanto il protagonismo stimolato dai *media* abbia coinvolto anche la magistratura. Altrettanto risaputo è il dovere di *trasparenza* (parola abusata, sebbene l'aspettativa sia in sé legittima) che involge tutte le istituzioni, inclusa quindi la magistratura. Se anche la giurisdizione soggiace al principio della "casa di vetro", è evidente che il *comunicare*, cioè il *mettere in comune* una o più informazioni, riguarda essenzialmente le informazioni che di per sé sono riservate. E poiché il giudice agisce in una dimensione che è intrinsecamente pubblica (sia nel dibattimento, sia nei provvedimenti che emana prima di detta fase, i quali per loro natura sono destinati ad essere conosciuti); ne consegue che la responsabilità del comunicare, ed i contenuti del relativo concetto, si atteggiano diversamente a seconda che si parli del pubblico ministero o del giudice.

Che le due figure siano diverse lo sappiamo da sempre: ma anche nelle tematiche qui in discussione dobbiamo rilevare un'ulteriore differenza tra le due funzioni, e quindi tornare a proporci le domande la cui risposta pareva scontata: se al pubblico ministero compete la funzione di *comunicare* (quanto meno ciò che è ostensibile) nel senso convenzionale della parola, quanto vale per lui il dovere di riserbo che eravamo avvezzi a considerare valido per tutti i magistrati? e se il giudice non ha, tipicamente, un agire che non sia già di per sé pubblico, quale significato può avere la sua responsabilità di comunicare?

Del difficile rapporto tra aspettativa di conoscenza (in capo al cittadino) e dovere di riservatezza (in capo al magistrato) si occupano altri. Mi ritaglio unicamente una considerazione, non sempre condivisa: la comunicazione (il mettere in comune) è diventato un dovere ipertrofico grazie ad una sua lettura "super-democratica", combinata con la pressione dei

2. D. Stasio, *Il "ruolo sociale" del giurista impone una comunicazione più inclusiva*, intervento svolto nel Seminario del 5 marzo 2018, nell'ambito delle attività formative del dottorato in Scienze giuridiche dell'Università di Firenze; in questa *Rivista on line*, Rubrica Controcanto, 23 marzo 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-ruolo-sociale-del-giurista-impone-una-comunicazione-piu-inclusiva_21-03-2018.php.

media, interessati ad assecondarla. In conseguenza si è generato un discutibile diritto di sapere, di sapere tutto e di sapere subito: anche solo il silenzio temporaneo per tutelare l'efficacia delle indagini evoca suggestioni di *arcana imperii* e sospetti di oscuri obiettivi.

Nei confronti di questa pressione allo svelamento è assai ben disposto il difensore (felice di avere una telecamera dalla quale ricevere qualche particolare in più dall'antagonista, ed alla quale comunicare la sicura innocenza dell'indagato); e di rimbalzo a questa pressione finisce con il sottomettersi anche il pubblico ministero in nome della *par condicio* e, sia detto senza malizia, dell'umana attrazione che esercita la notorietà. Lo conferma una facile verifica: se chiediamo ad alcuni cittadini, non addetti ai lavori, di fare il nome di magistrati di cui abbiano conoscenza, tutti saranno in grado di elencare almeno una mezza dozzina di pubblici ministeri, quasi nessuno ricorderà il nome di un solo giudice.

È inutile lamentarsi, né credo che i giudici si dolgano di una scarsa visibilità. Se mai è l'autorevolezza del processo che ne soffre. Ma una giustizia troppo lenta inevitabilmente viene supplita da un processo anticipato celebrato fuori dalle aule: e quando si nobilita una prassi discutibile con il richiamo ai valori costituzionali (la "trasparenza dell'amministrazione" è stata espressamente uno degli obiettivi che i pubblici uffici devono assicurare ai cittadini, secondo la modifica all'articolo 97 proposta nella riforma della Costituzione bocciata con il *referendum* del 2016) sbiadiscono le antiche esortazioni al riserbo e le virtù d'*antan* sono sostituite da quelle moderne.

4. È lecito, dunque, affermare che la comunicazione, intesa come relazione con l'esterno, trova per intanto una risposta diversa a seconda delle funzioni di giudice o di pubblico ministero. Ulteriore conseguenza parrebbe quella per cui, se il giudice agisce in una dimensione costantemente pubblica, per lui non esiste il problema della comunicazione, nell'accezione che ci è familiare.

Ma questa seconda proposizione non appaga. Ognuno avverte che non si comunica solamente attraverso le conferenze stampa, o comunque nel rendere noto ciò che l'ufficio ha fatto o sta facendo o intende fare. In una parola, non si comunica solo con il fornire informazioni: tutta la pedagogia del riserbo, tutta la casistica e la guerriglia tra quel che *si può* e ciò che *non si deve* comunicare, sono lontane dall'esaurire il modo di porsi del magistrato nella quotidianità del suo lavoro, e quindi in sostanza il suo *comunicare* con il cittadino. La comunicazione – così suggerisce lo spirito che anima i contributi qui raccolti – non è solo svelamento di notizie, ma anche *manifestazione del proprio essere attraverso i modi del proprio agire*.

È questa, verosimilmente, la nuova frontiera e la nuova responsabilità del comunicare, di cui si parlava all'inizio. Dicendo questo, non si sminuisce affatto tutta la deontologia formatasi intorno alla prima accezione, non si getta al macero né il riserbo né la trasparenza: si percepisce che sta crescendo un'altra modalità del comunicare e la relativa sensibilità al riguardo.

5. Che si comunichi anche con il proprio comportamento può sembrare un banale psicologismo da salotto. Resta però vero che c'è un agire comunicativo che sta venendo sempre più in luce, e che sta affiancandosi a quella virtù (il riserbo) che alla fin fine era una virtù di mero contenimento. Il "comunicare" dal quale abbiamo preso le mosse è allora una diversa espressività fatta non di trasmissione di informazioni, ma del modo di proporsi dell'individuo.

Non si comunica un fatto od un'opinione o un messaggio, ma una moralità di fondo, un'interpretazione del ruolo ispirata alla consapevolezza che il rapporto tra il magistrato e il cittadino è inteso come un rapporto tra persone di pari dignità. Questa diversa espressività non fa ancora parte di nessun codice deontologico, ma segnala l'aspirazione a che anche il modo di rappresentare l'istituzione sia orientato da una qualche etica della relazione.

Se questo è vero, l'acquisizione cessa di appartenere solo al campo della psicologia o del comportamento, per affacciarsi su quello della politica giudiziaria. Quanto vale, a che serve *questa* comunicazione? che se ne fa il cittadino, suo destinatario, del sapere che quel magistrato è timido o arrogante, impulsivo o pacato, rispettoso o scostante? e, soprattutto, che se ne fa il magistrato?

Nell'immediato il cittadino-utente (brutta parola, ma è ormai nell'uso) non ne ricava nulla, se non la constatazione che quel magistrato è un individuo dotato di quelle qualità, positive o negative. Ma è il magistrato che deve ricavare un insegnamento dalla presenza di questo nuovo modello di comunicazione, di questa nuova "*coscienza del nostro stare insieme*".

Pausa. Si avverte il borbottio infastidito che suscitano le affermazioni moraleggianti: dietro la tesi che si comunica anche con la voce, con la postura, il tono, l'arroganza di taluni atteggiamenti e tutto il resto, si nasconderebbe l'ennesimo codice delle buone maniere, che va ad aggiungersi al codice penale, a quello disciplinare ed a quello deontologico, in un marasma di pseudo-norme il cui risultato è solo il far dimenticare che il vero compito del magistrato è quello di richiedere e di emanare dei provvedimenti giusti e legalmente corretti.

Può darsi, però il fastidio come risposta non è un buon argomento. Migliore spunto potrebbe essere una diversa considerazione.

Abbiamo mai provato a domandarci come mai è così negativa l'immagine del giudice offerta dalla letteratura di ieri e di oggi? siamo consapevoli che la gran parte delle persone comuni ha del magistrato una pessima percezione, fatto salvo il caso in cui taluni eccezionali momenti della storia fanno di lui un vendicatore di torti e di soprusi? e ci rendiamo conto che questa immagine negativa può avere un peso notevole quando si verifica una forte tensione tra la magistratura ed un altro potere, ed in questo scontro è determinante il sostegno dell'opinione pubblica?

Poiché, a torto o a ragione, abbiamo aperto questo spiraglio, proviamo ad allargarlo.

Tutti i lavori hanno una loro intrinseca nobiltà, ma alcuni la possiedono in modo più marcato, quasi rispondessero ad un'esigenza fondamentale dell'essere umano: penso al medico, all'insegnante, al sacerdote e, appunto, al giudice. Non si risentano gli avvocati, gli scrittori, i giornalisti, gli scienziati, i politici o altri. L'elenco è opinabile, ma credo di poterlo difendere, perché corrisponde a momenti nodali del vivere: la cura dei corpi e il risanamento della loro fisicità compromessa, la trasmissione del sapere tra le generazioni, l'orientamento morale e la relazione con il sacro, la soluzione dei conflitti attraverso l'applicazione delle regole condivise.

Ebbene, l'individuo che ricorre al titolare di una di quelle funzioni, lo fa di regola con un atteggiamento di fiducia e quasi di abbandono, sorretto dall'attesa di un'accoglienza salvifica. Con tutti eccetto uno: il giudice, appunto. Del magistrato ha timore, ne percepisce il potere assai più che la solidarietà umana, ne coglie il carattere algido trasmessogli dalla regola, più che la funzione di individuo chiamato a sciogliere nodi sociali. Sa che dietro il medico ed il prete ci sono giuramenti solenni di agire per il bene della persona che loro si affida, e che dietro l'insegnante c'è il senso della missione. Per il magistrato non è così: anch'egli presta un giuramento, ma il beneficiario della formula non è l'uomo, bensì la legge, e solo recentemente la Costituzione, che è pur sempre una legge. Per questo il cittadino dietro la figura del giudice non sente calore, ma solo l'inflessibilità della regola. Uomo o donna incorruttibile, secondo lo stereotipo, ma umanamente asessuato quanto a sentimenti.

Anche il medico, il docente, il prete possono essere persone mediocri e inadeguate al loro ruolo, ma sono deviazioni rispetto al normo-tipo. Il giudice è "distante" per definizione, quasi che il suo dovere di essere *super partes* venisse inteso fisicamente, come un collocarsi, appunto, al di sopra degli altri soggetti, in una voluta insensibilità che induce nell'utente una soggezione e un disamore, oltre che un intenso desiderio di sottrarsi al più presto da quella esperienza.

6. Non sto ammodernando il galateo in versione giudiziaria; né allargando la portata dell'illecito disciplinare per includervi lo sgarbo o l'arroganza del tono. Sto constatando che esisteva già un primo cerchio dell'etica della relazione, tratteggiato nella giurisprudenza disciplinare del Csm e abbastanza noto; e che se ne sta disegnando un secondo al quale invece è destinata poca attenzione, sebbene la meriti.

Il magistrato sa già, o dovrebbe sapere, che non deve mostrarsi compiacente con chicchessia; sa che non deve farsi prestare denaro o accettare favori compromettenti; non ignora che non deve intrecciare relazioni sentimentali con avvocatesse o funzionarie dell'ufficio, non deve ostentare orientamenti politici in modo vistoso, né prendere parte ad iniziative che ne mettano in dubbio l'imparzialità; sa tante altre cose che costituiscono il suo codice di comportamento a raggio più ampio dei codici. Si tratta di accordare la stessa importanza a un nuovo cerchio di doveri etici, che costituiscono la vera modernità del suo *essere secondo la Costituzione* (potremmo dire la sua interpretazione della pari dignità sociale, *ex* articolo 3).

È stato scritto – e condivido – che alla fine della nostra carriera la parte o il teste o l'imputato con il quale ci siamo intrattenuti ogni giorno sarà per noi solamente una delle mille figurine che ci sono sfilate davanti, inespressive e dimenticate; ma noi per lui o lei rappresenteremo l'immagine indelebile, quasi sempre ostile, in base alla quale quel cittadino disegnerà l'intera istituzione di cui facciamo parte, e questa immagine, insieme a mille altre simili, costruirà il disamore diffuso verso il nostro ruolo, che tanto ci indebolisce.

Il fatto è che il magistrato non è solo un dispensatore di provvedimenti o di richieste, ma è anche l'attore di una funzione fondamentale alla quale si continua a guardare con rispetto e speranza, sino a che non se ne fa esperienza personale. Questo rispetto si è molto attenuato, e noi (la magistratura tutta) non possiamo alzare le spalle come se fosse solo un discorso moraleggiante e non avesse anche una forte implicazione politica, nel concorrere a privarci di un sostegno indispensabile.

7. Che vuol dire tutto questo in concreto? Evitiamo pure il tono deamicisiano del giudice buono e umano, «che ascolta e che consola», che non alza la voce e fa abbassare quella altrui. Ma pur volendo tenermi alla larga dalla retorica, non posso fare a meno di rievocare alcune figure e momenti che punteggiano i miei ricordi, nel bene e nel male, e che, con la sem-

plicità della casistica, parlano meglio di esortazioni scontate.

Ricordo, ad esempio, lo spettacolo mortificante dei vecchi presidenti di tribunale che, stremati dalle migliaia di volte che avevano dovuto deferire il giuramento ad un teste, rovesciavano sul malcapitato di turno la formula di rito, barocca nella costruzione (quel *«consapevole della responsabilità che assumete ...»*, posto all'inizio e pencolante sulle orecchie dell'ignaro), terrorizzante nella minaccia, oscuro nella raffica di parole accatastate in fretta per noia; e il teste, che non aveva capito nulla, si trovava di colpo esposto all'unica cosa chiara, l'intimazione perentoria del *«Dica: lo giuro»*, e si guardava intorno smarrito e muto, desideroso di un chiarimento che non arrivava . Per questo trovavo tanto più umano quell'altro giudice che si prendeva la responsabilità di deviare dalla sacra formula, e con pacata bonarietà la traduceva in un italiano alla portata di tutti (*«Le ricordo l'importanza del giuramento ...»*), sostituendo Dio e gli uomini con la coscienza e la legge, e ottenendo un assenso convinto del deponente, e forse persino qualche menzogna in meno.

Nella casistica della memoria si staglia anche un giudice che leggeva la sentenza con in una mano il foglio del dispositivo e nell'altra una sigaretta incominciata e non spenta. E si muovono magistrati in abbigliamento poco meno che balneare, forse inteso come dimostrazione del sentirsi "uno di voi". Sfilano colleghi che spiegano la situazione giuridica a chi chiede qualche chiarimento con l'astrusità di linguaggio del primario luminare quando si mette ad illustrare le caratteristiche dell'insufficienza tiroidea.

Un intero capitolo della memoria è riempito dalla vistosa insofferenza di tanti giudici quando parlano le parti (di regola il fastidio è più acuto verso i difensori), in un rimpallo di reciproche ritorsioni, questi indotti ad insistere nella verbosità sino ai limiti del richiamo, quelli stimolati a mostrare indifferenza a quanto viene esposto, con il risultato di far intendere al cittadino imputato o spettatore che tutto è ormai deciso a prescindere, e il processo è un inutile balletto sulla testa del protagonista reale.

È scontato, ed appartiene ormai alle figure stilizzate del cinematografo e della letteratura, l'atteggiamento oracolare del magistrato in ogni suo esprimersi, la bruschezza nel contrastare anche le più innocenti richieste di ascolto di certi malcapitati, e la perentorietà del comando a pronunciarsi con un sì o con no, quando è noto che possono correre intere praterie tra l'uno e l'altro.

Né posso dimenticare qualche intemperanza del tipo *«la sbatto in galera»*, forse spiegabile con la spudoratezza delle menzogne ascoltate, ma certamente meno decorosa della reazione di un altro collega che soavemente ammoniva: *«badi che lei ha il diritto di mentirmi, ma io non ho il dovere di crederle»*. E non sto a ricordare – per non ripetere luoghi comuni (i quali tuttavia «sono i più frequentati», Flaiano *dixit*) – il giudice donna in udienza con minigonne temerarie, o il pubblico ministero *macho* assai portato a rappresentare la parte del poliziotto cattivo: chi vuole parli pure di moralismo spicciolo, ma il cittadino osserva e ricorda.

E poi non solo io ma tutti ricordiamo la sequenza di testimoni in attesa di una chiamata che arriverà (quando non si tratterà addirittura del solo annuncio di un rinvio) dopo ore ed ore di attesa su panche inospitali: e per converso sappiamo, a nostro piccolo conforto, quanto apprezzata sia la sensibilità dei rari giudici che scaglionano le chiamate lungo l'arco della mattinata, o quanto meno annunciano la probabile successione delle future, o comunque si sforzano di alleggerire la sofferenza di chi sta rendendo un servizio civile.

8. A suggello di tutto si staglia, poi, l'incredibile linguaggio curiale, che viene propinato ai novizi attraverso quel veicolo conformativo che sono le sentenze dei "migliori", le decisioni riportate nei repertori e assimilate con lo zelo che giustamente si deve a chi funge da modello. Il linguaggio delle sentenze ha già avuto le sue analisi approfondite; ma anche in quelle analisi molta attenzione viene dedicata alle strutture del pensiero – il "come ragiona un giudice" – e poca alla impressionante vetustà del linguaggio, quasi una corazza dentro la quale rinserrarsi come scudo, una impettita liturgia ad intimidire le inevitabili critiche. Ma in quale altro documento moderno accade ancora di leggere espressioni incartapecorite come la *«siffatta decisione»*; o la *«fattispecie»*, o *«il prefato decreto»*, che si sposa con la *«più volte menzionata norma»*, o, peggio, con *«la sullodata disposizione»*? per non parlare del malcapitato *«prevenuto»*, che sarebbe l'imputato, e che si guarda bene dall'avere preconcetti come la parola suggerirebbe, essendo unicamente preoccupato dalla sua condizione di imputato: formule tutte che talora persino il nostro blando correttore automatico rifiuta di digerire.

Forse non ce ne rendiamo conto, ma i nostri provvedimenti – l'unico strumento con il quale, secondo il vecchio precetto, ci sarebbe consentito di "comunicare" con il mondo – offrono di noi un'immagine pesantemente fuori del tempo, che ritorna in quelle malaccorte interviste televisive, nelle quali il gergo iniziatico viene talvolta reso ancor più rugginoso dalla perentorietà priva di cautele.

In tanto paludato linguaggio (che, a onor del vero, si riverbera sul, e si nutre del, linguaggio legislativo) si staglia un piccolo gioiello normativo che ci ricorda come deve essere il nostro *comunicare* professiona-

le. Mi riferisco al primo comma dell'articolo 192 del codice di procedura penale, molto meno analizzato dei tormentati commi successivi, là dove chiede al giudice, nella sentenza, di dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. Quel *"dare conto"* è un prezioso compendio di procedura democratica, una consapevolezza che il decidere appartiene alle funzioni superiori, ma al tempo stesso è sottomesso alla responsabilità di presentarsi ad un ideale uditorio della ragione, che è chiamato a consentire con il percorso mentale seguito.

Quel "dare conto" è presente anche in ogni altro "comunicare", in particolare in quella accezione dalla quale abbiamo preso le mosse. Se nell'articolo 192 esso rivela i percorsi mentali dell'estensore, nella nuova accezione esso manifesta la considerazione che il magistrato ha della dignità del suo interlocutore. All'uditorio della ragione si sostituisce l'uditorio dell'umanità. Un collega raccontava che il complimento più gradito ricevuto da un cittadino, destinatario del suo operato, era la frase «mi ha dato torto, ma mi ha trattato con rispetto».

Gli autori

Clementina Barbaro, *responsabile del Gruppo di lavoro sulla qualità della giustizia della Cepej*

Edmondo Bruti Liberati, *già procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano*

Raffaella Calandra, *giornalista, Radio24-Sole 24Ore*

Corrado Caruso, *associato di diritto costituzionale, Università di Bologna*

Claudio Castelli, *presidente della Corte di appello di Brescia*

Donato Castronuovo, *ordinario di diritto penale, Università di Ferrara*

Elisabetta Cesqui, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Maria Giuliana Civinini, *magistrato, Co-Agente del Governo di fronte alla Corte Edu ed esperto giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia di fronte al Consiglio d'Europa*

Martina Condorelli, *dottoranda di ricerca in diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e Università Paris II Panthéon-Assas*

Claudio Costanzi, *già tirocinante presso il Tribunale di Torino*

Pietro Curzio, *presidente di sezione della Corte di cassazione*

Giancarlo De Cataldo, *consigliere Corte di appello di Roma*

Beniamino Deidda, *già procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Firenze*

Ombretta Di Giovine, *ordinario diritto penale e diritto penale commerciale, Università di Foggia*

Massimo Donini, *ordinario diritto penale, Università di Modena e Reggio Emilia*

Elvio Fassone, *già magistrato, già senatore della Repubblica italiana*

Luigi Ferrarella, *giornalista, Corriere della Sera*

Giorgio Fidelbo, *presidente sezione della Corte cassazione*

Emanuela Fronza, *ricercatrice confermata di diritto penale, Università di Bologna*

Simone Gaboriau, *présidente de chambre honoraire de la cour d'appel de Paris, ancienne présidente du Syndicat de la Magistrature (France); co-fondatrice de Medel*

Antoine Garapon, *già magistrato, responsabile de l'Institut des hautes etudes sur la justice di Parigi*

Nicoletta Giorgi, *avvocato, componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*

Patrizia Giunti, *ordinario di diritto romano e diritto dell'antichità, Università di Firenze*

Alberto Giusti, *consigliere della Corte di cassazione*

Paolo Grossi, *presidente emerito della Corte costituzionale*

Mariarosaria Guglielmi, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*

Franco Ippolito, *già presidente di sezione della Corte di cassazione, presidente della Fondazione Lelio e Lisli Basso*

Daniela Lecca, *magistrato, già portavoce del Consiglio superiore della magistratura rumeno*

Vittorio Lingiardi, *ordinario di psicologia dinamica, Sapienza, Università di Roma.*

Vincenza (Ezia) Maccora, *presidente aggiunto sezione gip del Tribunale di Milano*

Andrea Natale, *giudice del Tribunale di Torino*

Francesco Petrelli, *avvocato, Foro di Roma*

Daniela Piana, *professore di scienza politica, Dar, Università di Bologna; Icedd Luiss Roma*

Giuseppe Pignatone, *procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*

Luca Pressacco, *dottore di ricerca in procedura penale e diritto delle prove, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

Renato Rordorf, *già presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore di Questione Giustizia*

Nello Rossi, *già avvocato generale presso la Corte di cassazione, componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura,*

Enrico Scoditti, *consigliere della Corte di cassazione*

Carlo Sotis, *associato di diritto penale, Università della Tuscia*

Armando Spataro, *già procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino*

Donatella Stasio, *giornalista*

Enzo Vincenti, *consigliere della Corte di cassazione, direttore del Ced della Corte di cassazione*