QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Il diritto di Crono

Il multiculturalismo
e le Corti

2017

1

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore
Renato Rordorf

Vicedirettore
Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione
Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, 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, 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
direttore responsabile:	Andrea Meccia
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

I trimestre 2017 - chiuso in redazione in aprile 2017

Sommario

Editoriale
di *Renato Rordorf* Pag. 3

Obiettivo 1. Il diritto di Crono

Introduzione a «Il diritto di Crono»
di *Daniele Cappuccio* e *Giovanni Zaccaro* ” 5

Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare
di *Alberto Macchia* ” 9

Il tempo del procedimento penale, tra angoscia della prescrizione e conquista di buone prassi
di *Giuseppe Battarino* ” 14

Il tempo e la difesa
di *Cataldo Intrieri* ” 21

Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso *Eternit*
di *Alberto Aimi* ” 27

L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena
di *Riccardo De Vito* ” 39

Le stagioni della prescrizione estintiva
di *Giacomo Travaglino* ” 48

L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio
di *Roberto Pardolesi* ” 76

Per una quantificazione economica della lesione del diritto all'oblio
di *Alice Pisapia* ” 86

***Délai raisonnable* del processo innanzi alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo:tutela rimediale, efficienza e qualità della giustizia**
di *Francesco De Santis di Nicola* ” 93

Giudicato civile e identità nazionale (un appunto con contrappunto sul caso Taricco)
di *Remo Caponi* ” 105

La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea
di *Paolo Ferrua* ” 109

Obiettivo 2. Il multiculturalismo e le Corti

Introduzione a «Il multiculturalismo e le Corti»
di *Giacinto Bisogni* ” 118

Multiculturalismo e Costituzione
di *Gaetano Azzariti* ” 120

I reati cd. “culturalmente motivati” commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali
di *Fabio Basile* ” *126*

I reati culturalmente motivati tra conflitti normativi e dimensione geopolitica: l’escissione come *crime* nella giurisprudenza francese
di *Lucia Bellucci* ” 136

L’uguaglianza, la diversità e il diritto: *vive la différence*!
di *Michele Graziadei* ” 154

Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo
di *Guido Raimondi* ” 159

Come dare più spazio alle culture e alle differenze culturali nei giudizi davanti alle Corti (*Making room for Culture in the Court*)
di *Alison Dundes Renteln* ” 167

Processi culturali e spazi giuridici. Dal Bangladesh all’Italia: migrazioni, protezione umanitaria e reinterpretazione del divieto di patto commissorio
di *Mario Ricca* e *Tommaso Sbriccoli* ” 179

Il giudice antropologo e il *test* culturale
di *Ilenia Ruggiu* ” 216

Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte di cassazione
di *Giuseppe Salmè* ” 233

Cronache americane

La protezione dei beni culturali, fra interessi pubblici, diritti dei singoli, sicurezza collettiva
di *Luigi Marini* ” 239

Gli autori ” 249

Editoriale

Gli scritti contenuti nella prima parte di questo numero della Rivista ruotano intorno ad un tema difficile. Hanno a che fare con il tempo. E riflettere sul tempo, quale che sia il punto di vista dal quale lo si faccia, provoca inevitabilmente un senso di vertigine e talora persino d'inquietudine: sia che ce lo raffiguriamo, il tempo, nella forma mitologica del dio Crono mentre brandisce la sua terribile falce, sia che torniamo con la mente all'immagine simbolica della clessidra sospesa nel muro alle spalle della «Melencolia» nella stupenda incisione di Albrecht Dürer. In un celebre passo delle sue Confessioni Agostino d'Ippona, interrogandosi su cosa sia il tempo, osserva che: «*se nessuno me lo chiede lo so; se voglio spiegarlo a chi me lo chiede non lo so più*». Altro del resto è il tempo oggettivo, il cui scorrere uniforme è misurato dagli orologi e dai calendari ed è registrato nei libri di storia, altro il tempo soggettivo, mutevole assai nel suo andamento, talora disordinato e frantumato nel riemergere incerto della memoria: quello che fa dire a Simone Weil, in alcuni passi dei suoi Quaderni, che «*il rapporto tra il tempo e me è il tessuto della mia vita*», e che «*la contemplazione del tempo è la chiave della vita umana*».

Ciò che avvertiamo con certezza è che il tempo inesorabilmente e progressivamente modella gli uomini nel corpo e nell'anima, e siccome i diritti appartengono agli uomini altrettanto immancabilmente esso incide sui loro diritti. In molti modi: talvolta concorrendo a generarli o a misurarne la portata, o viceversa estinguendoli o precludendone comunque l'esercizio, o segnandone i confini, o comprimendoli e perciò facendo sorgere diritti riparatori.

Il rapporto tra tempo e diritto è perciò ambiguo, come lo è tra il tempo e la vita.

Il tempo – quello che è alle nostre spalle – talvolta opera stratificando, consolidando, dando certezza: tale è, ad esempio, il tempo della consuetudine, che diviene norma e come tale è avvertita, o il tempo dell'usucapione, che salda definitivamente il rapporto tra il possidente e la cosa posseduta. Un tempo che si fa memoria e nella memoria stabilizza le situazioni giuridiche cui si riferisce. Un tempo, per certi aspetti, rassicurante, che lega passato e presente e che nelle tracce lasciate dall'uno ritrova il valore dell'altro.

C'è però un'altra faccia del tempo, forse meno tranquillizzante, perché ci costringe a confrontarci con la perenne mutevolezza delle cose – con il «πάντα ῥεῖ» eracliteo – e perciò con la perenne instabilità delle situazioni. Un tempo che segna il distacco, che cancella il passato o ne esclude comunque gli effetti: come ad esempio nelle figure giuridiche della decadenza e della prescrizione (sia in diritto civile sia in diritto penale) o nella pur ancora in parte controversa figura del diritto all'oblio.

Ma il tempo può essere anche intervallo, distacco, e sotto questo aspetto proiettare la propria ombra sul diritto in termini ancor più generali. Mi riferisco a quel segmento temporale che necessariamente separa il fatto da cui sorge il bisogno di tutela di un diritto leso (oppure dell'accertamento della sua esistenza e dei suoi limiti), o in cui si manifesta la violazione di una regola dell'agire che l'ordinamento esige sia sanzionata, ed il momento in cui la tutela o la debita sanzione effettivamente sopravvengono. La celebre affermazione di Chiovenda, secondo cui il tempo occorrente a far valere il proprio diritto non dovrebbe mai andare a scapito del titolare di quel diritto, esprime più una aspirazione ed una tendenza ideale che non una realtà concretamente e pienamente attuabile. Possono darsi, in quel lasso di tempo, eventi che modificano irreversibilmente la situazione di fatto cui dovrebbe applicarsi la norma giuridica invocata dalla parte, e ne impediscono o limitano l'applicazione; ed il tempo può produrre mutamenti oggettivi e soggettivi così profondi da rendere incongrua una sanzione irrogata per un fatto del passato a carico di chi potrebbe esser frattanto divenuto altro da quel che era. La pena, del resto, benché sovente modellata proprio in ragione della sua durata nel tempo e quindi destinata a protrarsi nel tempo, per ciò stesso dovrebbe potersi modulare in funzione dei mutamenti che il tempo apporta, forse ben più di quanto gli strumenti giuridici forniti dall'ordinamento davvero lo consentono.

Ma può anche accadere che sia il quadro giuridico a modificarsi nel tempo, e spesso muta il cd. diritto vivente, per effetto di una diversa interpretazione di norme preesistenti. Il che pone difficili domande sia in ordine ai limiti di ammissibilità di disposizioni di legge retroattive, sia in ordine alle conseguenze di imprevedibili *revirement* giurisprudenziali sulle vicende giudiziarie in atto, con quel che ne deriva in termini di eventuale lesione della legittima aspettativa di giustizia delle parti in causa.

Il tema, come credo già queste brevi osservazioni valgano a far comprendere, è troppo ampio e sfaccettato per consentire una trattazione completa di ogni suo aspetto in un numero di pagine limitato quale quello di un fascicolo di *Rivista*; ed è così ricco di implicazioni anche metagiuridiche da richiedere, per poter essere esplorato fino in fondo in tutti i suoi meandri, un approccio di tipo interdisciplinare. Sia pure in termini necessariamente parziali, è parso però interessante esaminarne nelle pagine successive di questo numero se non tutti almeno alcuni aspetti, e farlo da punti di vista diversi, come assai bene illustra la puntuale introduzione di Daniele Cappuccio e Giovanni Zaccaro.

Se volessi trovare un legame tra il tema del tempo, cui è dedicata la prima parte di questo numero della *Rivista*, ed il multiculturalismo del quale si parla nella seconda parte, lo cercherei nel sentimento dell'inquietudine. Parlare di multiculturalismo significa infatti parlare di persone che migrano da una cultura ad un'altra, dal luogo d'origine in cui anche il loro mondo interiore si è formato ad un luogo diverso a cui quel mondo interiore è estraneo ma in cui deve faticosamente cercare di inserirsi. Ed allora mi vengono alla mente le parole di un grande analista della psiche umana, Eugenio Borgna, (in *Il tempo le la vita,* Feltrinelli, 2015, p. 76), il quale scrive: «*Quando siamo in esilio, o abbiamo cambiato casa, o siamo stati sradicati dalla nostra patria, non si modifica solo il tempo interiore, il tempo vissuto, ma anche lo spazio vissuto: il modo di vivere e di sentire lo spazio*»: e poi aggiunge: «*Spazio e tempo, drasticamente mutati nella loro forma e nelle loro risonanze emozionali, si fanno categorie inquietanti e stranianti*». Donde la nostalgia, la malinconia, il dolore dell'anima. È questo lo sfondo umano in cui si situa l'odierno, dolente fenomeno migratorio, che non manca ovviamente di riflettersi anch'esso in quel grande specchio della società e della storia che è il diritto.

L'ordinamento giuridico, ogni ordinamento giuridico, è espressione della cultura della società in cui si situa, dei valori che quella società considera essenziali al suo modo di essere e di come essa concepisce la reciproca convivenza dei propri associati. Credo che ciò sia vero da sempre, indipendentemente dall'evoluzione storica che di volta in volta ha fatto emergere diversi possibili centri di produzione delle norme operanti all'interno dei diversi contesti sociali, Ma, sotto alcuni aspetti, mi sembra che ciò si manifesti con ancor maggiore evidenza in un'epoca come la nostra, nella quale la crisi dello Stato quale produttore esclusivo del diritto ed unica fonte della legalità del sistema giuridico, con tutto quello che ciò comporta in tema di disordine e scarso coordinamento di norme, sempre più numerose ed eterogenee, sta facendo riemergere la fondamentale importanza del cd. diritto vivente. Un diritto che, pur nei limiti più o meno elastici fissati di volta in volta dal legislatore, si fonda su opzioni interpretative che hanno radice appunto nei valori culturali espressi dalla società; valori che il giudice (ed il giurista in genere) deve perciò saper cogliere con attenzione, intelligenza ed equilibrio.

Compito da sempre difficile (e *Questione giustizia* ha cercato di approfondirlo nell'ultimo numero trimestrale dell'anno scorso), ma tanto più difficile da quando quei valori culturali cui accennavo, spesso frutto di tradizioni e di narrazioni storiche elaborate secondo modelli monolitici nell'epoca degli stati nazionali, sono chiamati a confrontarsi con una realtà ben diversa e molto più articolata e complessa.

Il giurista postmoderno (per dirla con Paolo Grossi) ha già dovuto fare i conti con la crisi del diritto statuale provocata, soprattutto nel mondo occidentale, dalla cosiddetta «globalizzazione»: fenomeno che ha interessato principalmente i traffici economici con evidenti ricadute sui sistemi giuridici dei Paesi coinvolti. Il ravvicinamento e la reciproca contaminazione tra gli ordinamenti di *common* e di *civil law* in ambito europeo, ed al tempo stesso il raffronto viepiù serrato con il diritto statunitense, ne sono la più evidente espressione. Ma non solo di questo si tratta: è ora all'interno stesso delle singole comunità statuali che si va sempre più ponendo il tema della coesistenza di tradizioni culturali e sociali differenti, ed appare fin troppo evidente che l'impressionante fenomeno migratorio al quale già accennavo accentuerà progressivamente questo aspetto.

Qui si colloca, appunto, il tema del multiculturalismo. Un tema che, per le ragioni che ho cercato sommariamente di indicare e che anche l'introduzione di Giacinto Bisogni mette assai bene il luce, riveste per il giurista in genere e per il giudice in particolare un enorme interesse, non solo per ragioni culturali di ordine generale, ma perché il cercare di comprendere come il più frequente e ravvicinato contatto tra culture diverse oggi può riflettersi sui principi e sui valori posti a base dell'ordinamento giuridico – a cominciare da quelli costituzionali – è essenziale all'esercizio stesso della giurisdizione.

Renato Rordorf

Marzo 2017

Introduzione a «Il diritto di Crono»

di *Daniele Cappuccio* e *Giovanni Zaccaro*

La relazione tra tempo e diritto è tema classico, ampiamente arato, nei secoli, da maestri del pensiero e filosofi del diritto – da Hume e Kierkegaard sino a Heidegger ed Husserl (e, per venire ad epoche ed ambienti a noi più prossimi, Bruno Romano) – cui *Questione Giustizia* si accosta senza ambizioni di inquadramento sistematico e con il più circoscritto scopo di verificare, sotto una pluralità di angoli visuali, le ricadute del decorso del tempo.

L'interesse nasce – oltre che dalla considerazione, scontata, per la quale la durata di qualsivoglia procedimento finisce, specie negli ambiti "sensibili", con il condizionare, fino a neutralizzarla, l'effettività della risposta di giustizia, ovvero, al contrario, a stravolgerne il senso e la funzione – dalla poliedricità ed eterogeneità delle interazioni che, nel panorama italiano ed internazionale, connettono il naturale divenire e l'esercizio della giurisdizione; senza dimenticare, d'altro canto, che lo scorrere degli anni può far sorgere e consolidare, invece che estinguere, situazioni giuridiche della cui salvaguardia occorre discutere.

Se questo è il raggio di azione, non sorprenderà che la *Rivista* si sia, innanzitutto, interessata dell'istituto della prescrizione penale che, precludendo la definizione del procedimento con un accertamento sul merito della pretesa punitiva, certifica, in qualche misura, la sconfitta dell'ordinamento e che costituisce oggetto, immediato o riflesso, di alcuni dei contributi qui raccolti, a partire da quello di Paolo Ferrua, dedicato al principio della ragionevole durata del processo.

Ferrua, criticate le ricostruzioni dell'istituto consacrato nell'art. 111 Cost. che ne esaltano, in dichiarato ossequio alla sua matrice convenzionale, la dimensione soggettiva di diritto vantato dall'individuo nei confronti dei pubblici poteri, gli assegna un concorrente, e per certi versi preminente, ruolo di garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia.

È al legislatore che, in questo contesto, spetta contemperare i valori, di rango costituzionale, che vengono in rilievo, senza cadere nella tentazione di sterilizzare, qualificandole come abusive, condotte finalizzate all'utilizzo, in chiave dilatoria, delle garanzie riconosciute alla difesa.

Un tema, quello del rapporto tra etica professionale e ragionevole durata del processo penale, che Ferrua analizza, dunque, dal *coté* di una impostazione accademica laica e liberale: ben più radicale è, invece, l'intervento di Cataldo Intrieri, convinto che l'adozione di un punto di vista meno inquinato da luoghi comuni e letture conformistiche conduca ad esiti sorprendenti in ordine alla lentezza del procedimento penale prima ancora che alla sue cause.

Dal punto di vista dell'avvocato, il processo corre a due velocità grazie, nella sostanza, ad un uso francamente eccessivo della custodia cautelare dal quale discendono, a cascata, inesorabili accelerazioni – come, ad esempio, nel caso del cd. «giudizio immediato cautelare» – che incidono sulla tempestività e la completezza dell'accertamento.

Lo spauracchio della prescrizione, seppure riferito ad un problema endemico e reale, viene agitato, secondo questa linea di pensiero, in modo improprio, quando non addirittura per celare l'irresistibile tentazione a mantenere margini per operare, tra le notizie di reato, una selezione solo formalmente rispettosa del canone di obbligatorietà dell'azione penale e volta, al di là delle apparenze, a mantenere preziosi margini di manovra.

Non si sottrae al confronto dialettico a tutto campo, anche su questi profili, Giuseppe Battarino che, rifuggendo da un approccio anche solo latamente militante e fideistico, enuclea i sentieri, a volte stretti ed impervi, attraverso i quali è a suo modo di vedere possibile, a legislazione data e non valicando il perimetro di accettabili punti di riferimento teorici, recuperare spazi di efficienza alla giurisdizione e sottrarla allo spreco di attività nel quale tante volte si risolve una pronunzia di prescrizione.

Ciò, muovendo, sul piano teleologico, da una visione incentrata sulla riconducibilità dei singoli snodi procedimentali ad un unico fine e, su quello culturale e di politica del diritto, dalla promozione di prassi e comportamenti che, evitando il rischio connesso alla

segmentazione ed all'autoreferenzialità, assecondino la condivisione di obiettivi e strumenti tra i diversi soggetti, siano essi interni o meno all'ordine giudiziario, coinvolti nell'agone processuale; nel sincero auspicio – scrive Battarino - che un'apertura di fiducia nell'alveo della correttezza possa essere ripagata in migliore efficienza e risparmio di tempi e nel parallelo convincimento che l'agire giudiziario razionale costituisca unico efficace antidoto rispetto a derive colpevolmente lassiste o, al contrario, inutilmente efficientistiche.

Discorso a parte merita un profilo del tutto peculiare del *modus operandi* della prescrizione, che attiene alla decorrenza della causa di estinzione del reato nel settore degli illeciti penali ambientali, più di altri connotato dalla naturale diluizione nel tempo delle condotte tipiche e dei loro effetti.

È Alberto Aimi ad occuparsi del tema o, meglio, di come esso è stato declinato lungo il corso del noto e tormentato procedimento penale relativo agli effetti pregiudizievoli, segnatamente per la salute umana, derivati dalla produzione e dalla diffusione nell'ambiente del materiale commercialmente conosciuto con il nome di *Eternit*.

La puntuale esposizione e disamina critica delle importazioni via via privilegiate dagli organi, requirenti e giudicanti, che si sono pronunziati sul caso fa da preludio a conclusioni in cui la sostanziale condivisione della soluzione adottata dalla Corte di cassazione – che ha temporalmente collocato la consumazione del reato e, quindi, l'inizio della decorrenza della prescrizione in epoca tale da aver determinato l'estinzione del reato già prima dell'emissione della sentenza di primo grado – si accompagna alla denunzia della necessità di un intervento riformatore che si appunti, oltre che sulla determinazione della quantità di tempo necessario a provocare l'effetto estintivo, sulla specificazione delle regole deputate all'individuazione del *momento* dal quale il tempo della prescrizione deve essere computato, all'attualità ancorate a categorie – quelle, rispettivamente, del reato «tentato», «consumato» e «permanente» – cui se ne sono aggiunte, nella prassi altre, quali quelle del reato «a consumazione prolungata» o «reato abituale», per le quali è quantomeno opportuno individuare il momento di iniziale decorrenza della prescrizione.

Le interazioni tra tempo e pena costituiscono il *main focus* della riflessione di Riccardo De Vito, che le iscrive nella cornice del paradigma della risocializzazione indicato all'art. 27, comma 3, Cost. e nella conseguente creazione di un giudice, il magistrato di sorveglianza, deputato a seguire, lungo il corso, appunto, del tempo, l'esecuzione della pena e la persona che la patisce.

Enucleata la genesi storica della sanzione detentiva e della sua commisurazione temporale, De Vito – che non manca di segnalare, tra l'altro, la necessità di considerare l'incidenza sul piano esecutivo della durata dei processi penali e, correlativamente, dei termini di prescrizione – si interroga sulle attuali connotazioni e sugli effetti dello scorrere del tempo dentro il carcere, traendone il convincimento che ampia sia la distanza dell'istituzione dalla promessa costituzionale e siderali siano, del pari, le differenze tra l'ambiente intramurario e quello esterno.

Di qui si dipanano le proposte, già presenti nel dibattito scientifico e valorizzate anche in prospettiva riformatrice, per una penalità meno incentrata sul carcere, da utilizzarsi solo quale risposta alla criminalità più grave, e che apra il campo a scelte che indirizzino la pena verso terreni diversi dalla logica della mera separazione del condannato dalla società.

Non poteva mancare, all'interno di un approfondimento sui temi del rapporto tra tempo e diritto e della prescrizione, l'analisi, affidata ad Alberto Macchia, sui riflessi sistematici del dibattito innescatosi in conseguenza della nota sentenza «Taricco» della Corte di giustizia dell'unione europea, di recente culminato nella proposizione, da parte della Corte costituzionale, di apposita domanda di decisione pregiudiziale.

Si tratta di un terreno sul quale si intersecano considerazioni di valore, quali quelle legate alla concreta attitudine della disciplina interna della prescrizione a generare un effetto frustrante sul piano della effettività e dissuasività dell'apparato sanzionatorio, e riflessioni di portata più generale, che afferiscono alla natura dell'istituto, condizionata dalla sua genesi e dall'evoluzione storica ma, nondimeno, ritiene Macchia, tuttora contendibile, quantomeno in chiave di riforma.

Ed è proprio in quest'ottica che, preso atto delle più significative *défaillances* del sistema, si muovono le proposte più appropriate, a partire da quella che esclude l'operatività della prescrizione dopo l'emissione della sentenza di primo grado.

Il riferimento al contesto sovranazionale accomuna, poi, gli interventi dedicati, rispettivamente, al rispetto del principio di ragionevole durata del processo da parte delle Corti europee ed ai più rilevanti arresti in tema di diritto all'oblio.

Francesco De Santis di Nicola apre, da un canto, una interessante finestra sul mondo della Corte di giustizia dell'unione europea e di quella Edu e sul loro atteggiamento – che risulta, almeno in parte, diverso per ciascuno degli organi giurisdizionali – rispetto al problema dell'eccessiva dilatazione della durata dei procedimenti ivi introdotti.

I giudici del Lussemburgo, infatti, hanno di recente affermato, con una serie di pronunzie, il diritto della parte processuale al risarcimento dei danni provocati dal superamento del *délai raisonnable*, così

introducendo un meccanismo connotato da non marginali analogie con quello disegnato, in Italia, dalla cd. *«legge Pinto»*.

Sul piano esclusivamente organizzativo si pone, invece, la risposta approntata dalla Corte di Strasburgo, sprovvista di strumenti processuali atti a verificare la ragionevolezza della durata dei procedimenti colà promossi e tuttavia impegnata in un'azione di razionalizzazione e semplificazione – non priva di controindicazioni, per come evidenziato dalla prassi – finalizzata a concentrare le risorse nell'esame delle questioni più significative e, comunque, a contenere i tempi delle decisioni.

Nella cornice europea si iscrivono, ugualmente, i contributi di Roberto Pardolesi ed Alice Pisapia, aventi ad oggetto il cd. *diritto all'oblio* – espressione che, a riprova della riconducibilità degli argomenti trattati in questo *obiettivo* ad un minimo comune denominatore, è stata utilizzata, anche dalla Corte costituzionale, con riferimento al tema della prescrizione penale – specificamente inteso alla stregua di diritto dell'individuo a non vedere pubblicate alcune notizie relative alla propria identità rispetto alle quali è ormai trascorso un notevole torno di tempo.

Punto di partenza dell'analisi è la nota sentenza *Google Spain* della Corte di giustizia dell'unione europea, pervenuta ad approdi nei cui confronti Pardolesi mostra di nutrire più di una perplessità, specie nella misura in cui penalizza l'attività svolta dal motore di ricerca piuttosto che quella di chi ha immesso l'informazione sul web; così come non appaiono scevre di contraddizioni, quando non addirittura di conseguenza paradossali, le decisioni di legittimità e di merito intervenute sul versante nazionale.

Sullo sfondo, si staglia la necessità di adeguare senza stravolgerne l'impostazione, alla luce della rivoluzione digitale, la riflessione su valori eterni e temi classici quale, *in primis*, quello della tensione tra l'aspirazione dell'individuo alla *privacy* e l'interesse pubblico alla circolazione dell'informazione, sottesa, da ultimo, alla pronunzia resa dalla Corte di giustizia dell'unione europea il 9 marzo 2017 in materia di conservazione dei dati inseriti nel registro delle imprese e, quindi, di contemperamento tra il *diritto all'oblio* e le esigenze di trasparenza connesse al corretto funzionamento dei mercati.

Alice Pisapia, dal canto suo, pone attenzione, oltre che all'indirizzo espresso dalla Corte Edu, alla più recente normativa eurounitaria (il riferimento attiene al Regolamento n. 679/2016, la cui entrata in vigore è fissata all'aprile 2018), che ha reso più stringente la tutela del diritto ad ottenere la rettifica o la cancellazione dei propri dati personali e la cui efficacia dovrà, però, essere testata in ragione dell'utilizzo che ne faranno, innanzitutto, i giudici nazionali, cui resta demandata, in ultima analisi, la garanzia di questo come di ogni altro diritto fondamentale.

Altrettanto significative sono le ricadute della relazione tempo\diritto nel settore civile, ove il tempo necessario per ripristinare l'equilibrio alterato dall'illecito, sia esso contrattuale o meno, costituisce non occasionale veicolo di consolidamento dell'asimmetria anziché del suo superamento, specie nelle articolazioni della giurisdizione connotate, come in ambito lavoristico, dalla diversa forza negoziale delle parti.

Del tutto peculiare è, del resto, la relazione tra scorrere del tempo ed incidenza dell'intervento giurisdizionale nelle materie, quale quella delle persone e della famiglia, in cui la dimensione fattuale, con la sua continua, inarrestabile ed irreversibile evoluzione, si impone e prevale su quella giuridica.

L'orizzonte civilistico fa da sfondo agli interventi di Giacomo Travaglino e Remo Caponi.

Travaglino si impegna in una speculazione a tutto campo, intesa, innanzitutto, a verificare se ed in quale misura il volto della prescrizione estintiva sia mutato rispetto alla sua configurazione tradizionale.

Puntuali riferimenti alle origini dell'istituto sono il preludio al richiamo alla sua dimensione sostanziale, privilegiata a fronte delle ricostruzioni più inclini ad esaltare ricostruzioni di stampo processualistico, cui segue l'analisi dei caratteri morfologici della fattispecie.

Si perviene, per tale via, al cuore della riflessione, volta a scrutinare gli effetti che la contemporanea ottica di tutela del contraente debole e del danneggiato ha prodotto sulla prescrizione quale presidio di esigenze di certezza del diritto.

Il quadro che emerge, filtrato alla luce degli orientamenti della giurisprudenza interna e, soprattutto, sovranazionale, si connota, rileva Travaglino, per la tendenza al superamento della questione volta a comprendere se i termini prescrizionali riguardino l'estinzione del diritto o l'improponibilità, imponendosi, piuttosto, una prospettiva imperniata sull'obiettivo di garantire l'effettività della tutela rimediale.

Sostanzialmente inesplorato rimane, nel contesto dell'obiettivo, il tema della relazione tra il tempo del processo e quello della decisione e, in particolare, delle conseguenze prodotte da spinte volte, al fine di ottenere un verdetto il più rapido possibile, a contrarre i tempi dell'accertamento giurisdizionale e della pubblicazione dei motivi della decisione.

La questione involge le politiche di degiurisdizionalizzazione e la tendenza alla sommarizzazione dei riti; ad essa non è aliena quella, pure di primario interesse, ricorrente a fronte di processi penali di grande rilevanza sociale o particolarmente seguiti dai *media*, che involge la ricerca di soluzioni che consentano all'opinione pubblica di cogliere le ragioni essenziali

di una decisione, senza attendere i tempi, necessariamente lunghi per il deposito dei motivi.

Al riguardo, è stata proposta una sorta di comunicazione sintetica ed informale dei motivi, contestuale alla lettura del dispositivo, finalizzata a prevenire le polemiche che spesso si scatenano, ancora prima di conoscere i percorsi argomentativi del giudice, nella pendenza dei termini per il deposito delle motivazioni.

L'indagine di Caponi è dedicata al giudicato civile ed ai limiti della sua intangibilità, da rivedersi alla luce della crisi della tradizionale idea che la sentenza definitiva di merito è l'unico mezzo per l'accertamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e della conseguente irrilevanza della sentenza ingiusta.

Caponi, sebbene convinto del rango costituzionale dei valori a cui presidio si pone il giudicato, rileva, così rivedendo, almeno in parte, un suo precedente convincimento, che, al cospetto di diversi, concorrenti, valori tutelati dalla Costituzione, il bilanciamento possa operarsi nel senso di un cedimento del giudicato.

Un tema, questo, che assume nuove sfumature nella dimensione internazionale e sovranazionale, caratterizzata dall'intervento di altre Corti giudiziarie, come dimostrato, di recente, dal caso «Taricco».

La constatazione della crisi del giudicato e dunque dell'idea che vi siano decisioni definitive, che durino nel tempo, è l'anello di congiunzione con un'ulteriore declinazione della questione dei rapporti fra tempo e diritto.

Concludendo questa introduzione, ricordiamo che con l'obiettivo abbiamo affrontato il tema del tempo nel diritto, ossia della diversa efficacia che il tempo possa avere come fattore di creazione o di estinzione di diritti.

Residua quello, ulteriore ed in certo senso speculare, del diritto nel tempo, ossia dei modi e dell'opportunità che le regole giuridiche mutino con il tempo.

La legislazione insegue la realtà empirica, sempre più velocemente mutevole. Esiste, nondimeno, un nocciolo duro che deve resistere alla continua novella legislativa, indifferente alle necessità (se non alle ansie) riformatici? La rigidità degli ordinamenti (e delle Costituzioni sulle quali si fondano) è un freno all'efficienza del sistema od una garanzia a fronte della tirannia della maggioranza del momento?

Il rapporto fra legge e tempo è storicamente regolato secondo il principio per il quale la legge successiva modifica o sostituisce quella precedente, con il noto limite garantista che giammai potrà incriminare o sanzionare condotte precedenti alla sua entrata in vigore.

Negli anni più recenti, tuttavia, è emersa preponderante la produzione normativa di matrice giurisprudenziale. Al tema abbiamo dedicato tutto l'ultimo numero del 2016. Ci chiediamo, però, quanto debba consolidarsi e rimanere costante nel tempo un orientamento giurisprudenziale perché assuma il valore di fonte. È il tema che ci ha consegnato la Corte costituzionale italiana, dopo la sentenza «Varvara» della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ancora, ci domandiamo cosa accade se l'incriminazione di una condotta discende, non già da una novella legislativa, ma dal consolidarsi di una diversa interpretazione della medesima norma. Anche in questo caso, l'interrogativo è provocato da quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso nel caso «Contrada».

Per ora è opportuno sollecitare il dibattito; presto, torneremo ad affrontare questi argomenti in modo organico, in un ideale seguito di questo obiettivo.

Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare

di *Alberto Macchia*

La prescrizione, specie dopo il noto caso Taricco, è nuovamente tornata sotto il fuoco dell'attenzione generale. Istituto a metà strada tra il diritto sostanziale e quello processuale, richiederebbe, forse, una rilettura meno condizionata dalle contingenze e più orientata verso orizzonti di sistema. Ridefinirne la disciplina sembra, ormai, scelta non più differibile, anche se le attuali iniziative parlamentari paiono percorrere strade "vecchie" e tutt'altro che soddisfacenti.

Esistono da sempre, nel diritto, istituti *concettualmente* problematici che, a cadenze fisse, sembrano emergere dal letargo per divenire terra di scontro ideologico.

Uno di questi è senza dubbio la prescrizione, visto che, specie negli ultimi anni, ad una sempre più asmatica gestione dei processi, ha ineluttabilmente finito per corrispondere la *mannaia del tempo*, con l'ovvio epilogo di una vanificazione di procedimenti, in alcun casi anche a forte impatto emotivo.

La Cassazione, come è noto, ha tentato qualche rimedio, attrezzando «filtri» più o meno funzionali, che hanno finito per innalzare sensibilmente la «soglia» della «manifesta infondatezza», rendendo quel parametro di apprezzamento dei ricorsi sempre più evanescente e tale da atteggiarsi come una sorta di inespresso potere di cestinazione. Inammissibilità del ricorso anche come «strumento occulto» per impedire la prescrizione dei reati? Il dubbio può cogliere, se è vero, come è vero, che il tema della operatività della prescrizione, anche in presenza di ricorso inammissibile, ha evocato l'intervento, in ben tre occasioni, delle Sezioni unite (l'ultimo, in ordine di tempo, è la sentenza Ricci, n. 12602 del 17 dicembre 2015).

Che la disciplina della prescrizione induca elementi di *torsione* nel sistema è, quindi, un dato di fatto, che, né le iniziative della Cassazione, né la «riforma» operata con la nota legge *ex* Cirielli hanno risolto; anzi – a detta di molti – specie per talune «classi» di reato, quest'ultima novella avrebbe addirittura peggiorato la situazione precedente.

Eppure, quello che a tutta prima potrebbe sembrare un problema tanto *incancrenito* da apparire difficilmente risolvibile sul piano strutturale – non apparendo all'orizzonte volontà politica e iniziative tali da comportare soluzioni *rivoluzionarie*, atte a riconfigurare il *volto* stesso di questo antico rimedio contro il *tempo che scorre* – assume, oggi, una pregnanza, una attualità e, a mio avviso, una urgenza tutta nuova, alla luce delle *provocazioni* indotte dal diritto comunitario, dopo la nota sentenza Taricco, ed il recentissimo tentativo di *dialogo*, *suggerito* dalla Corte costituzionale a seguito di quella pronuncia, con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In breve. Con la ormai conosciutissima sentenza Taricco, la Grande camera della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha affermato che l'art. 325 del Tfue impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale (vale a dire la disciplina che regola la interruzione della prescrizione nel caso di pluralità degli atti interruttivi e la previsione di un tetto massimo circa il tempo necessario per prescrivere il reato) quando ciò gli impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Il *dictum* della Grande camera si fonda su un presupposto fattuale e normativo essenziale e schematico. Alla luce di quanto dedotto nella ordinanza con la quale era stato sollevato il quesito pregiudiziale – ha osservato infatti la Corte di Lussemburgo – «le disposizioni nazionali di cui trattasi, introducendo una regola in base alla quale, in caso di interruzione della prescrizione per una delle cause menzionate all'articolo 160 del codice penale, il termine di prescrizione non può essere in alcun caso prolungato di oltre un quarto della sua durata iniziale, hanno per conseguenza, date la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali che conducono all'adozione di una sentenza definitiva, di neutralizzare l'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione. Qualora – osserva dunque la Corte - il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, Tfue, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione Pif nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, Tue.».

La sostanza è che, in base al diritto dell'Unione, per come interpretato dalla Corte di giustizia, il nostro *sistema* della prescrizione *fa acqua*, per lo meno nella parte in cui, stabilendo un limite temporale alle interruzioni, genera, accanto alla lunghezza dei processi penali, un effetto *frustrante* sul piano della effettività e dissuasività dell'apparato sanzionatorio: il che, a me sembra, è come dire – sia pure sotto il ristretto fuoco dei reati in materia di Iva – che la legge e la giustizia hanno fallito il loro compito.

Poco interessa, per quello che qui rileva, il coro di voci critiche che hanno, in varia misura e sotto differenti profili, stigmatizzato la decisione della Grande camera: quello che *fa riflettere* è il risultato. Il giudice nazionale viene infatti invitato a *disapplicare* la disciplina sulla prescrizione, quante volte si avveda di una sua *incongruità* di fondo rispetto a casi gravi e reiterati di violazioni penali (non importa a cosa), che, nella prospettiva del Giudice della Unione, condurrebbe ad una vanificazione della «effettività e dissuasività» della pena.

Una censura, dunque, severa e di natura – come oggi si usa dire con espressione non proprio elegante – «sistemica».

Evocata, come è altrettanto noto, sul versante dei «controlimiti» costituzionali che la sentenza Taricco coinvolgeva, con l'ordinanza n. 24 del 2017 la Corte costituzionale ha sollevato, davanti alla stessa Corte europea, questione pregiudiziale sulla interpretazione da annettere all'art. 325 Tfue ed alla stessa sentenza Taricco, nella fin troppo evidente prospettiva di allacciare un *dialogo*, inteso a *contenere* la portata di quella decisione all'interno dei limiti di compatibilità costituzionale.

Al di là del *ponte* tracciato dai giudici della Consulta (non sappiamo se stabile o di tipo, per così dire, *tibetano*), mi sembra interessante notare come l'ordinanza della Corte si sia fatta carico di mettere in evidenza la circostanza che, a differenza di altri Paesi che muovono da una concezione processuale della prescrizione, l'Italia, come la Spagna, ha viceversa accolto una concezione sostanziale di tale istituto, rendendolo perciò stesso soggetto ai principi di legalità, tassatività e irretroattività, con la conseguenza che occorre verificare se la regola desumibile dalla sentenza Taricco rispetti il requisito della determinatezza che deve caratterizzare tute le norme di diritto penale sostanziale, tanto alla luce dei principi costituzionali, che in base all'art. 7 della Cedu, per come costantemente interpretato dalla Corte di Strasburgo.

«Ciascuno Stato membro – ha puntualizzato l'ordinanza della Corte – è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale»; ma è evidente che, da una siffatta opzione, devono poi trarsi tutte le conseguenze del caso.

Dunque, mi sembra di poter desumere, la prescrizione, da un lato, non può ritenersi, in sé, istituto "costituzionalmente delineato", nel senso che i suoi connotati non appaiono né definiti, né in qualche modo postulati dalla Carta fondamentale; mentre, dall'altro lato, non può neppure reputarsi che la sua *natura*, processuale o sostanziale che sia, e la sua disciplina, soffrano – o debbano comunque sopportare – un qualche specifico vincolo di rango costituzionale, trattandosi di opzioni squisitamente riservate al legislatore.

Dubito, quindi, personalmente, che quelle scelte debbano essere orientate, come pure si esprime l'ordinanza, «in conformità alla [...] tradizione costituzionale» di ciascun Paese, dal momento che, per quanto ci riguarda, la nostra Costituzione mi sembra essere del tutto anodina sul punto.

È evidente, però, che, al di là di qualsiasi approccio nominalistico, ciò che conta è il concreto atteggiarsi dell'istituto nel sistema, ad evitare possibili «truffe delle etichette»: ma una volta che la *scelta di campo* ove collocare la prescrizione sia stata compiuta dal legislatore, le conseguenze – stavolta anche sul piano costituzionale – non potranno essere che quelle limpidamente tracciate nella ordinanza della Corte.

Il che, ci sembra, è come dire: legislatore, se vuoi, sei (costituzionalmente) libero di ripensare la prescrizione come causa di estinzione del reato, posizionandola in un quadro di misure che si rifletta esclusivamente sul terreno del processo. Un buon viatico, se vogliamo, per trattare il tema secondo prospettive più ampie rispetto alle anguste, parziali e tutto sommato inutili (se non dannose) "miniriforme" che hanno sin qui visto la luce.

Sul punto, credo, che qualche sguardo *all'indietro* possa tornare comodo.

La prescrizione, infatti, è un istituto bizzarro, perché sfugge – come s'è fatto cenno - ad una vera e propria definizione: e la sua "storia" ne è, a mio avviso, fedele testimonianza.

Accomunato – quasi come se si trattasse di un unico fenomeno giuridico – da una identità di *nomen* e di struttura, tanto nel diritto civile (ove dava luogo ad un fenomeno «estintivo» e ad uno «acquisitivo» dei diritti, in luogo della usucapione), che in quello penale («vizio di origine» che si è portato addosso per molto tempo), ha *saltellato* e continua a saltellare in una *terra di nessuno*, a mezza strada tra il diritto sostanziale e quello processuale, secondo un *pendolarismo* che la sua stessa natura anfibia indubbiamente asseconda. La contaminazione e la prevalenza processuale sono svelate dalla sua stessa origine.

Come ci ricorda Manzini, infatti, «l'ipotesi più soddisfacente è che il concetto di prescrizione penale sia sorto attraverso le ingiunzioni romane d'ordine processuale, intese a ottenere che i processi penali non si protraessero soverchiamente. Dapprima si stabilirono i termini massimi per le diverse fasi del procedimento; ma quando le procedure di *cognitio* è d'accusa cominciarono a divenire eccessivamente prolisse, i giudici rispetto a queste ultime, fissarono all'accusatore un termine massimo entro il quale doveva esaurire la sua attività processuale. Sotto Costantino tale prassi giudiziaria diventò precetto di legge; il termine venne fissato ad un anno, e poi, da Costantino, fu portato a due».

Nel codice Zanardelli, la prescrizione veniva configurata come istituto direttamente collegato alla *vita* della azione penale: stabiliva, infatti, l'art. 91 che la «prescrizione, salvo i casi nei quali la legge disponga altrimenti, estingue l'azione penale…». Il tutto, peraltro, in un quadro normativo di riferimento nel quale, in campo civile, l'istituto si atteggiava in termini decisamente *sostanzialistici*. L'art. 2105 del codice civile del 1865, infatti, stabiliva che «la prescrizione è un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione». Seguivano, poi, le varie disposizioni che individuavano il tempo necessario per prescrivere le varie "azioni" (reali, personali e quelle previste per le prescrizioni più brevi), in tal modo assegnando a tale espressione il valore di «diritto» ontologicamente correlato alla corrispondente pretesa fatta valere. In sostanza, anche l'*azione* aveva una sua corposa dimensione *sostanziale*, secondo quelle che erano le visioni dogmatiche dell'epoca, fortemente influenzate dagli approdi di *sistema* cui era pervenuta la scuola postpandettistica tedesca.

Con Rocco, la prospettiva muta radicalmente e, anche qui, non per una scelta che potremmo definire di "politica legislativa", ma per una opzione di sapore eminentemente *teorico*. Come emerge dalla relazione ministeriale sul progetto preliminare del codice del 1930, infatti, vennero abbandonate tutte quelle locuzioni che facevano riferimento alla estinzione della azione penale, proprio traendo spunto dalle riflessioni che avevano accompagnato la teoria generale dell'azione in campo civile. «Secondo una recente dottrina processualistica – si legge infatti nella *relazione* – il significato tradizionale dell'azione penale ha subìto un mutamento sostanziale. Essa considera l'azione come un'entità del tutto distinta dalla pretesa che si intende far valere. Questo concetto, che trova riscontro in campo civilistico (dove si discute se la prescrizione estingua il diritto o l'azione, e si vuole, nelle obbligazioni, distinguere il *debitum* dalla responsabilità), presenta non poche variazioni nelle formulazioni dei diversi scrittori, ma in tutte rimane costante l'impossibilità d'identificare l'azione con la pretesa giuridica che ne è l'oggetto. Discende da ciò che l'azione, di per sé, non sia suscettiva di estinzione, non potendosene impedire l'attivazione anche quando sia venuto a mancare il fondamento della pretesa; ond'è che, quando la legge penale o quella civile parlano di estinzione dell'azione penale o dell'azione civile, intendono riferirsi, non all'azione, ma al rapporto giuridico oggetto della pretesa, e così, nel campo penale, al reato considerato non come fatto (che il fatto è una realtà storica insopprimibile), ma come entità giuridica, secondo la classica espressione del Carrara».

Da qui, la *riconversione* della prescrizione come istituto penale sostanziale, di estinzione del reato e non della azione.

Ma questa esigenza di *simmetria* dogmatica non tiene conto del fatto che, mentre il contratto vive a prescindere dalla azione – di cui, anzi, rappresenta, per così dire, il profilo eventuale e, per certi aspetti, patologico – (spettando alle parti il *potere* di crearlo, modificarlo, darvi esecuzione od estinguerne gli effetti), il reato (e con esso la individuazione del suo autore) non vive affatto di *luce propria*, ma ha bisogno di un giudice che ne dichiari la giuridica «esistenza» ed applichi le conseguenze di legge: e ciò, su impulso di una azione, pubblica, obbligatoria ed irretrattabile, che non ha nulla a che vedere con una *pretesa* di diritto sostanziale fatta valere in giudizio.

La prescrizione penale vive, dunque, nel processo e per il processo, nel senso che, al di fuori di esso, è un "nulla" da un punto di vista giuridico, esattamente come è un "nulla" il reato che, pure, "dovrebbe" far estinguere.

Eppure, – malgrado talune resistenze espresse da una parte della dottrina – la affermata natura «sostanziale» della prescrizione, proprio perché ormai *scritta* dal codice del 1930, parrebbe essere un dato acquisito, anche se, tra il concetto di azione penale, quale configurato dal legislatore del 1930, e quello odierno, dovrebbe essere tracciato un netto distinguo – se non altro alla luce dei principi costituzionali – al punto da legittimare la possibilità di "riesaminare" le logiche che ispirarono (come si è visto) il "marchio" sostanzialistico dato alla prescrizione.

Sul piano costituzionale, poi, la nostra Corte – come è stato ricordato anche nella ordinanza n. 24 del 2017, di cui si è prima detto – non sembra mostrare perplessità di sorta.

È costante, infatti, l'affermazione secondo la quale «Sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della durata ragionevole del processo [...] – la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale [...]», la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune» [...]; dall'altro, «al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela» (tra le tante, sent. n. 143 del 2014 e 45 del 2015). Il reato si prescrive, dunque, allorché sia raggiunta una soglia temporale ragionevolmente sufficiente «a decretare, in via presuntiva, il disinteresse sociale per la repressione del fatto commesso». (sent. 143 del 2014 cit.).

Ma una volta ammesso che la prescrizione sia (comunque la si voglia intendere) un istituto costituzionalmente compatibile, possiamo poi affermare che la stessa sia anche un *rimedio* costituzionalmente imposto? Non lo è certamente nel caso dei reati "gravi" o di allarme sociale elevato, perché nessuno dubita del fatto che, in simili frangenti, la "memoria" non sfuma e non giustifica alcuna presupposizione di "oblio"; ma, allora, altrettanto potremmo dire per i casi in cui il decorso del tempo non sia indice di "inerzia" (*contra non valentem agere non currit prescriptio*), perché l'azione penale è stata comunque esercitata, evocando l'intervento del giudice su una certa regiudicanda.

Se non c'è inerzia, non ci può essere alcun "diritto" all'oblio, con l'ovvia conseguenza che, una volta rimossa la "inazione", il "diritto" è al processo e non alla prescrizione.

D'altra parte, mi sembra colga nel segno l'affermazione di quanti ritengono addirittura contraddittorio evocare l'"oblio" nei confronti del reato, dopo che per esso è stata esercitata l'azione penale e intrapreso il processo, dal momento che è proprio attraverso il giudizio che lo Stato *mette in scena* la rievocazione, e dunque la *reminiscenza* del fatto, del suo autore e di chi ne è rimasto vittima.

Dunque, anche in quest'ultimo caso, la Carta fondamentale non sembra proprio inibire discipline che *sterilizzino* la prescrizione con l'inizio del processo.

Ne consegue, a me sembra, che la prescrizione "endoprocessuale" (vale a dire quella che si "sviluppa" dopo l'esercizio della azione penale), proprio perché correlata ad una scelta che mira a rimuovere la possibilità di "oblio," non può avere, concettualmente, nulla a che vedere con la "durata ragionevole" del processo: valore, questo, che deve essere preservato in sé e per sé, a prescindere dallo *spauracchio* della prescrizione.

Altrimenti, la prescrizione può e deve (nuovamente) "riconvertirsi" in istituto pienamente e tipicamente processuale. A mio avviso, *tertium non datur*.

Il problema è, semmai, un altro: ed è quello delle diverse garanzie che possono scaturire da un eventuale "processualizzazione" dell'istituto; e, fra queste, in particolare, la irretroattività *in peius* delle eventuali modifiche normative circa il relativo regime. Tema, questo, particolarmente delicato, proprio alla luce del *novum* rappresentato proprio dalla sentenza Taricco della Corte di giustizia della Unione europea, dal momento che questa circoscrive il tema della irretroattività ai soli reati ed alle pene, a differenza di quanto invece accade nel nostro sistema, ove quella garanzia si proietta su qualsiasi istituto sostanziale che interagisca sul trattamento penale previsto per un determinato reato.

Resta il fatto, però, che è l'Europa a imporci, ormai, un *cambio di passo*: il problema, evidentemente, è stabilire come. Se, ancora una volta, attraverso *pannicelli caldi* che "ritocchino" questo o quel termine, concentrando l'attenzione su questo o quel reato, a seconda delle contingenze del momento (in linea con quella perversa logica di *pendolarismo* normativo di cui purtroppo siamo vittime da decenni), o cercare di «prendere il toro per le corna», stabilendo qualcosa di ragionevole sul piano del sistema. Personalmente, non ho dubbi che sia quest'ultima la strada da percorrere; il che, però, dovrebbe indurre all'abbandono di quelle iniziative – parziali e farraginose – che albergano in Parlamento.

Non pensando realisticamente attuabile una trasformazione dell'istituto in chiave esclusivamente processuale (le "tradizioni", d'altra parte, pesano come macigni) credo che la scelta di "far morire" la prescrizione con la sentenza di primo grado rappresenti uno *scossone* che può riequilibrare le contrapposte esigenze, di consentire, da un lato, che il tempo

e l'"oblio" collettivo evitino un processo *superfluo* e dannoso (come si può pensare di rieducare una persona a distanza di tanti anni dal fatto e che è, quindi, *ontologicamente* diversa da quella che ha commesso un reato del quale la coscienza collettiva ha sostanzialmente *perso memoria*?); dall'altro, di scongiurare il pericolo che, una volta accertato il fatto e il reato (sia pure con sentenza non irrevocabile), il seguito della vicenda giudiziaria possa essere strumentalizzato a fini diversi dalla definizione, nel merito, della regiudicanda.

Ecco la ragione per la quale termini di prescrizione e durata ragionevole del processo sono e devono restare temi che si muovono su binari paralleli e non comunicanti fra loro. Che, poi, l'eventuale durata *irragionevole* debba ammettere meccanismi compensatori, è un fatto evidente, dal momento che – comunque – e come la Corte costituzionale ha recentemente sottolineato nella sentenza n. 45 del 2015 – la condizione di «eterno giudicabile» deve essere ritenuta costituzionalmente incompatibile.

D'altra parte, la previsione secondo la quale la prescrizione non operi dopo la sentenza di prima grado (secondo quanto è previsto in Germania, dall'art. 78 b, comma 3, cod. pen., in Svizzera, dall'art. 97, comma 3, cod. pen., mentre in Spagna la prescrizione non opera dopo l'esercizio della azione penale, a norma dell'art. 132, comma 2, cod. pen.), non sembra neppure soluzione eccentrica rispetto all'attuale quadro normativo, se si considera che, già adesso, la prescrizione successiva alla pronuncia di primo grado non preclude la decisione sugli eventuali diritti civili, in base all'art. 578 cod. proc. pen., e neppure la decisione sulla confisca, dopo la sentenza Lucci del giugno scorso delle Sezioni unite (Sez. un., n. 31617 del 26 giugno 2016, Lucci).

Qualche osservazione credo vada fatta anche in merito al profilo della decorrenza della prescrizione, dal momento che la varietà dei *fenomeni* che possono essere coinvolti da tale specifico aspetto è notevole e con riflessi di grande risalto.

Un primo punto che è senz'altro opportuno *ritoccare* è quello che riguarda i reati a sfondo sessuale commessi in danno di minorenni. La decorrenza del termine di prescrizione del reato dal compimento del quattordicesimo anno di età risponde, infatti, ad esigenze fin troppo evidenti, correlate ad un *minimum* di maturazione psicofisica della vittima, con connessa capacità di autodeterminazione, anche ai fini della denuncia dei fatti. Il tutto, d'altra parte, non soltanto alla stregua di quanto previsto al riguardo in altri Paesi europei (Germania, Austria, Francia, Paesi Bassi, Svezia), ma anche in consonanza con la Convenzione di Lanzarote del 1° luglio 2010 (L. 1 ottobre 2012, n. 172).

Altro aspetto che personalmente riterrei necessario rivedere riguarda il *dies a quo* della prescrizione nel reato continuato, dal momento che appare assai sfuggente la "logica" della soppressione – ad opera della cosiddetta legge Cirielli – della decorrenza della prescrizione dalla cessazione della continuazione (in origine coerentemente prevista tanto dall'art. 158 del codice del 1930 che dall'art. 92 del codice Zanardelli), dal momento che la diversa e tradizionale opzione si poneva in stretta aderenza a quella che era la *ratio essendi* della continuazione, oggi, purtroppo, in larga misura negletta nelle applicazioni giurisprudenziali. La identità del disegno criminoso, infatti, non diversamente dalla "medesima risoluzione" che compariva sotto l'art. 79 del codice Zanardelli, evocava – ed evoca – una *reductio ad unitatem* dei diversi reati in quanto la relativa serie concatenata, si iscrive all'interno di un unitario "programma" che, per esser tale, ha necessariamente un inizio ed una fine. Si diceva, esemplificando, i diversi piccoli furti commessi dalla domestica, assumono i connotati della continuazione in quanto realizzati nel quadro di un unico progetto inteso a raggranellare la somma sufficiente per comprare il corredo alla figlia. Ma se il "programma" deve necessariamente prevedere un suo sviluppo ed un suo termine (altrimenti, la continuazione – come non di rado accade – finisce per applicarsi a chi si limita a voler realizzare più furti, perché di professione fa il ladro), mi sembra del tutto logico che il *dies a quo* della prescrizione debba coincidere con la cessazione della continuazione, così come accade per la permanenza, vale a dire nel momento in cui la condotta antigiuridica si è "integralmente" perfezionata.

Per ultimo, ma non ultimo, altro profilo che credo meriti di essere sottolineato, sempre in tema di decorrenza della prescrizione, è quello – assai problematico in punto di fatto – rappresentato dai cosiddetti reati di accumulo: vale a dire, quei "fenomeni" criminosi rispetto ai quali il momento perfezionativo deriva dalla "stratificazione" di condotte, spesso diluite in un lungo arco cronologico. I nuovi delitti di inquinamento e disastro ambientale rappresenteranno indubbiamente, sotto questo aspetto, un difficile banco di prova, anche per la estrema vaghezza dei profili definitori che li caratterizzano. Ma il pensiero corre, prevalentemente, alle situazioni in cui vengano in rilievo condotte di pericolo per la incolumità pubblica o per la salute, rispetto alle quali i profili di lesività si rivelino solo a distanza di moltissimo tempo dalla relativa "esposizione": come, purtroppo, non di rado accade, in vari casi di infortuni o malattie professionali. L'esperienza dell'Eternit o le vicende dell'Ilva o di Porto Marghera sono fin troppo note. Una quota parte di reati che presentino le indicate caratteristiche dovrà pertanto, a mio avviso, essere "isolata" proprio ai fini della prescrizione, ad impedire che il decorso del tempo renda non punibili condotte talora gravissime e suscettibili di impatti devastanti rispetto a valori di indubbio risalto primario.

Il tempo del procedimento penale, tra angoscia della prescrizione e conquista di buone prassi

di *Giuseppe Battarino*

L'ineludibilità dei presupposti della prescrizione non consente di inseguire reazioni emotive a singole vicende giudiziarie, o invocare reiterati interventi normativi di allungamento dei termini, ma impone la necessità di affrontare fattivamente il tema del tempo del procedimento e della sua gestione.

L'individuazione di passaggi concettuali che possono generare buone prassi orienta a un agire giudiziario razionale nel quale alla finitezza delle risorse corrisponde il loro uso migliore, evitando che la prescrizione di un reato venga percepita come manifestazione di inefficienza, o come sospetto strumento di diseguaglianza, o come esito di indifferenza del magistrato ai diritti la cui tutela gli è affidata.

L'orientamento di ciascuna fase del procedimento al proprio risultato essenziale e la necessità di visione finalistica condivisa tra i soggetti, vengono esaminati con riferimento a singole norme e a elementi suscettibili di produrre funzionalità (acquisizione di informazioni; trasmissione di informazioni; scelte procedimentali) collocati entro punti di riferimento teorici e definiti da parole-chiave.

1. Nell'esercizio della giurisdizione il tempo è uno strumento, ed è un vincolo.

La corretta considerazione, giuridica e di fatto, del suo scorrere, consente lo svolgersi di attività procedimentali in una sequenza ordinata e corrispondente all'esigenza che esse occupino un tempo definito.

Nel procedimento penale la previsione di tempi tende altresì a realizzare un equilibrio tra efficienza degli apparati e garanzie dei soggetti coinvolti.

Uno degli sfondi dello scorrere del tempo del procedimento penale è la possibilità di prescrizione del reato, vista prevalentemente come intollerabile *perdita di senso* di un fiume di attività, talora onerose, che anziché trovare una foce si insabbia nell'improcedibilità.

L'incombere della prescrizione può dunque generare angoscia: qualificata, secondo la lezione di Kierkegaard, dalla *possibilità* di un evento avverso (che la distingue dalla paura e dalla disperazione): tale è quell'incombere, in un paradossale *dies incertus an, certus quando* (nella variabilità dei termini in funzione degli atti compiuti; o non compiuti).

Una delle reazioni – possibili e praticate – è il rovesciamento di questa *angosciosa* prospettiva in un contrario: il *dies certus an* della prescrizione, la certezza che alcuni (o molti) procedimenti o processi in essa incapperanno.

Talora, con un passaggio ulteriore, la prescrizione viene singolarmente percepita come possibilità/opportunità di selezione non codificata dell'esercizio dell'azione penale.

Contesti culturali – se non addirittura emotivi – che generano prassi comprese in uno spettro che va dall'iperdinamico al consapevolmente statico (dall'esasperazione degli *affari semplici* all'*armadiatura* dei fascicoli).

Ciò che ragionevolmente una riflessione generale su questo tema si può proporre è l'individuazione di snodi concettuali che possono generare buone prassi; cercando, se possibile, di collocarli entro accettabili punti di riferimento teorici. Non dunque una descrizione casistica ma sintetiche proposizioni intorno ad alcuni termini-chiave.

2. Il procedimento penale, che nasce con l'iscrizione della notizia di reato, è ontologicamente unico, nella sua fase necessaria – che arriva sino alla scelta del pubblico ministero tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale – e nelle sue fasi even-

tuali: quella processuale e quella, ulteriormente subordinata ed eventuale, dell'esecuzione penale.

I presupposti per una corretta gestione delle risorse e il possibile sviluppo di prassi utili sono il cogliere l'essenza funzionale di ciascuna delle fasi, e dunque l'orientamento di ciascuna al proprio risultato; e la visione finalistica condivisa tra i soggetti del procedimento penale di ciò che accade in tutte le sue fasi.

Si può sinteticamente descrivere l'essenza funzionale della fase delle indagini come definizione progressiva del tema di una possibile accusa e costruzione del supporto probatorio di essa; della fase del processo come verifica (*prova di resistenza*) dell'accusa oltre ogni ragionevole dubbio; della fase dell'esecuzione come modificazione della realtà fattuale o giuridica.

In ciascuna fase si collocano fattori progressivi e fattori ostativi o regressivi rispetto a queste funzioni. Il primo dei fattori regressivi, con riflessi anche sul tempo del procedimento penale, è il compimento di atti che solo in seguito si riveleranno *inutiliter dati*, in quanto nulli o annullabili.

Da questo punto di vista la soglia anticipata di comportamento utile può essere data dalla percezione dei *vizi degli atti* come sottoinsieme dell'*imperfezione degli atti*. È controproducente la consapevole confezione di un atto *opinabile* – assumendo il rischio di potenziale ostacolo o regressione – allo scopo di ottenere risultati sostanzialistici o di tentata accelerazione. Anzi, al contrario: l'elemento unificante degli atti processuali deve essere l'obiettivo della *qualità totale*: un'idea organizzativa nata nell'ambito dei processi produttivi ma ormai divenuta riferimento scientifico esteso ai comportamenti e alle culture delle organizzazioni. D'altro canto nel codice di rito si colloca in questa dimensione l'*aura* generata dall'art. 124 cpp: gli atti e le azioni dei soggetti del procedimento devono corrispondere al rispetto integrale delle norme (il parametro di qualità totale) a prescindere dalla (possibile) «nullità o altra sanzione processuale».

Le questioni di validità degli atti non esauriscono evidentemente le cause di *disfunzione temporale del procedimento penale*, la cui diacronica costruzione di senso e produzione di risultato può subire rallentamenti, fermate, regressioni.

3. L'esame di singole norme o passaggi procedimentali in una logica di miglioramento della *produzione di risultato* può essere sinteticamente svolta con riferimento a tre elementi suscettibili di produrre funzionalità o, al contrario, disfunzionalità: acquisizione di informazioni; trasmissione di informazioni; scelte procedimentali.

«Speditezza, economia ed efficacia delle indagini» costituiscono un principio procedimentale codificato nell'art. 371 cpp.

Ciò vale in termini generali, ma l'intestazione della norma a «rapporti tra diversi uffici del pubblico ministero» induce all'attenzione sul tema dell'*ingegneria dei fascicoli*.

Riunione e separazione, valutazione della connessione, sono strumenti di corretta individuazione dell'oggetto delle indagini, ma anche di prefigurazione degli sviluppi, procedimentali e processuali.

In tal senso dovrebbe costituire un'attività standardizzata negli uffici di procura l'effettiva *profilatura dell'indagato*: in applicazione dell'art. 66-*bis* cpp ma anche per verificare le possibilità di riunione di procedimenti o comunque di valutazione unitaria delle sue condotte.

Ripensare il valore dell'originaria scelta codicistica del *favor separationis* può servire a evitare accumuli che non rispondono a esigenze di efficacia della futura azione penale, anzi la contraddicono.

Compete agli uffici requirenti la valutazione della sussistenza di ipotesi di reato di cui si possa individuare l'autore, non l'effettuazione di *operazioni* che a volte corrispondono a talune ansie di visibilità delle polizie giudiziarie ma che prefigurano maxi indagini non sempre giustificate e non necessariamente destinate a sfociare in maxicondanne.

In questo senso va altresì valutata la risoluzione prospettica delle questioni di competenza per territorio, prevedendo future possibili conseguenze regressive in fase processuale, con l'anticipazione della corretta devoluzione territoriale anche prima di eventuali iniziative in materia di libertà personale, salve imprescindibili esigenze di indagine.

L'orientamento della polizia giudiziaria alla visione funzionale del procedimento e non all'autoreferenziale statistica di denunce o privazioni di libertà è elemento imprescindibile di efficacia.

Ma quell'orientamento si può promuovere anche incidendo su aspetti apparentemente minori, o dati per scontati: ad esempio sulla forma degli atti di polizia giudiziaria, spesso ancorata a modulistica non utile all'efficiente trattazione negli uffici di procura bensì tralaticia e vetusta.

Talora questa scadente forma si traduce in negativa sostanza, e si può misurare, negli atti di polizia giudiziaria, il peso dell'improprio trasferimento all'amministrazione della giustizia, mediante querele burocraticamente redatte, di compiti di tutela ordinaria della sicurezza dei cittadini: con l'effetto di omettere l'intervento immediato sui conflitti e di prefigurare l'insoddisfazione dei cittadini per gli esiti giudiziari, dilazionati nel tempo o che il decorso del tempo vanifica.

Una ricognizione in entrata delle notizie di reato relative a conflitti interpersonali, analizzate per provenienza e tipologia di condotte, può consentire interventi correttivi, migliorando il flusso delle informazioni.

Tra gli snodi processuali, uno dei più rilevanti nella prospettiva della corretta gestione delle risorse, è la scelta del pubblico ministero tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale: quest'ultima razionalmente possibile senza dilapidare risorse, ivi compreso il tempo del procedimento, solo se il materiale di indagine superi il severo vaglio della sostenibilità dell'accusa in giudizio, secondo il dettato dell'art. 125 disp. att. cpp.

Laddove azione penale vi debba essere, un esame del Libro VI del Codice di procedura penale in termini di peculiarità e possibilità di *gestione dei riti* va necessariamente compiuto in stretto raccordo tra gli uffici di procura, del giudice per le indagini preliminari, del dibattimento.

Fermi restando i vincoli giuridici che determinano le possibilità di scelta delle forme dell'azione penale, queste ultime sono suscettibili, con quel raccordo, di essere classificate in funzione della loro verificata efficacia, utilizzando le statistiche non solo per consentire a ciascun singolo ufficio la soddisfazione di esibire alti numeri ma per verificare quali siano le scelte produttive di risultati processuali effettivi: numeri anch'essi ma finali.

Si consideri, ad esempio la scelta del decreto penale di condanna, in cui la verifica, nelle concrete condizioni degli uffici, dei tempi effettivi che intercorrono tra richiesta ed emissione, dei tempi di notifica, di quelli per la celebrazione dei giudizi di opposizione, può rivelare come la *scelta breve* sia al contrario una scelta produttiva di inefficacia, quantomeno per alcune tipologie di reato.

Una particolare forma di esercizio dell'azione penale, vale a dire l'applicazione della pena in corso di indagini preliminari, ai sensi dell'art. 447 cpp, può rappresentare un esempio di efficace investimento comunicativo. La proposta può provenire "da una parte" o essere congiunta, e dunque l'iniziativa può essere del pubblico ministero. Una proposta di applicazione di pena proveniente dal pubblico ministero, accompagnata da un contenuto informativo sulle acquisizioni di indagine già stabili e da un addebito provvisorio analiticamente formulato – destinato a diventare imputazione nell'accordo per l'applicazione della pena – è suscettibile di ridurre drasticamente i tempi del processo. Questa funzione può essere adempiuta, con analoghi effetti, da un avviso di conclusione delle indagini preliminari comprensivo di una proposta di applicazione di pena.

Come si è avuto occasione di dire, la visione funzionale della fase delle indagini preliminari si incentra sulla definizione progressiva del tema della possibile accusa che, se esercitata l'azione penale, diviene tema del processo.

La centralità di questo flusso informativo parte con l'iscrizione della notizia di reato.

La corretta applicazione dei due commi dell'art. 335 cpp consente di focalizzare da subito e progressivamente i dati essenziali del procedimento, che possono essere utilmente affinati in ognuna delle occasioni in cui il pubblico ministero sarà tenuto a formulare degli addebiti provvisori in corso di indagine, sino a quello contenuto nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

L'evoluzione degli addebiti provvisori verso l'imputazione rappresenta una *progettazione del tema dell'accusa* che scandisce il procedere del pubblico ministero, consente una consapevole finalizzazione delle attività d'indagine, costituisce un patrimonio conoscitivo.

La corretta e completa formulazione dell'accusa, in piena prospettiva [di sviluppo] dibattimentale, può prevenire dilazioni conseguenti all'applicazione degli artt. 516 ss. cpp, ma soprattutto la regressione prevista dall'art. 521, secondo comma, cpp nel caso in cui il fatto accertato risulti diverso da quello contestato.

I tempi del procedimento sono anche i tempi di trasferimento delle informazioni, un cui fattore di efficacia è l'individuazione e l'utilizzo di *tecnologie della cooperazione*, che consentano il trasferimento diretto tra uffici delle informazioni già acquisite sui soggetti e l'oggetto del procedimento, evitando duplicazione di attività.

La trasmissione dei contenuti informativi diviene efficace se si è consapevoli che l'informatica e la telematica sono strumenti e veicoli di conoscenza condivisa che richiedono elevati *standard* di qualità.

Vi è dunque l'esigenza che, alle forme codicistiche degli atti, indicate nell'art. 125 cpp, si associ una riflessione condivisa tra gli uffici su forma grafica, riconoscibilità, usabilità dei testi.

Un'esperienza giurisdizionale in tal senso è rappresentata dal «Protocollo per la redazione delle sentenze penali» del Primo presidente della Corte di cassazione (Ernesto Lupo), dell'11 gennaio 2012, nel quale si dice espressamente che «l'uniformità grafica ha una duplice finalità: a) quella di rendere formalmente omogenei i provvedimenti adottati dalla Corte di cassazione in vista di una loro immediata riconducibilità all'Ufficio inteso nel suo complesso, secondo l'esperienza già positivamente maturata dalla Corte costituzionale; b) quella di consentire, per il futuro, la trasmissione per posta elettronica delle intestazioni da parte degli uffici di cancelleria delle singole Sezioni con conseguente possibilità di completarle informaticamente con le conclusioni delle parti».

Il percorso verso la qualità degli atti postula la sperimentazione e costante verifica delle attività che il magistrato, particolarmente di procura, deve riservare a sé, e quelle che invece può, limitatamente, devolvere a collaboratori qualificati.

Va incidentalmente richiamata l'utilità di un ragionamento sulle *forme minime necessarie* in ogni ambito processuale: in particolare la scelta delle più semplici forme di comunicazione può essere direttamente supportata da una norma, come nel caso degli avvisi orali in udienza di cui all'art. 477, terzo comma, cpp, ovvero costruita in concreto.

Il procedimento penale è anche generazione di relazioni tra soggetti e parti processuali.

La considerazione delle persone informate sui fatti e dei testimoni come risorsa euristica ma anche come cittadini degni del massimo rispetto, anche al di là della semplice corretta applicazione delle norme, riduce la dispersione delle informazioni di cui le persone sono in possesso e la necessità di recuperarne la fiducia in ogni successiva fase.

Altrettanto è a dirsi degli indagati e delle occasioni di sentirli: la sempre meno praticata partecipazione del pubblico ministero agli interrogatori di convalida e di garanzia priva dell'occasione di un contatto diretto nel corso del quale l'illustrazione delle acquisizioni e dei possibili sviluppi di indagine (da parte di chi le ha svolte) può motivare l'indagato e il suo difensore a una soluzione più rapida della vicenda.

Può peraltro agire in senso positivo la formulazione di deleghe di interrogatorio mirate, in forza delle quali la polizia giudiziaria operi il più possibile in *stile giurisdizionale*.

Il rispetto integrale delle garanzie dell'indagato e dell'imputato agisce su almeno tre piani: costituisce doveroso rispetto delle norme e dei principi; evita le conseguenze regressive della violazione di norme che in questa materia possono manifestarsi anche a lunga distanza di tempo; può creare un'utile *compliance*.

Se il procedimento penale è flusso di informazioni, un fattore di incremento di efficienza dei suoi tempi è l'acquisizione massima di contenuti informativi nell'interlocuzione con i difensori, formalizzati in atti di indagine difensiva o contenuti in dichiarazioni promosse dal pubblico ministero.

Ma anche derivanti dalla pratica del *bench and bar*, la condivisione professionale tra magistrati e avvocati. Si tratta di argomento delicato e controverso: ma un'apertura di fiducia nell'alveo della correttezza può essere ripagata in migliore efficienza e risparmio di tempi. Per sfuggire alla contingenza nazionale: così descrive il *bench and bar* il report 2016 dell'associazione degli avvocati del Maryland: «facilitating communication, promoting discussion, and increasing exchange of ideas between members of the bench and the bar for more efficient administration of justice». Può accadere anche per un singolo procedimento.

L'introduzione di conoscenze scientifiche o specialistiche nelle indagini o nel processo può necessitare di tempi estesi. Di qui il valore preventivo di un'attenta valutazione dell'effettiva necessità di introduzione di conoscenze consulenziali o peritali nel procedimento penale (di «specifiche competenze», come recita l'art. 220 cpp). La presenza del magistrato nelle operazioni consulenziali e peritali (come previsto dagli artt. 224, secondo comma, ultimo periodo, e 228, quarto comma, cpp) può prevenire l'estensione dei tempi di esse; mentre la qualità e l'obiettività delle consulenze in fase di indagine, può ridurre i tempi delle attività dibattimentali, evitando la necessità di ulteriori perizie a fronte della possibilità di un serio – e ben governato dal giudice – confronto dibattimentale tra consulenti.

In termini più generali la valutazione dei tempi di acquisizione delle prove può influenzare la dialettica tra *pertinenza* e *abbondanza* delle fonti: tipicamente in materia di acquisizioni documentali ma spesso non estranea a scelte in materia di durata ed estensione delle intercettazioni.

Le intersezioni tra indagini e giudizio vanno al di là della prova di resistenza nel processo dell'ipotesi di accusa e producono snodi procedimentali con diretta incidenza sui tempi del procedimento e sui fenomeni ostativi o regressivi.

Così è a dirsi del riesame cautelare personale e reale come verifica parziale di merito dell'ipotesi accusatoria nel suo sviluppo: che quindi deve tenere conto – anche dichiaratamente - del *dictum* cautelare, non riducibile a mero incidente di percorso.

Altro fenomeno diffuso è la percezione della scadenza dei - fisiologici - termini di durata massima delle indagini preliminari come un passaggio burocratico: mentre si tratta, anche, di un campanello di allarme sull'efficacia delle indagini svolte e sull'effettiva praticabilità di ulteriori indagini. Può valere la pena di considerare l'ottenimento del provvedimento di proroga come *dies a quo* di rapide ulteriori indagini e non come annuncio di un nuovo e dilazionato *dies ad quem* per imprecisate indagini non svolte.

Il passaggio fondamentale dell'udienza preliminare diviene utile ai tempi del processo se essa viene vissuta come parte a pieno titolo della fase processuale e non come semplice *passaggio al futuro* [processo].

Si colloca qui un altro richiamo al tema della qualità. La sentenza della Corte costituzionale n. 142 del 22 aprile - 4 maggio 2009, nel dichiarare non fondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 416 cpp, sollevata con riferimento agli articoli 24, secondo comma, e 111, terzo comma, della Costituzione, offre considerazioni sulla qualità del fascicolo per l'udienza preliminare, trasmesso ai sensi dell'art. 416, secondo comma, cpp. Rispetto sostanziale del lavoro dell'*ufficio giudiziario a valle* e diritti delle parti fanno da cornice a una sentenza in cui si parla di invito al pubblico ministero a riordinare il fascicolo non indicizzato e si ipotizza il «deposito apparente» del fascicolo caotico di

impossibile lettura, concludendo: «l'interesse costituzionalmente tutelato delle parti e dell'intera collettività ad un sollecito svolgimento del processo penale richiede che non si irrigidisca, con una previsione di nullità, l'effetto della violazione delle disposizioni sulla formazione del fascicolo, ma che si lasci al giudice il potere e la responsabilità di adottare provvedimenti ispirati ad una reazione flessibile, proporzionale alle irregolarità riscontrate, nella prospettiva del soddisfacimento, nei singoli specifici casi, della prescrizione di cui all'art. 111, terzo comma, Cost.».

Nella stessa logica di pienezza giurisdizionale, il testo del decreto che dispone il giudizio può utilmente comprendere non solo il contenuto minimo di legge ma anche riportare sinteticamente l'esito di eventuali questioni processuali affrontate – sui soggetti, sugli atti – dandone conto in vista di un'eventuale riproposizione in sede dibattimentale.

L'ampiezza della produzione giurisprudenziale e della discussione dottrinale consente un sintetico richiamo alle questioni del valore della sentenza *ex* art. 425 cpp, la cui applicazione più estesa può anticipare gli esiti di processi destinati altrimenti a occupare dibattimenti con identico risultato di prosciolgimento; dell'ammissione del giudizio abbreviato condizionato, laddove l'uso non rigoroso dell'art. 438, quinto comma, cpp può generare simulacri di dibattimento, con conseguenze deteriori in termini di durata del processo; degli effetti negativi e dilatori dell'approccio all'applicazione di pena su richiesta delle parti come *rito semplice*, ad esito del quale la sentenza di cui all'art. 444 cpp va soggetta ad annullamento, ma anche a correzione successiva o a interventi integrativi in sede di esecuzione penale.

Il passaggio al dibattimento è anche la sede privilegiata possibile dell'uso di tecnologie della cooperazione e di tecniche della condivisione informativa, ad esempio nella gestione dei calendari e nella trasmissione degli atti.

In dibattimento il primo fattore di efficienza e corretta gestione del tempo è l'interpretazione dei ruoli da parte dei magistrati: in primo luogo il giudice, nella «direzione del dibattimento» (art. 470 cpp) e nelle diverse, e codificate, sollecitazioni al suo necessario *skill gius-organizzativo*: in tema di prova la capacità di prefigurare gli sviluppi dell'istruzione dibattimentale in relazione al tema del processo governa il rapporto sequenziale tra il primo e il quarto comma dell'art. 495 cpp, con la necessaria premessa della cura nelle valutazioni e iniziative fondate sull'art. 493 cpp (e l'accortezza nelle acquisizioni di cui all'art. 493, terzo comma, cpp: i *riti accorciati* e le forzature sull'acquisizione concordata di atti d'indagine non producono necessariamente efficienza e riduzione dei tempi ma possono rivelare le loro lacune solo al termine dell'istruzione dibattimentale).

Ad analoghe capacità corrisponde l'uso migliore delle previsioni di intervento attivo nella gestione del processo, quali quelle disciplinate in materia di esame testimoniale dall'art. 499, sesto comma, cpp e in materia di discussione finale dall'art. 523, terzo comma, cpp; nonché nella sequenza logica tra applicazione dell'art. 506 e dell'art. 507 cpp, le cui conseguenze dilatorie – al di là della previsione dell'art. 509 cpp – possono essere rilevanti.

Quanto al pubblico ministero, l'autonomia effettiva in udienza, che è anche presupposto di scorrevolezza del processo, è fondata in primo luogo sulla possibilità per il rappresentante dell'accusa di conoscere compiutamente i fascicoli da trattare e di poterlo fare con continuità: in questo senso possono orientarsi verificabili sforzi organizzativi, anche quanto alla presenza in udienza dei pubblici ministeri onorari.

Tra gli orientamenti alle migliori scelte in funzione dei tempi del processo rientra la consapevolezza della progressione non lineare di allungamento dei tempi di impugnazione o di conseguimento dell'esecutività della sentenza in caso di motivazione contestuale (art. 544, primo comma, cpp), non contestuale (secondo comma) o nel termine fino a novanta giorni (terzo comma): scelte immotivate o non obiettive ma semplicemente autoorganizzatorie del termine di deposito più lungo sono l'innesco di una evitabile dilazione dell'esito del processo.

Infine un semplice richiamo alla necessità di reale percezione della fase di esecuzione come elemento di effettività della pronuncia giurisdizionale.

Una corretta visione di questo tipo evita il rischio di confinare la sentenza in un *tempo sospeso*, in cui nulla accade nel mondo dei rapporti giuridici e nel mondo delle cose.

Che questo possa invece accadere per debolezze nell'*amministrazione della sentenza* da parte delle cancellerie dei tribunali dopo il deposito della motivazione e la collazione o delle segreterie delle procure della Repubblica dopo la trasmissione degli estratti esecutivi, è questione che chiama in causa la necessità per il magistrato di guardare oltre il proprio singolo provvedimento e dei dirigenti degli uffici di gestire la complessità della giurisdizione

4. L'ineludibilità dei presupposti della prescrizione rende non ragionevole né utile inseguire reazioni emotive a singole vicende giudiziarie, o invocare reiterati interventi normativi di allungamento dei termini, ma impone la necessità di affrontare fattivamente il tema del tempo del procedimento e della sua razionale gestione.

Almeno tre sentenze recenti della Corte costituzionale contengono affermazioni significative su quei presupposti.

La sentenza n. 23 del 16 gennaio - 11 febbraio 2013, nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità dell'articolo 159, primo comma, del codice penale (sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione), individua la *ratio* posta a base della prescrizione dei reati nell'«affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati», nonché nel «diritto all'oblio» del cittadino «quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela». Esiste un diritto del cittadino a non essere esposto indefinitamente, o per un tempo di irragionevole durata, alla possibilità di essere processato. Anche perché l'esercizio del diritto di difesa postula la disponibilità di mezzi argomentativi e di prova contraria che il tempo affievolisce e disperde.

La sentenza n. 184 dell'8-23 luglio 2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*bis*, della legge 24 marzo 2001, n. 89 in materia di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari «anziché quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico». La formulazione della norma dichiarata incostituzionale escludeva che nel computo della durata del processo rientrasse il periodo occupato dallo svolgimento delle indagini preliminari (nel giudizio *a quo* oltre sei anni...).

La Corte richiama la giurisprudenza della Corte Edu (sentenze 16 luglio 1971, Ringeisen c. Austria; 15 luglio 1982, Eckle c. Germania; 10 dicembre 1982, Corigliano c. Italia; 19 febbraio 1991, Manzoni c. Italia; 26 febbraio 1993, Messina c. Italia; 4 aprile 2006, Kobtsev c. Ucraina) che tiene conto «del periodo che segue la comunicazione ufficiale, proveniente dall'autorità competente, dell'accusa di avere commesso un reato».

Il criterio di individuazione dell'incidenza del procedimento penale sulla sfera giuridica del cittadino è la conoscenza formale che egli ne abbia: la quale, afferma la Corte, costituisce l'inizio di un «patimento».

La realtà del processo come *pena in sé* per chi lo subisce contribuisce a giustificare l'istituto della prescrizione.

La sentenza n. 45 del 14 gennaio - 25 marzo 2015 si è occupata, dopo altre, della questione degli «eterni giudicabili», gli imputati in stato di irreversibile incapacità per i quali la sospensione del processo, ai sensi dell'art. 71 cpp, si protrae di fatto senza limiti: «la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 159, primo comma, del codice penale, nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile».

Come la Corte rileva, erano state sollevate varie questioni di legittimità costituzionale per porre termine a una sospensione processuale priva di una prospettiva finale, sempre ritenute infondate o inammissibili.

La riproposizione basata sulla prospettata illegittimità costituzionale della disciplina della sospensione della prescrizione ha consentito l'intervento della Corte costituzionale, che ne ha ritenuto illegittima una sospensione senza fine che determina l'imprescrittibilità di fatto del reato.

L'incompatibilità della sospensione della prescrizione con una situazione destinata a protrarsi indefinitamente nel tempo è confermata dalla disposizione del quarto comma dell'art. 159 cp, aggiunto dall'art. 12, secondo comma, della legge 28 aprile 2014, n. 67 che, nel caso di sospensione del procedimento nei confronti degli imputati irreperibili, di cui all'art. 420-*quater* cpp, ha posto un limite alla sospensione del corso della prescrizione, stabilendo che la sua durata non può superare i termini previsti dall'art. 161, secondo comma, cp e che, una volta maturato tale termine, la sospensione deve cessare anche se continuano l'irreperibilità e la correlativa sospensione del procedimento.

Il ragionamento giuridico, politico, organizzativo, sulla prescrizione vive – o dovrebbe vivere – della ricerca di equilibri.

Ciò che può sfuggire alla sanzione penale concreta – anche se un procedimento penale è stato iniziato – si colloca in un concetto ampio di cifra oscura: non la sola differenza tra reati commessi e reati denunciati, ma la differenza tra reati commessi, denunciati, perseguiti, accertati, puniti, reati per i quali la sanzione è effettivamente eseguita.

Per ciascuno di questi passaggi possono essere individuati istituti giuridici di *riduzione del perseguimento* dei reati.

Poiché però, in un sentire comune non censurabile a priori «il perseguimento del maggior numero possibile di reati commessi scaturisce da una profonda, insopprimibile e diffusa idea di eguaglianza e di giustizia» (Mario Romano) il ridotto perseguimento dei reati rispetto all'insieme dei fatti come tali qualificati, in particolare laddove un procedimento penale sia stato avviato, deve conseguire a criteri trasparenti e razionalmente giustificati, affinché i cittadini non smarriscano la fiducia nel sistema giudiziario.

Ogni forma di depenalizzazione fattuale per abbandono costituisce un rischio elevato in questo senso.

D'altro canto non è possibile adeguarsi alla deriva à *la tricoteuse* di quella domanda di giustizia, costituita dalla *vulgata* dell'automatismo tra previsione legislativa della sanzione e irrogazione della sanzione, tale per cui ogni mancata condanna è denegata giustizia e la prescrizione è vissuta come incomprensibile sconfitta della giurisdizione.

Il tema del *valore* della cifra oscura non è qui affrontabile: ma si può almeno affermare che l'educazione a un rovesciamento di prospettiva rispetto a quell'automatismo è necessario.

Emerge il ruolo centrale del pubblico ministero nella scelta sul non-esercizio dell'azione penale e del correlativo giudizio del giudice per le indagini preliminari.

Il pubblico ministero, parte nel processo inteso come percorso dialettico fondato sull'accusa formalmente elevata, è altresì garante dei cittadini (indagati, vittime dei reati, collettività) e rappresentante di interessi pubblici generali. In questa veste è chiamato a dare la massima espansione al principio di ragionevole durata del processo penale, evitando, quando manchi l'utile acquisibilità di elementi necessari a sostenere l'accusa in giudizio, il prolungarsi delle indagini; chiedendo l'archiviazione non appena emerga il difetto di *utile processabilità* dell'indagato; sfruttando pienamente a favore dell'indagato il subprocedimento instaurato con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415-*bis* cpp; promuovendo, laddove ne ricorrano le condizioni, i proscioglimenti ai sensi degli artt. 129 e 469 cpp.

Perché ciò accada è condizione interna al procedimento l'adeguatezza professionale ed etica dei singoli magistrati del pubblico ministero; ma, a margine dell'attività giurisdizionale del pubblico ministero, i criteri di valutazione della sua *produttività* non dovrebbero essere quelli puramente quantitativi, muti e ciechi rispetto alle esigenze generali di razionalità giudiziaria, che necessitano di *risultati effettivi finali* frutto di una lettura cooordinata del tessuto di norme positive e principi contenuti nella disciplina della finalità delle indagini preliminari (art. 362 cpp) e dell'attività del pubblico ministero (art. 358 cpp) delle sue scelte ad esito delle indagini (art. 125 disp. att. cpp), della valutazione della prova (art. 192 cpp), del giudizio (art. 533, primo comma, cpp).

La chiave è dunque il richiamo all'agire giudiziario razionale.

Alla finitezza delle risorse deve corrispondere il loro uso migliore, coerente con quel tessuto di norme e principi, che non corrisponde alla selezione preventiva o arretrata dei procedimenti - dunque dei fatti della vita sottoposti al vaglio di rilevanza penale - secondo criteri discreti (0/1, abbandono/prosecuzione) ma dando «a ciascuno secondo il suo bisogno minimo» secondo criteri scalari di commisurazione delle risorse.

La selezione dei valori messi in gioco dalla prescrizione può produrre paradossi.

Ad esempi a noi prossimi e attualmente discussi, in cui l'inopinata prescrizione di un reato grave può essere vissuta come eccezione in un contesto efficiente, può essere utile contrapporre eventi giudiziari remoti in cui efficienza, inefficienza e motivi obliqui si rincorrono come in un'incisione di Escher.

Nel novembre del 1959 inizia a Genova un processo a carico di Ebe Roisecco: le accuse di truffa, millantato credito e falso sono relative a fatti risalenti al 1953. La donna, presunta contessa, con passate vicende di piccolo cabotaggio, è ora temuta per le sue entrature politiche e le potenziali chiamate di correo, giudiziarie e morali, di ministri e parlamentari e di qualche alto prelato. La sua condanna nel merito e possibilmente una lunga carcerazione risolverebbero il problema.

Il primo grado si conclude a fine marzo del 1960, con la pesante condanna a dieci anni e otto mesi di reclusione. La Corte d'appello, prima ancora che scadano i termini per la presentazione delle impugnazioni, fissa la prima udienza per l'11 luglio. La sentenza di conferma della condanna viene pronunciata il 13 luglio. Dopo cinque giorni la Corte deposita le motivazioni. Il decreto di fissazione dell'udienza di discussione del ricorso in Cassazione viene emesso il 9 agosto. All'udienza del 10 settembre 1960, dopo una breve camera di consiglio, la sentenza viene confermata. Il giorno prima del termine di prescrizione.

Nel «non doversi procedere per intervenuta prescrizione» la credibilità della giurisdizione può perdere terreno o cercare di mantenerne.

La prescrizione di un reato non è una sconfitta in sé: lo diviene se è percepita come manifestazione di inefficienza, o come sospetto strumento di diseguaglianza, o come esito di indifferenza del magistrato ai diritti la cui tutela gli è affidata.

Il tempo e la difesa

di *Cataldo Intrieri*

È una pericolosa illusione ritenere che il problema del processo penale sia solo o essenzialmente la mancanza di velocità. Se è vero che i procedimenti molto lunghi favoriscono una prematura estinzione dei reati è altrettanto vero che laddove i processi per particolari condizioni, come lo stato di detenzione, dell'imputato subiscono cadenze serrate, il prevalere dell'esigenza di speditezza finisce per limitare irragionevolmente il diritto ad una difesa effettiva come nel caso del cd. "immediato cautelare". Il rischio è il prevalere di una certa logica "aziendalista" nel processo penale, in cui la contrazione del tempo e la produzione di sentenze sono il valore da perseguire piuttosto che una migliore ed oculata distribuzione di risorse. Da qui la necessità di pensare ad un nuovo modello di processo dove ad un più frequente controllo giurisdizionale nella fase delle indagini possa corrispondere un più frequente ricorso a forme di contraddittorio "contratto".

Secondo una diffusa credenza, l'interazione tra tempo e diritto di difesa avrebbe per prodotto finale la prescrizione. L'ambizione di questa breve riflessione è almeno provare ad indicare che il rapporto presenta una maggiore complessità e che è una pericolosa illusione ritenere che il problema del processo penale sia solo o essenzialmente la mancanza di velocità. Se è vero che i procedimenti molto lunghi favoriscono una prematura estinzione dei reati è altrettanto vero che laddove i processi per particolari condizioni (anzi una soltanto: lo stato di detenzione) subiscono cadenze serrate, il tempo finisce per strangolare il diritto di difesa, certamente non perché impedisca la prescrizione (peraltro impossibile per reati che prevedano la custodia cautelare in carcere) quanto per l'effetto di restringere i tempi necessari allo svolgimento di una difesa effettiva. È il caso del cd. «immediato cautelare» rito speciale che, sparita ogni residua parvenza di immediatezza della prova, sempre più spesso diviene un contenitore di materiale d'indagine voluminosissimo, frutto di anni di inchiesta. A fronte di ciò la difesa è costretta ad una affannosa rincorsa per l'instaurarsi di discutibilissime prassi senza neanche avere a disposizione il materiale di prova aggiornato (vedasi l'uso ormai recepito di procedere alle trascrizioni delle intercettazioni in corso di dibattimento). Cosi, mentre il tempo si restringe inesorabilmente per la durata del contraddittorio sulla prova, esso paradossalmente si cristallizza e dilata "dopo la prova" quando il giudice dovrebbe limitarsi ad una spiegazione "concisa".

Nessuno rende conto di questa drammatica contraddizione: strumentalmente una corrente di pensiero neo-qualunquista (lasciamo perdere il populismo che da Dostoevsky a Peron ha conosciuto ben altri, tragici interpreti) snocciola cifre avulse da ogni significato per sostenere la tesi dell'epidemia sterminatrice di fascicoli. In realtà quelli che muoiono sono i *processetti* della gente comune che le stesse Procure sulla base di criteri discrezionali insondabili di preferenza mandano preventivamente al macero. Laddove si gioca la posta più alta, quella legata alla libertà delle persone ed ai reati più gravi, il tempo è una ghigliottina instancabile e sempre in danno dell'imputato detenuto (poche storie: le cifre dicono ancora che la custodia cautelare in carcere è la migliore arma contro la caccia alla prescrizione e le Procure la usano senza requie).

Non è questione di visione settaria, le differenze ideologiche sulla prescrizione tagliano trasversalmente i fronti. Basterebbe ricordare che la Corte costituzionale ha avuto modo di sancire che celerità e

giustizia non sono sinonimi, ma che in un processo che voglia definirsi equo la durata è una variabile indipendente[1]. Ed ancora prima il giudice delle leggi era stato netto nel definire la prescrizione come istituto di «natura sostanziale»[2].

Ciò non ha impedito che, periodicamente, ondate di malumore ed abusati, quanto provinciali, paragoni con ordinamenti esteri investissero il complesso delle norme, in particolare, non potendosi intaccare il principio di fondo, quelle concernenti il regime della durata e del calcolo della prescrizione.

La nota sentenza della Corte di giustizia europea Taricco (causa C-105/14 8 settembre 2015) ha innescato un nuovo fronte nel quale si sono entusiasticamente avventurati taluni, manipolando direttamente l'art. 161 cp[3] o più prudentemente attivando la Corte costituzionale sia pure con ben diversi accenti e qualità di argomentazione.

Spiega efficacemente la differenza di posizioni giurisprudenziali il contenuto di due delle tre ordinanze che hanno investito della regola Taricco la Consulta.

Nella prima[4], prevalgono considerazioni di natura politica che finiscono per declinare inopinatamente in considerazioni (e recriminazioni) più di natura sindacale che giuridica[5] e che richiamano, a dire il vero, più che l'austerità dell'aula di udienza della Consulta, gli ormai familiari accenti da *talk show* in cui la visione catastrofista si fonde con l'autoindulgenza vagamente corporativa[6].

Nella seconda, la III sezione penale della Corte di cassazione[7] ha prodotto una acuta e sistemica riflessione sull'istituto di cui ha sottolineato la rispondenza a principi di ordine costituzionale quale il recupero sociale del condannato, vanificato da una tardiva riscossione del debito penale dello Stato verso il reo, nel frattempo mutato dal decorso del tempo.

La visione politica (che è consustanziale al diritto, ogni tipo di diritto) non è mai ripiegata su sé stessa, sulla difesa dell'interesse di categoria, ma affronta con ampio respiro il tema sociale del riscatto personale e dell'equilibrio dei vari interessi in gioco, anche di natura sovranazionale[8].

La Corte costituzionale, pure non riprendendo i molti spunti suggeriti dalla Cassazione e limitandosi ad una sobria quanto secca difesa del principio di legalità e dell'autonomia del giudice nazionale, con riferimento ai principi irrinunciabili della tutela della persona non ha mancato di ribadire la natura «costi-

---

1. «bilanciamento tra il diritto di difesa e il principio di ragionevole durata del processo deve tener conto dell'intero sistema delle garanzie processuali, per cui rileva esclusivamente la durata del giusto processo, quale complessivamente delineato in Costituzione, mentre un processo non giusto perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (Corte cost., 4 dicembre 2009 n. 317).

2. «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva» (Cass., Sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442). Tale effetto, peraltro, esprime l'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato (...) l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio» (sentenza n. 202 del 1971; v. anche sentenza n. 254 del 1985; ordinanza n. 337 del 1999) (Corte cost. sentenza n. 393/06 del 23 nov.2006).

3. Cass., sez. III pen., sent. 15 settembre 2015 n. 2210.

4. Trib. Cuneo, ord. Gup. 17.01.2014.

5. «La sentenza di primo grado è, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, appellata. Terminato il giudizio di appello, viene proposto ricorso per cassazione alla Suprema corte. La durata del procedimento rende quindi l'impunità in Italia non un caso raro ma la norma. Trattasi di un obiettivo facilmente raggiungibile per il quale i difensori degli imputati prodigano grande impegno, cosa avvenuta puntualmente anche nel presente procedimento».

6. «Attraverso questo istituto di diritto sostanziale è oggi messo in crisi lo strumento processuale: il processo diviene, con i suoi tempi dilatati ed i suoi gradi, il mezzo attraverso cui inseguire – proprio da parte dei soggetti che mai potrebbero sperare in una pronuncia assolutoria – una declaratoria di estinzione del reato ... sicuramente non potrà mai addossarsene la colpa alla magistratura visto che, per la capacità di definizione annua di procedimenti penali, i giudici italiani risultano al primo posto in Europa, con un indice di definizione pari a 1.168.044, a fronte di 864.231 della Germania, 655.737 della Francia, 437.000 della Russia e 388.317 della Spagna.

7. Ord. 30/03/2016.

8. «Tuttavia, il prolungamento dei termini di prescrizione, e quindi della punibilità, in ragione della tutela degli interessi finanziari dell'Ue, comporta una funzionalizzazione della pena eccentrica rispetto al teleologismo costituzionale: la pena non tende più alla rieducazione del condannato, secondo quanto previsto dall'art. 27, comma 3, Cost., ma diviene strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione. In tal modo, si registra una inversione della concezione personalistica sottesa alla Costituzione, con una strumentalizzazione dell'individuo-persona che, da "fine" della sanzione penale, ne diviene "mezzo": la visione personalistica sottesa alla funzione rieducativa della pena affermata dalla Costituzione soccombe alla visione patrimonialistica e finanziaria sottesa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione».

tuzionale» della prescrizione, espressione di valori profondi attinenti la certezza del diritto[9].

Dunque il tema tempo è qualcosa di più ricco e complesso della mediocre disputa sulle subdole finalità perseguite dagli avvocati nel processo penale, è tema politico che richiede soluzioni di ampio respiro e non asfittiche misure tampone.

Il tempo e l'obbligo dell'azione

Il tempo del procedimento penale visto da un avvocato è incredibilmente lungo ed ozioso nella fase delle indagini.

A volte può essere eterno, come provano le statistiche secondo le quali la maggior parte delle prescrizioni maturano durante la fase d'avvio (81.896 su 132.276, fonte Ministero della giustizia, 2015).

È noto come a partire da Torino con la famosa «circolare Maddalena» poi ripresa in pratica da tutti i grandi uffici, le Procure, in via autonoma, si sono date dei criteri di priorità organizzativa mediante i quali si indicano le tipologie di reati da perseguire con corsia preferenziale. Essi sanciscono la messa a morte prematura di migliaia di fascicoli e gravano di un ritardo, assai spesso incolmabile, i restanti che fermeranno il loro viaggio in fasi successive .

Il rimedio a tale situazione è stato costantemente individuato in un allungamento o nella possibile sospensione dei termini della prescrizione, che con tutta evidenza sono misure destinate solo ad aggravare i problemi eliminando financo il debole rimedio della morte naturale dei procedimenti in nome di una sorta di accanimento terapeutico, inutile nella maggior parte dei casi.

Ingenuamente ci si potrebbe chiedere se non sia il caso di porre mano con decisione ad una seria riforma costituzionale sull'obbligatorietà dell'azione penale, ma sul punto la magistratura associata rifiuta ogni dialogo. Già: quella sull'azione penale stranamente è l'unica discrezionalità che rifiuta. Anche se a pensar male si fa peccato, non è difficile intuirne il motivo. Senza l'ombrello di una sia pur fittizia «costrizione» il pubblico ministero sarebbe chiamato ad una scelta chiaramente «politica», sia pur in senso lato ed «alto», nella scelta dei processi da avviare e dunque passibile di critica e revisione, come giusto laddove la discrezionalità investa diritti fondamentali. Su ciò, comprensibilmente ma assai poco democraticamente, non vi è voglia, consuetudine, disponibilità. Meglio, molto meglio quel «velo di ignoranza» di cui parla Rawls, formale ed ammantato di perbenistica ipocrisia, perché, sotto il velo il Pm ci vede benissimo[10].

Stupisce invece, la ritrosia marcata ad un uso massiccio di istituti come l'archiviazione per irrilevanza del fatto e di mezzi di mediazione sociale come la messa alla prova, che dovrebbero essere usati anche in relazione a condotte di reato più gravi di quelle oggi contemplate dalla legge.

Sembra che la magistratura associata preferisca indulgere alla pratica del lamento invece di assumere la corresponsabilità di scelte forse impopolari ma risolutive e di demandare ogni possibilità di azione efficace a strumenti come l'immediato cautelare, o surrogati processuali come il procedimento di prevenzione, di dubbia costituzionalità ma che nella loro giugulatoria speditezza costituiscono un illusorio sollievo almeno per le statistiche.

L'insostenibile immediatezza del cautelare

Riti «immediati», «abbreviati», «direttissimi», assonanze marinettiane di velocità futurista abbinate alla giustizia. La condizione del cd. «immediato cautelare» è emblematica dei contraddittori rapporti tra tempo e giustizia.

Il ricorso all'ultimo ritrovato della via cautelare verso il giusto processo è oggi massiccio. Non stupisce il successo. Evidenti le economie di scala, il risparmio di tempo e gli indubbi vantaggi per l'accusa di cui si è detto in precedenza.

In realtà l'immediato cautelare è un semplice palliativo, un analgesico il cui effetto benefico è puramente illusorio e limitato. Sovente il ritmo di marcia

9. La Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale dovrà chiarire se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Tfue (repressione delle frodi finanziarie e dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Ue) «debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato»:
- anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;
- anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;
- anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

10. J. Rawls, *Una teoria della Giustizia* , Milano, 2008.

finisce per sfiancare proprio la pubblica accusa che vi fa ricorso. Si paga, nella fase dibattimentale, l'incompletezza delle indagini oppure l'accumulo bulimico di prove e di ipotesi di reato, che – senza il vaglio preventivo dell'udienza preliminare – fatalmente emergono nella loro insostenibilità solo dopo una defatigatoria istruttoria dibattimentale.

Sorge il sospetto, non del tutto malizioso, che spesso il Pm, senza adeguato controllo giurisdizionale soggiaccia alla tentazione di accumulare materiale, nella illusoria speranza che il troppo riempia il vuoto di prove sostanziali, che il volume sortisca un effetto ipnotico di sazietà nel giudice oltre ad impastoiare in una palude di argomenti il difensore.

Il rischio boomerang è elevato ed i rovesciamenti di verdetti in sede di appello, una volta svanito l'«effetto alone» del primo grado ne sono l'esito. Il tempo, prezioso alleato dell'accusa all'inizio, nella versione «ristretta» del processo di prima istanza, concede al giudice dell'appello tempi meno frenetici e riflessione più ampia. Ciò spiega verdetti che sconcertano l'opinione pubblica. Ritmi dilatati e maggior calma, minore emotività frettolosa.

La scarsità del tempo nei riti immediati con detenuti o a rischio prescrizione, unita alla sovrabbondanza del materiale da vagliare, produce un effetto ancor più deflagrante quando, ed è ormai regola, la prova regina se non esclusiva siano intercettazioni di ogni tipo.

Qui, la «tirannia del Dio Crono» ha originato una prassi che si è sostituita alla norma e di cui oggi si avverte la devastante distorsività. La logica di sistema che sovrintende alle disposizioni dell'articolo 268 cpp, raccordate con il principio fondamentale dell'articolo 111 Cost., prevede l'accesso del difensore nel minor tempo possibile alla fonte di prova delle conversazioni registrate, affinché ne possa prendere adeguata conoscenza ed infine, in contraddittorio, davanti ad un giudice delle indagini preliminari, chieda la trascrizione di quelle che ritenga rilevanti .

È a tutti nota la prassi invalsa per cui, addirittura, neanche l'udienza preliminare è più la tappa di arrivo delle necessarie operazioni peritali ma invece si può procedere nel processo in contemporanea al dipanarsi dell'istruttoria dibattimentale con «ovvia» sospensione dei termini di custodia[11].

Secondo la Corte costituzionale, (sentenza 20 luglio 2012 n. 204) la perizia dibattimentale può rappresentare addirittura un fattore di riduzione «complessiva» della durata della carcerazione ed elemento di preziosissima economia nel decorso del processo che può comunque continuare con altri adempimenti evitando le inutili perdite di tempo inevitabili ove si procedesse alla perizia in udienza preliminare.

Invero, il legislatore non colloca necessariamente lo stralcio delle intercettazioni nell'udienza preliminare potendosi addirittura immaginare che essa possa essere disposta, ad esempio, in concomitanza con l'avviso dell'art. 415 *bis* cpp. Ma ciò che colpisce nel pensiero espresso dalla Consulta è una certa logica «aziendalista» per il processo penale, in cui la contrazione del tempo è il valore da perseguire piuttosto che una migliore ed oculata sua distribuzione. Il processo come catena di montaggio di sentenze non può essere una soluzione auspicabile e poiché la cattiva prassi è come l'erba cattiva, qualcosa che non può essere recintato ed isolato ma finisce per devastare il terreno intorno, gli effetti nocivi non hanno tardato a manifestarsi.

L'esperienza nelle aule ci ha già squadernato davanti esiti paradossali come istruttorie condotte sulla lettura dei famigerati brogliacci, in attesa delle trascrizioni arrivate dopo la chiusura della fase, con precipitoso richiamo dei testi. Alcune Procure rifiutano di rilasciare copia delle registrazioni da loro non ritenute di interesse consentendo solo l'ascolto al difensore per stabilire di quali chiedere la trascrizione, basandosi sulla propria memoria. Tutto ciò a tutela dei terzi «non coinvolti» e pazienza se il diritto di difesa ne risentirà. In compenso le intercettazioni degli inquirenti continuano a circolare sui media con abbondanza di intimi particolari ed immagini suggestive come quella «ancillare» evocata nello sfogo intimo di un ministro, costretto a dimettersi senza mai essere neanche indagato. In nome dell'esigenza temporale si sacrifica tutto. Talvolta anche il senso del ridicolo oltre che i principi costituzionali.

Un altro processo è possibile. La sentenza Sezioni unite Dasgupta

La vivace interazione venutasi a creare recentemente tra la alcune sezioni della Cassazione e le Se-

11. «la scelta del momento in cui disporre la perizia, può dipendere dai più vari accadimenti processuali, senza che il codice di rito autorizzi la deduzione di conseguenze particolari dalla circostanza che la trascrizione delle intercettazioni sia eventualmente disposta in dibattimento invece che nelle indagini o in udienza preliminare; ciò perché è solo dopo tali fasi che si ha certezza degli imputati nei confronti dei quali si procede a giudizio e di quelli per i quali la perizia trascrittiva non è necessaria per avere costoro richiesto riti alternativi. Ne consegue da quanto detto che l'ordinanza del Tribunale, laddove afferma la «irregolarità» della scelta del Pm di richiedere la trascrizione delle intercettazioni in sede dibattimentale (invece che nelle indagini o in udienza preliminare), per trarne poi la conseguenza della legittimità del diniego della sospensione dei termini di custodia cautelare, è affetta da violazione di legge» (Cass., sez. II, 12 dicembre 2008, n. 47614, Comisso).

zioni unite in tema di rinnovazione obbligatoria della prova dichiarativa, anche quando l'*overturning* della sentenza di assoluzione riguardi un giudizio abbreviato, spinge ad alcune riflessioni anche sul tema della «ragionevole durata» del processo penale[12].

Il serrato e per certi versi, anche polemico, dialogo è senza precedenti laddove si pensi che il contrasto giurisprudenziale sottoposto all'attenzione del supremo consesso nomofilattico non intercorreva tra le sezioni ordinarie ma tra queste ed una precedente pronuncia delle Sezioni unite sullo stesso tema. Non ho personale memoria di casi analoghi. I collegi «dissidenti» avevano in sostanza obiettato che il «modello alternativo di processo» che veniva a delinearsi in ragione di questa sentenza fosse inconciliabile con la struttura del giudizio abbreviato come delineato dal legislatore. L'oggetto del contrasto è l'obbligo, secondo le Sezioni unite gravante sul giudice dell'impugnazione, di «dover» assumere per la prima volta in contraddittorio una prova dichiarativa, ancorché assunta solo cartolarmente in primo grado. L'art. 603 del codice di procedura prevede questa evenienza come rimessa alla discrezione piena del giudicante in appello laddove le Sezioni unite ne impongono l'obbligo.

Sia consentito, incidentalmente quanto assai sommessamente, rilevare che la decisione non desta scandalo. Ed invero, se la *ratio* dell'articolo 603 cpp secondo cui il giudice d'appello «può» svolgere istruttoria anche in presenza di una sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato ordinario, poggia sull'obbligo del giudice di ricercare la verità, (Corte cost. 19 dicembre 1991 n. 470, Cass., II Sezione penale 31 maggio 1991, n. 10022) allora, di fronte ad un possibile conflitto di valutazione «cartolare» tra due organi giudicanti, la necessaria insaturazione di un contraddittorio rispettoso dei canoni di oralità ed immediatezza (lo «statuto cognitivo del processo penale») ha una sua logica ed inevitabilità, proprio nell'ottica dell'accertamento di eventuale colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio». Consentire alla difesa il necessario strumento della confutazione dei motivi della pubblica accusa, oltre a soddisfare i criteri costituzionali dell'articolo 111 Cost. fornisce al giudice la piena cognizione sulla materia devoluta.

Il punto, ai fini della presente riflessione, tuttavia è un altro. Emerge tra le righe della sentenza delle Sezioni unite così come in quelle di una recente pronuncia della Corte costituzionale (7 ottobre 2016 n. 216) una strutturazione del giudizio abbreviato come modello processuale «alternativo» improntato a criteri di «economia processuale» in ragione della natura «contratta» dell'istruttoria probatoria, senza che necessariamente il risparmio di tempo venga a coincidere con la ristrettezza dei tempi e tantomeno la completa soppressione del contraddittorio «orale ed immediato»[13].

Nato come possibile «compromesso procedurale» tra il rito ordinario e quello puramente pattizio, il giudizio abbreviato ha conosciuto nel tempo, a partire dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, una serie di modifiche in funzione di un allargamento del contraddittorio.

La storia giudiziaria recente ha presentato anche casi in cui questo ampliamento ha suscitato ampi dubbi sulla rispondenza del procedimento alla sua natura «deflattiva», ma sia la Corte costituzionale che le Sezioni unite hanno ribadito che anche la più estesa delle istruttorie in sede di udienza preliminare comporterà sempre un indubbia «economizzazione» di tempo ed energie[14].

---

12. Cass. II Ord. 26.11.2015 n. 2259/16; Sezioni unite sent. 28.4.2016 n. 27620/16, Ric. Dasgupta.

13. Le «finalità di economia processuale proprie del procedimento» sono rimaste relegate nel comma 5 dell'art. 438 cpp, a regolare solo le porte del cd. abbreviato condizionato, mentre sono rimaste programmaticamente escluse dal modello essenziale del rito, cioè quello introdotto da una domanda non correlata ad istanze istruttorie. E non basta, perché quelle finalità sono risultate tanto indefinite da produrre estenuanti discussioni sulla loro fisionomia e sulla loro portata, almeno fino a quando proprio la Consulta, nel solco di una giurisprudenza storicamente mirata all'incentivazione del rito, non si è incaricata di notare che anche la più estesa delle istruttorie aggiuntive comporterebbe «il minor dispendio di tempo e di energie processuali rispetto al procedimento ordinario» (sentenza n. 115 del 2001). Con il che – notoriamente – l'autonomia del (confuso) segnale legislativo sulle caratteristiche del rito, rispetto al requisito concorrente della necessità dell'integrazione proposta dall'imputato, si è sostanzialmente vanificata (così come la prassi dimostra e la dottrina maggioritaria osserva). La logica è che, data la necessità di un atto istruttorio, sarà sempre più conveniente la sua assunzione secondo il rito speciale che quella in forma dibattimentale (con la considerazione aggiuntiva che solo nell'ambito del primo restano utilizzabili gli atti eventualmente già raccolti. Come già rilevato da questa Corte, a seguito della citata novella legislativa il rito abbreviato continua a costituire un modello alternativo al dibattimento che, da un lato, si fonda sull'intero materiale raccolto nel corso delle indagini preliminari – in base al quale l'imputato accetta di essere giudicato – e, dall'altro, consente una limitata acquisizione di elementi meramente integrativi, sì da mantenere la configurazione di rito «a prova contratta» (ordinanza n. 57 del 2005). Di conseguenza, anche se viene richiesta o disposta una integrazione probatoria, «il minor dispendio di tempo e di energie processuali rispetto al procedimento ordinario continua [...] ad essere un carattere essenziale del giudizio abbreviato» (sentenza n. 115 del 2001). Solo in ciò, del resto, risiede la ragione giustificativa dell'effetto premiale annesso al rito, consistente in una significativa riduzione della pena inflitta nel caso di condanna (art. 442, comma 2, cod. proc. pen. (Corte cost. n. 216/16).

14. Corte cost. sent n. 216/16 cit.

Da tale concezione si può partire per implementare l'uso di uno strumento non ancora pienamente «capito» e sfruttato nella sua potenzialità di contemperamento di esigenze di speditezza e rispetto del contraddittorio.

Nella sua relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario, il primo presidente della Suprema corte ha sottolineato la necessità di «finestre giurisdizionali» sulle indagini preliminari, come antidoto democratico ad «eccessi di autoreferenzialità».

Autorevolmente taluno ha commentato che già gli «affacci» sono presenti nel codice di rito e che si tratta solo di sfruttarli nella loro pienezza[15]. Si pensi ad un controllo effettivo e rigoroso del rispetto dei termini di indagine, dell'obbligo di iscrizione delle notizie di reato, del rispetto del diritto di accesso pieno e sollecito della difesa al materiale di indagine, almeno quando questo venga diffuso alla stampa dagli appositi uffici di relazioni coi media[16], allo svolgimento tempestivo dell'udienza di stralcio delle intercettazioni, all'introduzione di termini perentori per l'esercizio dell'azione penale.

Come si vede si tratta di strumenti che consentirebbero lo snellimento dei tempi e metterebbero la difesa in condizione di accedere più frequentemente alle forme «contratte» di contraddittorio sulla prova. Quanto più le finestre di giurisdizione consentiranno una tempestiva cognizione del difensore, tanto più sarà possibile limitare la necessita del contraddittorio in udienza. E se il principio di immediatezza richiederà quasi sempre l'escussione dibattimentale della prova dichiarativa (fatta comunque eccezione per i soggetti vulnerabili che già oggi sono sottratti al contraddittorio dibattimentale) le prove scientifiche e le trascrizioni delle intercettazioni, qualora acquisite in fase pre-dibattimentale, costituirebbero, per il loro enorme e costante utilizzo, un forte sgravio verso un alleggerimento dei tempi processuali senza sacrificio del diritto di difesa. Si tratta di introdurre buone prassi.

Ciò richiede una evoluzione culturale di giudici ed avvocati verso il pieno rispetto della giurisdizione. Ribadisco: giudici ed avvocati, che per questi ultimi l'interlocutore naturale è solo il giudice.

Troppo spesso quest'ultimo nell'avvio delle indagini appare timoroso di far deragliare il convoglio dell'inchiesta, per poi correre ai ripari dopo che i guasti si sono verificati. Non si dovrebbe aver timore di incidere subito, anche nelle inchieste più eclatanti quando l'impianto dell'accusa appare fragile. Come ha ricordato la Corte costituzionale di recente «*l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice*».

Un recupero della centralità della giurisdizione, ponendo fine ad una concezione autarchica ed «autoreferenziale» dell'attività d'indagine è il presupposto democraticamente sano e virtuoso per un processo di «ragionevole durata» e che renda a sua volta «ragionevole» il sacrificio che un processo impone al singolo.

Resta da vedere se a queste riforme si possa pervenire, nella abulia del legislatore, secondo un principio di sussidiarietà, tramite prassi condivise dal basso dalle componenti progressiste di avvocatura e magistratura. Ma questa è tutta un'altra storia, ancora da scrivere.

15. G. Spangher, relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario dei penalisti Matera, 10/11 febbraio 2017.

16. In un'udienza del processo Carminati M. +42 il responsabile del reparto anticrimine dei Ros ha rivendicato la diffusione alla stampa dopo gli arresti degli imputati di intercettazioni e filmati per finalità «informativa» della pubblica opinione.

Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso *Eternit*

di *Alberto Aimi*

La notissima vicenda relativa al cd. caso *Eternit*, conclusasi in sede di legittimità con una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione dei reati contestati – omissione dolosa di cautele, aggravata dalla verificazione del disastro (art. 437, co. 2, cp) e disastro cd. innominato (art. 434, co. 2, cp) –, ha posto all'attenzione anche del "grande pubblico" le complesse problematiche sottese all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione penale. Nel presente contributo, l'Autore sottopone a vaglio critico le decisioni di merito e legittimità intervenute nel processo *Eternit*, con particolare riguardo alla questione dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione per il delitto di disastro cd. innominato (art. 434, co. 2, cp), concludendo nel senso di condividere le conclusioni della Corte di cassazione, sia pur alla luce di un diverso percorso argomentativo.

1. Il decorso del tempo e il reato: il nodo della prescrizione

Nell'ambito del diritto penale, il decorso del tempo ha il primario effetto di determinare l'applicazione dell'istituto della prescrizione, la quale «estingue il reato», quando da quest'ultimo sia trascorso un periodo da individuarsi secondo le regole contenute negli artt. 157, 159, 160 e 161 cp.

Alle norme, poc'anzi menzionate, che specificano la "*quantità di tempo*" necessaria a prescrivere il reato, fa poi da *pendant* l'art. 158 cp, che, com'è noto, sinteticamente detta le regole che consentono di individuare il *momento* dal quale il termine di prescrizione dev'essere computato, stabilendo, tra l'altro, che «per il reato consumato», il *dies a quo* è quello «della consumazione»; «per il reato tentato», quello «in cui è cessata l'attività del colpevole»; e, infine, «per il reato permanente», il «giorno in cui è cessata la permanenza».

Pur a fronte di un dettato normativo apparentemente lineare, la questione della corretta interpretazione dell'art. 158 cp – ovverossia, della corretta individuazione del termine a partire dal quale deve computarsi il tempo necessario a prescrivere il reato – si è posta sempre più spesso, in tempi recenti, all'attenzione della giurisprudenza, comprensibilmente attenta ad evitare che la tagliola della prescrizione vanifichi le istanze di giustizia sostanziale sottese alla repressione penale.

È, infatti, tristemente risaputo che, ad oggi, «il meccanismo della prescrizione del reato» disegnato dagli artt. 157 ss. cp «funzioni in maniera patologica, con esiti di ineffettività per il sistema penale tali da metterne in dubbio la stessa tenuta sociale»[1].

Non è ovviamente questa la sede per indagare le cause di tale fenomeno, né per ragionare sui possibili rimedi che, com'è stato autorevolmente notato in sede di commento di un recente progetto di riforma dell'istituto, non potranno che contemperare le «ragioni del *tempori cedere» con l'ovvia di necessità di evitare «prescrizioni di massa»*[2], che possono condurre all'impunità anche a fronte della commissione di delitti di sconcertante gravità.

1. Questa l'efficace sintesi di F. Tomasello, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2013, 1.

2. In questo senso, D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, p. 29. Sul dibattito in tema di riforma della prescrizione, v. anche, da ultimo: Id., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*,

È però evidente come, in un contesto di ineffettività della risposta penalistica dovuta ad un'estesa applicazione dell'istituto della prescrizione, il problema della corretta identificazione del *momento* a partire dal quale decorre il tempo necessario a estinguere il reato abbia assunto un'importanza centrale nella prassi.

Era dunque inevitabile che, prima o poi, tale questione finisse per investire anche il diritto penale dell'ambiente, che, forse più di altri settori, presenta una "naturale propensione" alla diluizione nel tempo delle condotte tipiche e dei loro effetti. Negli illeciti penali ambientali, infatti, la compromissione del bene giuridico tutelato deriva spesso non da una singola condotta, temporalmente circoscritta, quanto piuttosto dall'estesa reiterazione di più azioni illecite, i cui effetti possono riverberarsi nel tempo anche molti decenni dopo la cessazione delle attività inquinanti e la cui scoperta e repressione può talvolta avvenire anche in momento di molto successivo a quello in cui tali attività erano state poste in essere.

Una caratteristica, quest'ultima, che rende *ictu oculi* ancora più decisiva e complessa la determinazione del momento a partire dal quale dev'essere computato il termine di prescrizione del reato ambientale e che evidenzia la natura di vera e propria cartina al tornasole del diritto penale dell'ambiente con riferimento a tutte le questioni attinenti all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione.

Cercheremo, qui di seguito, di trarre qualche stringata osservazione su questo tema, a partire dalla notissima vicenda processuale relativa alla produzione e diffusione nell'ambiente del materiale conosciuto con il nome commerciale di *Eternit*, nell'ambito della quale proprio la questione dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione è stata al centro di quella «scelta drammatica tra diritto e giustizia»[3] che così ampia eco ha suscitato anche al di fuori del mondo giuridico-penale.

2. Il caso *Eternit*: osservazioni preliminari

Nel luglio del 2009, A e B, gestori – rispettivamente, dal 1966 al 1971 e dal 1974 al 1986 – del gruppo societario al quale facevano capo i quattro stabilimenti italiani – ubicati a Casale Monferrato, Cavagnoli, Bagnoli e Rubiera – ove, in quegli anni, veniva prodotto il materiale *Eternit,* venivano rinviati a giudizio – tra l'altro – per il delitto di *crollo di costruzioni o altri disastri dolosi, aggravato dalla verificazio-*

2016, 1, pp. 73 ss.; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, *ivi*, pp. 79 ss.; F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata *e* ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, pp. 18 ss., e l'ampia bibliografia ivi citata.

3. L'espressione, tratta dalla requisitoria del Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione (pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2014), è stata poi successivamente ripresa, anche in senso critico, da numerosi commentatori. In generale, per una ricostruzione critica dalla vicenda *Eternit*, *cfr.* A. Abrami, J.P. Teissonniere, *Il caso Eternit*, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, pp. 301 ss.; A. Bell, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, pp. 165 ss.; D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in *Crim.*, 2014, pp. 254 ss.; D. Castronuovo, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in *Legisl. pen.*, 16 luglio 2015, pp. 1 ss.; S. Corbetta, *Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, in *Crim.*, 2014, pp. 275 ss.; F. Forzati, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2015, pp. 1 ss.; Id., *Reato permanente, carattere differito dell'evento e modelli di tipizzazione dei reati ambientali: evoluzione interpretativa del disastro innominato e del nuovo disastro ambientale*, in *Crit. dir.*, 2014, pp. 362 ss.; A. Gargani, *I mille volti del disastro. Nota introduttiva*, in *Crim.*, 2014, pp. 251 ss.; G.L. Gatta, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, pp. 77 ss.; L. Masera, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1565 ss.; Id., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, pp. 343 ss.; Id., *Dal caso Eternit al caso Ilva: nuovi scenari in ordine al ruolo dell'evidenza epidemiologica nel diritto penale*, in *questa Rivista*, 2014, 2, pp. 139 ss.; Id., *La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2012; A. Miriello, *Disorientamenti sul computo della prescrizione per il disastro innominato*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, pp. 1 ss.; V. Musacchio, *Eternit, diritto penale e morti da amianto: una breve opinione sull'argomento*, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 472-473; R. Muzzica, *Brevi note in tema di disastro innominato (Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014 – 23 febbraio 2015, n. 7941, imp. Schmidheiny)*, in *Crit. dir.*, 2014, pp. 347 ss.; A. Palma, *(nota a Trib. Torino, sez. I, 13 febbraio 2012)*, in *Studium iuris*, 2012, pp. 1179 ss.; M. Paoli, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1802 ss.; M. Poggi d'Angelo, *(nota a Cass., sez. I, 19.11.2014, n. 7941)*, in *Cass. pen.*, 2015, 7-8, pp. 2638 ss.; G. Ruta, *Problemi attuali intorno al disastro innominato*, in *Crim.*, 2014, pp. 293 ss.; L. Santa Maria, *Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, pp. 74 ss.; A. Scarcella, *Prescrizione del reato di «disastro»: il caso Eternit*, in *Igiene sic. lav.*, 2015, pp. 113 ss.; E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, pp. 1 ss.; M. Venturoli, *Il caso Eternit: l'inadeguatezza del disastro innominato a reprimere i "disastri ambientali"*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1219 ss.; S. Zirulia, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2015, pp. 1 ss.; Id., *Caso Eternit: luci e ombre nella sentenza di condanna in primo grado*, 2013, pp. 470 ss.; Id., *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2013.

ne del disastro (art. 434 co. 1 e 2 cp), per aver, all'interno degli stabilimenti, «omesso di adottare i provvedimenti tecnici, organizzativi, procedurali, igienici necessari per contenere l'esposizione all'amianto» e, all'esterno degli stessi, «fornito a privati e a enti pubblici e mantenuto in uso, materiali di amianto per la pavimentazione di strade, cortili, aie, o per la coibentazione di sottotetti di civile abitazione» e «omesso di organizzare la pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale», così determinando l'esposizione a pericolo di una pluralità di persone, poste a contatto con una sostanza altamente cancerogena[4].

Nel corso del procedimento, assumeva fin da subito importanza dirimente la questione dell'individuazione del momento dal quale avrebbe dovuto computarsi il termine di prescrizione per il delitto cd. di disastro innominato (art. 434 co. 1 e 2 cp).

In capo ai componenti dei collegi chiamati a conoscere dei fatti di causa nei vari gradi del giudizio non sorgeva, infatti, alcun dubbio in merito alla sussumibilità dei fatti addebitati agli imputati nel delitto di cui all'art. 434 co. 1 e 2 cp[5]; emergeva, tuttavia, con altrettanta certezza che le condotte *commissive* addebitate agli imputati – in estrema sintesi, la diffusione nell'ambiente di fibre d'amianto – erano cessate al momento della chiusura degli stabilimenti, e cioè più di vent'anni prima del momento in cui era stata esercitata l'azione penale.

Ne conseguiva che, computando il termine di prescrizione dal momento della cessazione delle condotte attive addebitate agli imputati, il reato avrebbe dovuto considerarsi prescritto... undici anni prima della data del rinvio a giudizio, pur essendo sicuramente perdurato il pericolo per la pubblica incolumità scaturito dalla contaminazione dell'ambiente ben oltre il momento in cui le porte delle fabbriche erano state sbarrate[6]. Soltanto la fissazione di un *dies a quo successivo* al momento della chiusura degli stabilimenti avrebbe, dunque, consentito di evitare la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Sulla questione dell'individuazione del momento a partire dal quale avrebbe dovuto calcolarsi il tempo necessario a prescrivere il reato di cui all'art. 434 co. 1 e 2 cp, emergevano nel procedimento ben quattro diverse tesi, che cercheremo di valutare criticamente qui di seguito.

3. *(segue)* La tesi della Procura della Repubblica

In ordine di "apparizione" nel procedimento, la prima tesi in ordine all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione del delitto di cui all'art. 434 co. 2 cp era quella fatta propria dalla Procura della Repubbli-

4. Per non appesantire troppo la trattazione, non ricostruiremo in questa sede le vicende dell'altra imputazione posta a carico degli imputati, i quali erano stati chiamati a rispondere anche per il delitto di *rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, aggravato dalla verificazione degli infortuni* (art. 437 co. 1 e 2 cp) «per avere omesso di collocare impianti, apparecchi e segnali destinati a prevenire [...] patologie da amianto», così cagionando «più casi di malattia-infortunio in danno di lavoratori addetti» presso gli stabilimenti del gruppo. In relazione a questo capo d'imputazione, del resto, non si ponevano nel procedimento questioni particolari in relazione all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione. La conferma dell'avvenuta estinzione del delitto di cui all'art. art. 437 co. 1 e 2 cp – considerato, in sede di legittimità, aggravato non già dagli infortuni, «ma dall'evento-disastro interno» – veniva infatti argomentata dalla Suprema Corte con un mero rimando a quanto affermato in relazione alla prescrizione del *delitto crollo di costruzioni o altri disastri dolosi, aggravato dalla verificazione del disastro* (art. 434 co. 1 e 2 cp) (*cfr.* Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, in *C.E.D. Cassazione*, § 11.2).

5. Non intendiamo qui entrare nel vivo del dibattito relativo alla possibilità di considerare evento tipico, ai sensi della norma di cui all'art. 434, co. 2, cp, uno stato di compromissione ambientale cagionato dalla diffusione seriale di sostanze pericolose per la salute umana; In proposito, sia sufficiente ricordare «l'irriducibile contrasto» (così, L. Masera, *La sentenza*, cit., 1571) tra la dottrina assolutamente prevalente, che nega – con argomenti in larghissima parte condivisibili – la riconducibilità alla nozione di "disastro" di fenomeni di contaminazione prodotti da "silente" immissione di sostanze tossiche nell'ambiente (in questo senso, tra gli Autori che hanno commentato specificatamente il caso *Eternit*, cfr., anche per più approfonditi riferimenti bibliografici, A. Bell, *Esposizione*, cit., p. 171; D. Brunelli, *Il disastro*, cit., pp. 261 ss.; D. Castronuovo, *Il caso*, cit., pp. 19 ss.; S. Corbetta, *Il "disastro innominato"*, cit., pp. 287 ss.; F. Forzati, *Irrilevanza*, cit., pp. 10 ss.; Id., *Reato*, cit., pp. 374 ss.; A. Gargani, *I mille volti*, cit., pp. 252-253; G.L. Gatta, *Il diritto*, cit., pp. 81-82; L. Masera, *op. cit.*, pp. 1572-1573; R. Muzzica, *Brevi note*, cit., p. 358; M. Paoli, *Esposizione*, cit., 1824; G. Ruta, *Problemi*, cit., pp. 302-303; E. Scaroina, *Ancora sul caso*, cit., pp. 4-5; M. Venturoli, *Il caso*, cit., pp. 1220 ss. *Contra*, A. Abrami, J.P. Teissonniere, *Il caso*, cit., p. 319; S. Zirulia, *Caso*, cit., p. 498), e la consolidata giurisprudenza di legittimità, che, in estrema sintesi, ravvisa un vero e proprio "disastro" ai sensi dell'art. 434 cp in qualsiasi modificazione della realtà, che cagioni un pericolo per la pubblica incolumità (*cfr.*, in particolare, Cass., sez. IV, 14 marzo 2012, n. 18678, Campelli, in *C.E.D. Cassazione*, 16; Cass., sez. III, 16 gennaio 2008, n. 9418, Agizza, in *C.E.D. Cassazione*, 4-5; Cass., sez. V, 11 ottobre 2006, n. 40330, Pellini, in *C.E.D. Cassazione*, § 3.1; Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, in *C.E.D. Cassazione*, 335-336.Con riferimento all'ipotesi di cui al *primo comma* dell'art. 434 cp, v. anche Cass., sez. III, 14 luglio 2011, n. 46189, Passariello, in *C.E.D. Cassazione*, § 5.3.).

6. Si noti del resto che, almeno con riferimento ai siti tuttora non bonificati, il pericolo è da ritenersi persistente in data odierna, in considerazione della perdurante esposizione all'amianto alla quale sono sottoposti gli abitanti delle zone interessate dalla contaminazione.

ca presso il Tribunale di Torino, la quale, in estrema sintesi, muoveva dalla qualificazione della fattispecie concreta come *reato omissivo improprio permanente*[7].

La pubblica accusa, infatti, rimproverava agli imputati, oltre l'aver cagionato, con una condotta attiva, un disastro, anche di aver successivamente omesso di impedirne la verificazione "ulteriore", facendo quanto in loro potere per rimuovere la contaminazione in atto, addebitando così a questi ultimi un vero e proprio reato omissivo improprio, un disastro realizzato mediante omissione (artt. 40 cpv., 434, co. 1 e 2, cp), la cui permanenza non era ancora cessata al momento della pronuncia della sentenza di primo grado, in ragione della persistente inerzia degli amministratori.

Ne derivava, quindi, che il delitto in analisi non avrebbe potuto in nessun modo considerarsi prescritto, in piana applicazione del disposto dell'art. 158, co. 1, cp, secondo il quale – come già accennato – «il termine di prescrizione decorre [...] per il reato permanente, dal giorno in cui è cessata la permanenza».

Tale tesi, non priva di coerenza logica interna, veniva però rigettata già dal giudice di prime cure, con argomenti in parte successivamente ripresi anche dalla stessa Corte di cassazione.

In particolare, all'accusa veniva replicato, in primo luogo, che la seconda fase omissiva della condotta non «risultava essere contestata agli imputati, né formalmente con il capo d'imputazione, né sostanzialmente in corso di giudizio»[8].

In ogni caso, poi, ad avviso dell'organo giudicante, mancava «una norma, primaria, secondaria o regolamentare, sulla base della quale poter esigere dagli imputati [...] un dovere di attivazione» al fine di impedire l'evento, che non poteva certo nascere dalla mera «illiceità della condotta tenuta precedentemente», poiché altrimenti «si rischierebbe di trasformare un considerevole numero di reati in reati permanenti», imponendo di fatto agli imputati «una sorta di recesso attivo, non eseguendo il quale», gli stessi «si vedrebbero esposti nuovamente ad incriminazione sempre per lo stesso reato già commesso»[9].

A nostro sommesso avviso, le obiezioni avanzate dai giudici di merito colgono nel segno: se, infatti, non era possibile individuare una norma che imponesse un obbligo di attivarsi, in violazione della quale gli imputati avevano omesso di impedire l'evento, la strada di una qualificazione del fatto in termini omissivi non poteva che risultare del tutto sbarrata[10].

Condivisibilmente, poi, i giudici di merito e di legittimità rilevavano che la fonte dell'obbligo giuridico di rimuovere la contaminazione in atto – alla cui esistenza, com'è noto, è subordinata l'operatività della cd. clausola di equivalenza contenuta nell'art. 40 cpv. cp – non avrebbe potuto trarsi dalla mera «illiceità della condotta tenuta precedentemente» (vale a dire, nel caso di specie, dalla precedente condotta commissiva di diffusione nell'ambiente delle fibre di amianto).

Una tale conclusione, infatti, avrebbe implicato l'adesione alla corrente dottrinale che ravvisa tra le possibili fonti di una posizione di garanzia anche il cd. *agire pericoloso precedente* (cd. *Ingerenztheorie*)[11], secondo la quale, in estrema sintesi, «chi si intromette nella sfera di libertà di terzi [...], introducendovi nuove situazioni di pericolo o modificando una situazione pericolosa precedente, deve adoperarsi per la neutralizzazione di tali fonti ed è in questo senso garante del non verificarsi di eventi dannosi che si sviluppino da esse»[12].

Tale tesi, dominante in Germania[13], è però largamente respinta dalla dottrina italiana, sulla base di convincenti argomenti – in parte, fatti propri anche

---

7. La nostra ricostruzione della tesi esposta dalla Procura in sede di requisitoria si basa sulla sintesi contenuta nella sentenza di primo grado: in particolare, v. Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, Schimdheiny, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2012, § 22f.

8. Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, Schimdheiny, loc. cit.

9. Così, Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, Schimdheiny, loc. cit. Analogamente, *cfr.* Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 8.1, che correttamente ravvisa un parallelo tra la tesi che dà rilievo alla «mancata o incompleta bonifica dei siti» e la tesi che ricostruisce il reato permanente in termini "bifasici", sviluppata per primo da G. Leone, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, pp. 387 ss.

10. In questo senso anche M. Paoli, *Esposizione*, cit., p. 1813.

11. Ritiene sia proprio questo, e non tanto quello dell'insussistenza di un obbligo di bonifica, l'«argomento decisivo» contro l'impostazione della Procura della Repubblica, L. Masera, *La sentenza*, cit., p. 1579.

12. Questa l'efficace sintesi della teoria dell'ingerenza ad opera di M. Romano, *Art. 40*, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*[3], I, Milano, 2004, p. 390.

13. Per una sintetica ricostruzione delle varie posizioni dottrinali e i necessari riferimenti bibliografici, per tutti: W. Stree, N. Bosch, § 13, in A. Eser (a cura di), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014, pp. 218 ss., i quali, peraltro, precisano che «per

dagli organi giudicanti – che non è qui possibile, per evidenti ragioni di spazio, ripercorrere neppure per cenni[14].

4. *(segue)* La tesi del Tribunale

Esclusa la possibilità di considerare il delitto contestato agli imputati quale reato omissivo improprio permanente, il Tribunale di Torino, per risolvere la questione dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, muoveva direttamente dall'analisi dell'art. 158, co. 1, cp, chiedendosi quando, ai sensi di tale articolo, «si possa ritenere il reato consumato»[15].

I giudici di prime cure ricordavano, innanzitutto, che, nel ricollegare l'inizio del decorso della prescrizione del reato alla consumazione del reato, la norma in questione fa riferimento, nei reati d'evento – come quello, contestato agli imputati, di disastro cd. innominato – non già al momento della cessazione della condotta, ma «al momento del conseguimento dell'oggetto della condotta e, cioè, al momento della verificazione dell'evento».

Sennonché, però, per rispondere alla domanda intorno al momento di verificazione dell'evento costitutivo del delitto, dalla quale dipendeva l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, non si poteva prescindere dalla constatazione per la quale «il disastro che si è verificato in conseguenza dei fatti in esame assume connotazioni e peculiarità del tutto diverse dagli altri disastri di cui finora la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi».

In particolare, una volta ravvisato l'evento costitutivo del delitto di cui all'art. 434, co. 1 e 2, cp nella contaminazione ambientale dei siti industriali e delle zone ad essi limitrofe, foriera di un grave pericolo per l'incolumità pubblica, doveva riconoscersi che, nel caso di specie, «l'evento disastro [...] ha continuato e continua a perdurare, producendo il forte pericolo per la pubblica incolumità e, cioè, ininterrottamente prosegue ad offendere il bene giuridico tutelato dalla norma in parola».

Si doveva però distinguere, a riguardo, tra i siti industriali di Bagnoli e Rubiera e quelli di Casale Monferrato e Cavagnolo: mentre, infatti, a Rubiera i luoghi inquinati erano stati completamente bonificati all'inizio degli anni duemila e a Bagnoli, pur non essendo ancora concluse le operazioni di recupero ambientale, le aree interessate erano state delimitate e rese inaccessibili, a Casale e a Cavagnolo «non vi è solo il forte pericolo di scoprirsi affetti da gravi patologie tumorali in conseguenza di passate esposizioni all'amianto, ma [...] vi è l'attuale e elevato pericolo di rimanere esposti alle fibre di amianto tutt'oggi indiscriminatamente presenti in molte zone senza che ne sia stata ancora scoperta la presenza».

Posto dunque che, almeno con riferimento ai siti piemontesi, al momento della pronuncia della sentenza il pericolo per la pubblica incolumità doveva considerarsi ancora perdurante, e con esso l'evento-disastro, il delitto in oggetto non poteva considerarsi «consumato» ai sensi dell'art. 158, co. 1, cp: da ciò conseguiva ulteriormente, non essendosi ancora consumato il reato, che il termine di prescrizione non soltanto non era decorso, ma non aveva nemmeno cominciato a decorrere.

Tale tesi veniva, com'è noto, successivamente (e condivisibilmente) rifiutata dalla Suprema Corte, che, da un lato, notava come il Tribunale avesse «confuso [...] le nozioni di [...] evento differito e di effetti permanenti, istituendo una inedita nozione di evento permanente indipendentemente dal perdurare della condotta che gli ha dato origine», in realtà inidoneo a spostare in avanti il momento consumativo del reato in assenza di una nuova e ulteriore condotta che ne «"sostenga" concretamente la causazione», e dall'altro, negava che il mero persistere del pericolo – del quale veniva precisato il carattere di «giudizio qualitativo di probabilità e non di «evento fisico naturale» – potesse «segnare la consumazione del reato, perché [...] non si deve confondere l'evento pericoloso con gli effetti che ne sono derivati»[16].

Secondo chi scrive, tuttavia, il vero e primario ostacolo alla tesi del Tribunale di Torino è rappresentato proprio dal concetto di «consumazione» ai sensi dell'art. 158, co. 1, cp, il quale, ad avviso della dottrina assolutamente maggioritaria, fa riferimento al momento in cui *per la prima volta* sono stati integrati ciascuno degli elementi costitutivi descritti dalla

una posizione di garanzia derivante da un fare precedente è [...] necessario che l'azione precedente abbia provocato una situazione in cui l'inerzia aumenti il pericolo o il danno. [...] Non può pertanto essere punito per danneggiamento, ad es., chi ha inavvertitamente danneggiato una cosa altrui e non la ripara» (Id., *op. cit.*, 222.).

14. Per tutti, sul punto, M. Romano, *Art. 40*, cit., pp. 390-391 e ampia bibliografia ivi citata.

15. Ove non diversamente indicato, le citazioni che seguono sono tratte da Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, Schimdheiny, loc. cit.

16. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 7.4.

rispettiva norma incriminatrice di parte speciale[17], e non al momento successivo in cui viene a cessare l'evento pericoloso, come invece affermato dai giudici di prime cure nel procedimento in analisi.

In particolare, il fatto che il legislatore, nel primo periodo del primo comma dell'art. 158 cp, con il termine «consumazione» abbia inteso riferirsi al momento in cui, per la prima volta, una determinata fattispecie concreta si lascia sussumere in una norma incriminatrice di parte speciale, è a nostro avviso dimostrato dalla chiara contrapposizione del reato «*consumato» a quello «tentato» nel linguaggio del secondo comma dell'art. 157* cp e dello stesso primo comma dell'art. 158 cp

Tale contrapposizione rende infatti evidente l'intenzione storica del legislatore di utilizzare l'espressione in esame per indicare l'istante in cui si realizzano tutti gli elementi costitutivi di una norma incriminatrice e, dopo il quale, di "tentativo", non si può più far parola, e dal quale soltanto, a norma dell'art. 158, co. 1, cp, può farsi decorrere il termine di prescrizione di un reato *consumato*[18].

Unica eccezione a tale regola è, del resto, quella espressamente indicata dallo stesso art. 158, co. 1, cp *per il solo reato permanente*, in relazione al quale il tempo necessario a prescrivere deve computarsi dal «giorno in cui è cessata la permanenza». Un'eccezione, quest'ultima, che, data la sua natura derogatoria rispetto alla regola generale che indica quale *dies a quo* quello in cui, per la prima volta, una determinata fattispecie concreta è sussumibile in una norma incriminatrice di parte speciale, non può però applicarsi «oltre i casi e i tempi» in essa considerati in virtù del disposto di cui all'art. 14 disp. prel.

Infine, su un piano più generale, e pur comprendendo appieno le difficoltà incontrate dai giudici a fronte di una norma, come quella dell'art. 158, co. 1, cp, certamente bisognosa di integrazione legislativa, non ci pare del tutto persuasiva la nozione di "evento permanente", rilevante ai fini della prescrizione, implicitamente elaborata dai giudici di primo grado[19].

La nozione di "evento permanente" o "evento perdurante", infatti, veniva in sostanza ricostruita dal Tribunale di Torino attorno a due elementi fondamentali: da un lato, il permanere della modificazione della realtà nella quale si era sostanziato l'evento – e cioè, nel caso di specie, la contaminazione dei siti industriali dovuta alla diffusione di fibre d'amianto – e, dall'altro, il perdurare dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice – ovverossia, il drammatico perdurare del pericolo per la pubblica incolumità, a tutt'oggi esposta al rischio di contrarre patologie amianto-correlate.

Ci pare però che tale nozione, anche se, per ipotesi, fosse da ritenersi valida solo nel ristretto ambito dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, finisca per essere completamente priva di capacità selettiva, rischiando di portare ad una sostanziale paralisi dell'istituto di cui agli artt. 157 ss. cp.

Se, infatti, per considerare un determinato evento "perdurante", è sufficiente il permanere della modificazione della realtà in cui l'evento si concretizza e il perdurare dell'offesa che lo connota, quasi ogni evento costitutivo di una determinata figura di reato rischia di essere considerato "perdurante", posto che, salvi i casi in cui venga ripristinato lo *status quo ante* ad opera dell'autore del reato o di soggetti a ciò deputati, ogni evento naturalistico modifica permanentemente la realtà circostante, e ogni compromissione ad un determinato bene giuridico perdura fino alla sua completa rimozione.

L'accoglimento di tale tesi potrebbe, poi, portare a risultati del tutto assurdi in tutti i casi in cui l'eli-

---

17. Così: F. Antolisei, L. Conti, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[16], Milano, 2003, pp. 478 e 773; G. Bettiol, L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[12], Padova, 1986, p. 607; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*[6], Padova, 2015, pp. 453 e 572; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[7], Bologna, 2014, p. 476; C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pp. 473 e 643; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*5, Milano, 2015, p. 416; T. Padovani, *Diritto penale*[9], Milano, 2008, p. 360; D. Pulitanò, *Diritto penale*[4], Torino, 2011, pp. 184 e 576; F. Ramacci, *Corso di diritto penale*[5], Torino, 2013, pp. 425 e 592; M. Romano, *Art. 158*, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*2, III, Milano 2011, p. 80. *Contra*, affermano che con il termine «consumazione» il legislatore nell'art. 158 cp abbia inteso invece riferirsi al momento in cui «il reato [...] ha raggiunto la massima gravità concreta» o a «in cui la offesa tipica raggiunge, nella situazione concreta, la maggiore gravità», con ciò implicando che il termine di prescrizione debba decorrere da tale momento, rispettivamente F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[9], Padova, 2015, pp. 427-428 e A. Pagliaro, *Il reato*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, pp. 332 e 334 (per una critica a quest'ultima tesi, accolta anche da Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 6.2, v. *infra* par. 6).

18. Ritiene, invece, che a fronte di «diverse, plausibili ricostruzioni del momento consumativo nel caso di disastro mediante contaminazione ambientale», si sarebbe dovuta scegliere «quella più conforme alle diverse *rationes* della prescrizione», le quali non imponevano affatto, nel caso di specie, la declaratoria di prescrizione del reato, L. Masera, *La sentenza*, cit., pp. 1587-1588.

19. Critici sulle tesi del Tribunale anche: D. Brunelli, *Il disastro*, cit., pp. 270-271; S. Corbetta, *Il "disastro innominato"*, cit., p. 291; G.L. Gatta, *Il diritto*, cit., p. 83; M. Venturoli, *Il caso*, cit., p. 1224; S. Zirulia, *Caso*, cit., p. 506. Persuaso dall'argomentazione dei giudici di merito, invece, L. Santa Maria, *Il diritto*, cit., p. 76.

minazione dell'evento e dell'offesa fosse radicalmente impossibile.

Si pensi, ad es., al delitto d'evento di lesione personale (art. 582 cp), in un caso di trasmissione di Hiv mediante rapporti non protetti: sia l'alterazione funzionale provocata dall'aggancio e penetrazione del virus nelle cellule dei linfociti T e dal successivo sviluppo dell'Aids (l'evento), sia l'offesa al bene giuridico dell'integrità fisica che ne deriva, perdurano anche molto tempo dopo la cessazione dei rapporti sessuali (la condotta).

In caso siffatto, in considerazione dell'incurabilità della malattia, dall'applicazione della nozione di evento perdurante, per come sembrerebbe essere stata elaborata dal Tribunale, potrebbe derivare addirittura la pratica imprescrittibilità del reato[20].

5. *(segue)* La tesi della Corte di appello

Adottava, poi, un'impostazione ancora diversa la Corte di appello di Torino, la quale, pur concordando con i giudici di prime cure in ordine all'impossibilità di ritenere prescritto il delitto di disastro contestato all'ormai unico imputato[21], prendeva innanzitutto le mosse da una *ridefinizione* dell'evento costitutivo del reato di cui all'art. 434, co. 1 e 2, cp.

Secondo i giudici d'appello, infatti, la nozione di disastro non includeva soltanto la «diffusione delle polveri di amianto all'interno degli stabilimenti, in aree private e pubbliche al di fuori dei predetti stabilimenti e presso le abitazioni private dei lavoratori», ma anche l'«eccezionale fenomeno di natura epidemica che il capo d'imputazione assume essersi verificato» nei siti coinvolti dalla contaminazione, in particolare costituito dall'«*eccesso di malattie asbesto-correlate* [...] che ha colpito» e, che continua a colpire, «le popolazioni interessate dall'esposizione all'amianto nell'arco di tempo preso in considerazione»[22].

Così, una volta ridefinita (e ampliata) la nozione penalmente rilevante di "disastro", e proprio motivando sulla base «delle modalità con cui l'evento, nel caso di specie, si è manifestato e si manifesta», la Corte di appello inseriva il delitto di disastro cd. innominato nella categoria dei reati «*a consumazione prolungata o a condotta frazionata*»[23], nell'ambito della quale, per giurisprudenza consolidata, rientrano – tra l'altro – reati quali *l'usura* (art. 644 cp) nel caso di pagamento reiterato di interessi usurari[24], il *furto* (art. 624 cp) perdurante di energia elettrica[25], *l'estorsione* (art. 629 cp) avente ad oggetto pagamenti dilazionati nel tempo[26], il *danneggiamento* (art. 635 cp) caratterizzato dalla ripetizione di più condotte lesive[27], la *truffa* (art. 640 cp) o la *truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche* (art. 640 *bis* cp), in casi in cui alla posizione in essere di uno o più artifici o raggiri siano seguiti molteplici atti di disposizione patrimoniale frazionati nel tempo[28].

---

20. La stessa Suprema Corte, del resto, osservava, con un'efficace *reductio ad absurdum*, come l'accoglimento della tesi del Tribunale potrebbe portare a dire che «in caso di lesioni, il reato si consuma non quando la malattia viene prodotta [...], ma quando la persona offesa guarisce». Sul punto cfr., però, le repliche di L. Masera, *La sentenza*, cit., p. 1582.

21. Uno degli imputati, infatti, decedeva per cause naturali nelle more del giudizio di appello.

22. Con queste parole, App. Torino, sez. III, 3 giugno 2013, Schimdheiny, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2013, p. 327.

23. Così, App. Torino, sez. III, 3 giugno 2013, Schimdheiny, cit., pp. 330-331 e pp. 479-480.

24. Da ultimo, Cass., Sez. II, 11 giugno 2015, n. 40380, Cardamone, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. V, 24 giugno 2014, n. 42849, Lagala, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 4 giugno 2014, n. 37693, D'Alessandro, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 6 dicembre 2012, n. 7208, Novelli, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 2 luglio 2010, n. 33871, Dodi, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 19 giugno 2009, n. 42322, Iannini, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 16 dicembre 2008, n. 3776, De Luca, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 34910, De Carolis, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2007, n. 26553, Garone, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 13 ottobre 2005, n. 41045, Casadei, in *C.E.D. Cassazione*.

25. Tra le più recenti: Cass. Sez. IV, 2 ottobre 2009, n. 1537, Durro, in *C.E.D. Cassazione*; Cass, Sez. IV, 23 gennaio 2009, n. 18485, Falcone, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 17036, Palermo, in *C.E.D. Cassazione*.

26. Così, Cass., Sez. V, 5 novembre 2010, n. 4919, Calabrese, in *C.E.D. Cassazione*.

27. Da ultimo: Cass., Sez. III, 18 marzo 2013, n. 32797, Rubegni, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. IV, 21 ottobre 2010, n. 9343, Valentini, in *C.E.D. Cassazione*.

28. In questo senso, da ultimo, Cass., Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 6864, Alongi, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28683, Battaglia, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 17 giugno 2009, n. 36502, Casella, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 11 luglio 2008, n. 31044, Miano, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 24 aprile 2007, n. 26256, Cornello, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 21 dicembre 2006, n. 316, Spera, in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Jolly Mediterraneo S.r.l., in *C.E.D. Cassazione*; Cass., Sez. II, 3 marzo 2005, n. 11026, Becchiglia, in *C.E.D. Cassazione*.

Dal riconoscimento della natura «a consumazione prolungata» del reato in esame, conseguiva poi l'applicabilità al delitto di cui all'art. 434, co. 1 e 2, cp della disciplina della prescrizione elaborata dalla giurisprudenza con riferimento a tale categoria di reati, secondo la quale – sembrerebbe – il termine necessario a prescrivere il reato va computato a partire dal momento in cui le condotte dell'agente hanno esaurito il proprio effetto lesivo del bene giuridico protetto[29].

In buona sostanza, insomma, come nel reato di usura avente ad oggetto la dazione rateale di interessi ultralegali, «il termine di prescrizione decorre dalla data in cui si è verificato l'elemento costitutivo del reato rappresentato dall'integrale adempimento dell'obbligazione usuraria e, nel reato di danneggiamento, tale termine decorre, nel caso in cui le condotte che lo integrano siano frutto non di unico atto bensì della ripetizione di condotte lesive, dalla commissione dell'ultima condotta», così, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di appello di Torino, «la prescrizione dovrà [...] essere fatta decorrere dal momento in cui sarà cessato il particolare fenomeno epidemico prima descritto»; dal momento, cioè, in cui «l'elemento costitutivo della fattispecie [sarà] consumato per l'intero»[30].

Da questo argomento veniva tratta, inoltre, la conclusione secondo la quale il delitto addebitato all'imputato non poteva considerarsi prescritto nemmeno con riferimento ai siti di Rubiera e Bagnoli, dal momento che l'eccesso di mortalità continuava ad affliggere anche le popolazioni ivi residenti.

A nostro avviso, anche la tesi accolta dalla Corte di appello di Torino presta al fianco ad almeno due ordini di obiezioni.

In primo luogo, non convince la premessa sulla quale poggia l'argomentazione dei giudici di appello, ovverossia l'elaborazione di una nozione estensiva di disastro, che riconduce all'evento costitutivo del delitto in esame anche le morti attribuibili alla sostanza tossica dispersa nell'ambiente dall'imputato.

Non solo, infatti, affermare «che nel disastro sono ricomprese le morti [...] comporta una completa riscrittura della figura delittuosa in questione, incompatibile con il suo profilo di tipicità»[31], ma, come correttamente rilevava la stessa Corte di cassazione, la tesi fatta propria dalla Corte di appello in ordine alla nozione di "disastro" appare insostenibile dal punto di vista sistematico, in quanto «rende punibile con pena massima sino a dodici anni la condotta di colui che dolosamente provoca, con una condotta produttiva di un disastro, plurimi omicidi, ovverossia, in sostanza, una strage: cosa questa [...] contraria al buon senso»[32].

In secondo luogo, non ci sembra condivisibile l'idea dei giudici di appello di applicare ai reati cd. a «consumazione prolungata» una disciplina della prescrizione differenziata, che àncora il *dies a quo* della prescrizione a un momento *successivo* a quello di «consumazione» (art. 158, co. 1, cp); concetto che, come abbiamo visto, fa semplicemente riferimento al momento in cui *per la prima volta* sono stati integrati ciascuno degli elementi costitutivi descritti dalla rispettiva norma incriminatrice di parte speciale.

Siamo consapevoli, infatti, dell'esistenza di una consolidata giurisprudenza che ritiene ammissibile, nei reati cd. a «consumazione prolungata», far decorrere il termine di prescrizione dal momento in cui si è esaurito il pregiudizio arrecato dall'imputato al bene giuridico protetto; sia consentito, tuttavia, osservare nuovamente che, ai sensi dell'art. 158, co. 1, cp, l'unica eccezione alla regola che individua il *dies a quo* della prescrizione nel momento in cui *per la prima volta* è realizzata la norma incriminatrice è dettata con riferimento ai *reati permanenti*, e che, del reato «a consumazione prolungata», l'art 158 cp non fa alcuna menzione[33].

---

29. Questo il principio che parrebbe trarsi da Cass., Sez. IV, 21 ottobre 2010, n. 9343, Valentini, cit.; Cass., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28683, Battaglia, cit.; Cass., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 15669, Oriolo, cit.; Cass., Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 17036, Palermo, cit.; Cass., Sez. II, 11 luglio 2008, n. 31044, Miano, cit.; Cass., Sez. II, 3 marzo 2005, n. 11026, Becchiglia, cit. Invero, non è facilissimo trarre dalla giurisprudenza che si è occupata della categoria del reato «a consumazione prolungata» una regola chiara con riferimento all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione; si tratta, piuttosto, e com'è forse inevitabile data l'origine giurisprudenziale della categoria, di soluzioni orientate sul caso concreto, non prive, talvolta, di una certa arbitrarietà: *cfr*., ad es., Cass., Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 6864, Alongi, cit., ove si afferma che il *dies a quo* della prescrizione decorre dal momento in cui è stata posta in essere l'ultima condotta illecita.

30. Così App. Torino, sez. III, 3 giugno 2013, Schimdheiny, cit., pp. 479-480.

31. Efficacemente, con queste parole L. Masera, *La sentenza,* cit., p. 1583; ; Id., *Dal caso*, cit., pp. 160-161. Nello stesso senso: D. Brunelli, *op. loc. cit.*; D. Castronuovo, *Il caso*, cit., pp. 19 ss.; S. Corbetta, *op. loc. cit.*; G.L. Gatta, *Il diritto*, cit., p. 84; M. Paoli, *Esposizione*, cit., pp. 1819 ss.; M. Venturoli, *op. loc. cit.*

32. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 7.4. In questo senso, già prima della sentenza della Cassazione, L. Masera, *Evidenza*, cit., p. 355; Id., *Dal caso*, cit., p. 161. Concorda sul punto: M. Venturoli, *Il caso*, cit., p. 1225.

33. Ritiene illegittima la posizione giurisprudenziale in ordine all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione nei reati cd. a consumazione prolungata, pur con diversa argomentazione, anche: D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, pp. 75 ss.

E non valga, a riguardo, l'esempio, fatto dai giudici di appello, del reato di usura (art. 644 cp) con dazioni rateali di interessi illeciti, posto che, in tal caso, è la legge – e, precisamente, l'art. 644 *ter* cp – ad affermare *espressamente* che «la prescrizione del reato di usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale», ponendo così una regola la cui funzione risulterebbe scarsamente intellegibile, se tale norma avesse funzione meramente "dichiarativa", e non derogatoria, della disciplina generale in tema di individuazione del *dies a quo* della prescrizione dettata dall'art. 158, co. 1, cp.

6. *(segue)* La tesi della Corte di cassazione

Una conclusione ancora differente era, infine, tratta dalla Corte di cassazione, che fondava la propria decisione essenzialmente sulla distinzione tra il momento di «perfezione» e quello di «consumazione» del reato[34].

In particolare, con il termine "*perfezione*" i giudici di legittimità indicavano il momento di «realizzazione di tutti gli elementi della fattispecie nel loro contenuto "minimo"», che «segna [...] la linea di confine per la configurabilità del tentativo»; mentre con il diverso nome di "*consumazione*" era denominato il «momento in cui si chiude l'*iter criminis* e il reato perfetto raggiunge la massima gravità concreta riferibile alla fattispecie astratta».

La distinzione assumeva rilevanza perché solo il momento di "consumazione", e non quello di "perfezione", segnava, secondo la Corte di cassazione, il *dies a quo* «ai fini del decorso della prescrizione» con riferimento a diverse categorie di reato, come i «reati permanenti», i «reati necessariamente abituali», i reati «eventualmente abituali» e, infine «i reati cosiddetti istantanei realizzati mediante una condotta prolungata o frazionata»[35].

Tuttavia, si affrettava a precisare la Suprema Corte, «in tanto nel reato permanente (e nel reato istantaneo a condotta perdurante) si determina uno spostamento in avanti della consumazione rispetto al momento di iniziata realizzazione del reato, in quanto, e fino a quando, la condotta dell'agente "sostenga" concretamente la causazione dell'evento»[36].

Secondo la Corte di cassazione, dunque, il *dies a quo* della prescrizione era innanzitutto individuato dal momento in cui il reato aveva raggiunto la massima gravità in concreto; tuttavia, nell'ambito dei reati permanenti e dei reati «a condotta perdurante» o «prolungata», non era comunque possibile prendere in considerazione quale *dies a quo* un istante successivo a quello in cui era cessata la condotta addebitata all'imputato.

Calando tali principi nel procedimento oggetto di decisione, i giudici di legittimità osservavano, da un lato, che «l'evento del reato di disastro si era «realizzato e venuto ad acquistare le connotazioni di straordinaria portata degenerativa dell'*habitat* naturale parallelamente e contestualmente alla prosecuzione dell'attività di lavorazione dell'amianto, e il *momento di sua massima espansione* [...] non può collegarsi a momenti successivi alla chiusura degli stabilimenti»[37]; dall'altro, seppur senza qualificare espressamente il reato quale «reato permanente» o «a condotta perdurante», affermavano che nel giugno 1986, anno in cui venne dichiarato il fallimento della società del gruppo, «*venne meno ogni potere gestorio riferibile all'imputato e al gruppo svizzero e gli stabilimenti cessarono [...] l'attività produttiva* che aveva determinato e completato per accumulo e progressivo incessante incremento la disastrosa contaminazione dell'ambiente lavorativo e del territorio circostante»[38].

---

34. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 6.1, dal quale sono tratte, ove non diversamente specificato, le citazioni che seguono. L'origine della distinzione, che affonda le proprie radici nella tradizione dogmatica tedesca (spunti essenziali in A. Eser, N. Bosch, *Vorbemerkungen zu den 22§ ff.*, in A. Eser (a cura di), *Schönke/Schröder*, cit., pp. 414 ss.), può rintracciarsi nella monografia di C. Adornato, *Il momento consumativo del reato*, Milano, 1966, pp. 5 ss., le cui tesi sono successivamente riprese ed elaborate da F. Mantovani, *Diritto*, cit., pp. 427 ss. e A. Pagliaro, *Il reato*, cit., pp. 331 ss. Sottolinea, invece, la laconicità della sentenza e la conseguente difficoltà di individuare una chiara *ratio decidendi,* L. Masera, *La sentenza*, cit., pp. 1583 ss.

35. Per non affollare la trattazione di questioni poco rilevanti ai fini della soluzione del problema che qui interessa, prescindiamo in questa sede dall'analisi degli argomenti spesi dalla Corte di Cassazione per qualificare l'ipotesi di cui al co. 2 dell'art 434 cp quale circostanza aggravante, e non, invece, quale reato autonomo, come avevano concluso i giudici di prime e seconde cure. I giudici di legittimità, infatti, concludevano comunque nel senso che l'attribuzione di natura circostanziale all'ipotesi di cui al capoverso dell'art. 434 cp non incidesse sull'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, poiché «la data di consumazione comunque coincide con il momento in cui l'evento si è realizzato (*cfr.* Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 6.3, 6.4).

36. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 7.4.

37. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 8.2.

38. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, cit., § 8.

Pertanto, avendo il reato raggiunto la «massima espansione» prima della chiusura degli impianti, ed essendo cessate le condotte addebitate all'imputato al momento del fallimento del gruppo societario, la consumazione del disastro non poteva comunque considerarsi protratta oltre «il mese di giugno dell'anno 1986»[39] e la sentenza d'appello doveva essere annullata senza rinvio per prescrizione del reato, intervenuta addirittura prima della sentenza di primo grado[40].

A nostro avviso, pur essendo condivisibile nel merito[41], anche la soluzione adottata dalla Corte di cassazione non si sottrae ad almeno due diverse considerazioni critiche.

In primo luogo, non ci pare persuasiva la tesi, posta in parte alla base della pronuncia di annullamento, secondo la quale il momento di "*consumazione*" – inteso quale «momento in cui [...] il reato perfetto raggiunge la massima gravità concreta» – determina il *dies a quo* della prescrizione – tra gli altri – nei reati permanenti e nei reati a consumazione (nel linguaggio della Suprema Corte: «condotta») prolungata.

Per quanto riguarda i *reati permanenti*, infatti, non è al momento di «consumazione» – così come inteso dalla Corte di cassazione – che l'art. 158, co. 1, cp àncora il *dies a quo* della prescrizione, bensì, espressamente, al «giorno in cui è cessata la permanenza», che, ad ogni buon conto, non necessariamente coincide col momento in cui l'offesa al bene giuridico protetto ha raggiunto la massima intensità in concreto[42].

Per quanto riguarda, poi, i *reati «a consumazione o a condotta prolungata»,* siamo costretti a richiamare nuovamente quanto già detto in sede di commento alla decisione di appello[43]. Anche ai reati inseriti nella categoria della «consumazione prolungata», infatti, in assenza di deroga legislativa espressa, sembrerebbe doversi semplicemente applicare la regola dettata dall'art. 158, co. 1, cp *per ogni «reato consumato» non permanente*, secondo la quale la prescrizione va computata dal momento in cui *per la prima volta* una determinata fattispecie concreta si lascia sussumere in una determinata figura criminosa – dal momento, cioè, denominato dalla Corte di cassazione con il termine "*perfezione*" del reato – e non certo dal momento in cui la lesione al bene giuridico tutelato raggiunge la massima gravità in concreto.

In secondo luogo, non può non rilevarsi che l'altro principio posto alla base della decisione, secondo il quale, nei reati permanenti e «a consumazione prolungata», la consumazione può essere spostata avanti nel tempo soltanto in quanto «la condotta dell'agente "sostenga" concretamente la causazione dell'evento», sia stato applicato senza previa qualificazione del delitto di disastro nell'una o nell'altra categoria di reato.

In altri termini, pur enunciando un principio la cui applicazione era subordinata alla qualificazione del reato come permanente o «a consumazione prolungata», la Suprema Corte non si peritava di spiegare se, e per quale ragione, il reato avrebbe dovuto essere considerato permanente o, viceversa, «a consumazione prolungata», così evitando del tutto di confrontarsi con la propria copiosa – anche se, a nostro avviso, non condivisibile – giurisprudenza antecedente che ad es., nell'ambito dei reati a consumazione prolungata, non esitava a fissare il *dies a quo* della prescrizione in momenti ben successivi a quello in cui veniva posta in essere l'ultima condotta posta in essere dall'agente[44].

Sarebbe risultato, invece, molto più lineare (e giuridicamente condivisibile) un percorso argomentativo che avesse preso le mosse dalla qualificazione del

39. Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny, loc. cit.

40. Si noti che, pur con una sentenza stringata, la Suprema Corte era giunta alle stesse conclusioni con riferimento al caso "Sacelit", che presentava decise somiglianze con quello in esame: *cfr.* Cass., sez. IV, 28 maggio 2014, n. 32170, Vicini, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2014, con nota di S. Zirulia, *L'amianto continua a uccidere, ma il disastro è già prescritto. Un altro caso "tipo Eternit"*.

41. Considerano sostanzialmente corretta la conclusione della Suprema Corte sul punto dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione: D. Brunelli, *Il disastro*, cit., p. 271; F. Forzati, *Irrilevanza*, cit., p. 31; G.L. Gatta, *Il diritto*, cit., pp. 82 ss.; R. Muzzica, *Brevi note*, cit., p. 360; G. Ruta, *Problemi*, cit., p. 303; A. Scarcella, *Prescrizione*, cit., p. 119; M. Venturoli, *Il caso*, cit., pp. 1224-1225. In senso critico, invece, pur con posizioni anche molto diverse tra loro: S. Corbetta, *op. loc. cit.*; L. Masera, *La sentenza*, cit., pp. 1585 ss.; L. Santa Maria, *Il diritto*, cit., pp. 74 ss.

42. Basti pensare, in ipotesi, a un sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cp), durato mesi, nel corso del quale, dopo un primo periodo di stretta prigionia, in cui massima è la privazione della libertà personale della vittima, il prigioniero venga lasciato libero di muoversi nelle prossimità del casolare dell'Ogliastra nel quale è trattenuto contro la propria volontà. In un caso siffatto, risulterebbe del tutto contrario al buon senso computare il termine di prescrizione dal momento in cui il reato ha raggiunto la maggior gravità in concreto – e cioè, dal momento di massima privazione della libertà personale – e non dal successivo momento di cessazione della permanenza, in cui il sequestrato viene finalmente rimesso in libertà.

43. V. *supra* par. 4.

44. Per i necessari riferimenti giurisprudenziali e alcune sintetiche critiche a tale giurisprudenza, *cfr. supra* par. 5, e in particolare nota 29.

delitto di disastro come reato permanente e, una volta riconosciuta la natura permanente del reato, avesse applicato *de plano* la regola prevista dall'art. 158, co. 1, cp, secondo la quale il *dies a quo* della prescrizione decorre «dal giorno della cessazione della permanenza».

D'altronde, una volta ricondotta la contaminazione ambientale che aveva devastato i siti industriali e le zone limitrofe alla nozione di disastro, nulla ostava alla qualificazione del delitto in analisi quale "reato permanente".

È pur vero, infatti, che la dottrina maggioritaria ritiene che il reato permanente sia caratterizzato dal perdurare della condotta tipica del reato, e normalmente non menziona il caso in cui – come nella fattispecie concreta in analisi – sia perdurato anche l'evento[45]; è anche vero, però, che il riferirsi al necessario protrarsi della sola condotta tipica quale requisito della permanenza ha sempre rappresentato, per tutti gli Autori, soltanto una sineddoche: nessuno ha mai sostenuto, ad es., che un sequestro di persona debba essere addebitato all'agente per l'intero anche se, dopo un certo periodo di tempo questi sia divenuto non più imputabile, o sia intervenuta, per qualche motivo, una causa di giustificazione[46].

Un'osservazione, quest'ultima, che, seppur nominalmente tratta per sottolineare la necessità del perdurare dell'antigiuridicità o della colpevolezza ai fini del riconoscimento della permanenza del reato, non può *a fortiori* non valere per un elemento costitutivo della tipicità, quale è l'evento, e che, del resto, sembra imposta dallo stesso principio di legalità, il quale non può certo essere accantonato una volta che la norma incriminatrice venga realizzata per la prima volta.

La qualificazione di un reato come permanente, insomma, deriva non soltanto dal perdurare della condotta, ma richiede il perdurare di «tutti gli elementi costitutivi di cui il reato si compone, oggettivi e soggettivi», che devono essere costantemente presenti, qualunque sia l'istante che si prende in considerazione[47].

Il reato contestato nel caso di specie, pertanto, avrebbe dovuto essere qualificato come permanente – essendo perdurati nel tempo, per un certo periodo, sia la condotta, costituita dalla diffusione dell'ambiente di fibre d'amianto, sia l'evento, costituito dall'*immutatio loci* pericolosa per la pubblica incolumità – e il termine di prescrizione avrebbe dovuto essere computato «dal giorno in cui è cessata la permanenza» (art. 158, co. 1, cp).

Anche questo percorso argomentativo, però, avrebbe portato all'infausto esito rappresentato dalla dichiarazione di prescrizione del reato: il momento di cessazione della permanenza del reato di disastro cd. innominato non poteva, infatti, che essere ancorato all'istante indicato – sia pur ad esito di una motivazione non del tutto persuasiva – dalla Corte di cassazione, ovverossia al momento della chiusura degli stabilimenti.

Se, infatti, la permanenza richiede il perdurare di tutti gli elementi del reato, il momento della sua cessazione è necessariamente determinato dal venir meno anche di uno soltanto degli elementi costitutivi del reato medesimo, e quindi, in primo luogo, dal venir meno della stessa condotta tipica.

Così, con riferimento al reato di cui all'art. 434, co. 1 e 2, cp, la permanenza non poteva considerarsi cessata in un momento successivo a quello in cui era cessata la condotta di diffusione dell'amianto addebitata all'imputato; non oltre, dunque, il mese di giugno del 1986, nel quale i cancelli delle fabbriche chiudevano definitivamente, e con essi la diffusione nell'ambiente del materiale cancerogeno ad opera dell'imputato.

Conclusioni

Ad esito di questa breve ricostruzione critica del caso *Eternit*, è ora possibile trarre qualche osservazione di ordine generale sul tema in oggetto.

In primo luogo, ci pare che le conclusioni della Corte di cassazione in ordine all'individuazione del giorno a partire dal quale dev'essere computata la prescrizione del delitto di cui all'art. 434 cp siano tranquillamente estensibili al nuovo delitto di *disastro ambientale* (art. 452 *quater* cp).

45. Nota questo aspetto peculiare del caso in analisi L. Masera, *La sentenza*, cit., p. 1585.

46. *Cfr.*, *ex multis*, nella manualistica: F. Antolisei, L. Conti, *Manuale*, cit., p. 269; C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale*, cit., p. 213. Nel resto della dottrina, v.: L. Alibrandi, voce *Reato permanente*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1993, pp. 3-4; G. Grisolia, *Il reato permanente*, Padova, 1996, pp. 51-52 e pp. 80-81; A. Pecoraro-Albani, *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 440 ss.; R. Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, pp. 42 ss. e pp. 94 ss.

47. Così G. De Francesco, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 575. In senso (esplicitamente) conforme anche: R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 149-150; F. Coppi, voce *Reato permanente*, in *Dig. pen.*, 1996, p. 323; T. Padovani, *Diritto*, cit., p. 268; M. Romano, *Pre-Art. 39*, in Id., *Commentario*, cit., I, pp. 344-345.

Anche il delitto di cui all'art. 452 *quater* cp infatti, è costruito come reato causale puro, la cui realizzazione dipende dalla verificazione di almeno uno tra i tre diversi eventi in esso descritti, che, alternativamente, «costituiscono disastro»: l'alterazione irreversibile di un ecosistema, l'alterazione di ecosistema che risulti particolarmente onerosa da eliminare, ovvero una compromissione ambientale in grado di proiettare i propri effetti offensivi sulla pubblica incolumità.

Esattamente come il reato di cui all'art. 434, co. 2, cp, allora, il nuovo delitto di disastro ambientale potrà dirsi permanente se e fino quando l'autore, dopo l'iniziale condotta causativa dell'evento, avrà posto in essere una o più nuove condotte causali rispetto al peggioramento dell'evento-disastro già verificato, e la prescrizione di tale delitto andrà, a nostro avviso, computata a partire dal momento in cui tale permanenza sarà cessata; vale a dire, dal momento in cui sarà stato posto in essere l'ultimo frammento di condotta tipica, e si sarà correlativamente verificato l'ultimo aggravamento dell'evento-disastro ad essa imputabile.

In secondo luogo, la vicenda *Eternit* mostra, se ancora ce ne fosse bisogno, come il meccanismo della prescrizione delineato dagli art. 157 ss. cp sia urgentemente bisognoso di una radicale riforma; e non solo sotto il profilo – maggiormente discusso – della determinazione della *quantità di tempo* necessaria a prescrivere il reato, ma anche sotto l'aspetto – spesso sottovalutato – della specificazione delle regole deputate all'individuazione del *momento* dal quale il tempo della prescrizione dev'essere computato.

È pur vero che, almeno per quanto riguarda i nuovi delitti contro l'ambiente, eventuali future declaratorie di prescrizione sembrano essere state scongiurate per mezzo del raddoppio dei termini prescrizionali per i delitti di cui agli artt. 452 *bis* ss. cp (art. 157, co. 6, cp); tuttavia, rimane ad oggi sul tavolo la questione, più generale, della lacunosità delle regole dettate dall'art. 158 cp al fine di determinare il *dies a quo* della prescrizione.

L'art. 158 cp, infatti, menziona attualmente soltanto il «reato tentato», il «reato consumato» e quello «permanente», quando invece, com'è noto, la prassi conosce e impiega anche altre categorie concettuali – come il reato «a consumazione prolungata» o il «reato abituale» – che, sempreché non si vogliano dismettere, esigerebbero un set di regole a loro espressamente dedicate, tali da permettere agli organi d'accusa, agli imputati e ai collegi giudicanti di muoversi con sicurezza in un terreno dogmaticamente "impervio" come quello dell'individuazione del *momento* a partire dal quale dev'essere computata la prescrizione penale.

L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena

di *Riccardo De Vito*

A chi è dedicato il tempo della pena? Al detenuto che mira a raggiungere l'orizzonte della risocializzazione promessa dalla Costituzione o a una società dominata dalla paura e dalla preoccupazione che questo tempo passi troppo velocemente?

Le riflessioni che seguono intendono prendere in esame la penalità esecutiva, in particolare quella carceraria, sotto il profilo della dimensione temporale. La prospettiva appare utile per ripercorrere brevemente la storia della prigione e per vagliare il suo stato di salute attuale. Qualche breve considerazione, inoltre, deve essere dedicata dal lato della giurisdizione rieducativa all'istituto della prescrizione.

E gli anni stan passando tutti gli anni insieme
ha già i capelli bianchi e non lo sa.
Questa sera vengo fuori Maria
vedrai che bella la città

Lucio Dalla, *La casa in riva al mare*

1. Tempo ed esecuzione penale

La dimensione temporale è una lente di ingrandimento formidabile per indagare a fondo l'esecuzione penale.

Basta evocare termini come carcere e reclusione per connettersi immediatamente con la prospettiva del passare degli anni, con le previsioni edittali, con gli aggettivi che connotano la pena in termine di brevità o lunghezza, con il dramma del tempo senza fine degli ergastolani.

Più a fondo, va osservato che è la stessa questione del tempo – si vedrà in seguito in che modo e sotto quale angolazione – a far decollare definitivamente l'idea che la privazione della libertà per un determinato intervallo temporale possa essere l'equivalente del danno perpetrato con il reato. È ancora la dimensione del divenire, riscritta dalla Costituzione nell'ottica della risocializzazione, a rimuovere dall'ordinamento i paradigmi retribuzionisti.

Su un punto, infatti, deve essere fatta subito chiarezza: la Costituzione non ammette forme verbali diverse dal futuro per coniugare la pena. Il diritto a un futuro, *preso sul serio*, ha persino comportato la nascita di una figura di magistrato specializzato, dedito alla verifica del protrarsi della pretesa punitiva.

Occorre chiedersi, tuttavia, se retaggi del passato, paure contemporanee e mentalità diffuse operino ancora, e in quale misura, in maniera tale da far abbassare lo sguardo dall'orizzonte dell'art. 27. La questione diventa bruciante se l'attenzione va a porsi, come deve, sul mondo e sui tempi del carcere. Del resto, sono i tassi di carcerizzazione, dal 2016 di nuovo in crescita, a testimoniare il carattere ancora baricentrico della prigione nel sistema di esecuzione.

E allora un interrogativo diventa cruciale: il tempo costituzionale della pena e il tempo dell'istituzione coincidono? Le risposte consentono di immaginare modelli diversi per il futuro e, anche, di gettare uno sguardo più attento su alcuni istituti di diritto sostanziale che sempre con il tempo hanno a che fare.

2. Tempo della Costituzione e giudice del tempo

Si può affermare senza timore di smentita che la centralità della questione del tempo nella penalità

esecutiva di matrice costituzionale è conseguenza diretta della centralità della persona in questo segmento della giurisdizione.

Due disposizioni di legge assumono particolare valore simbolico nel delineare lo slittamento del campo di indagine dal fatto alla persona, che si compie parallelamente al passaggio dalla giurisdizione di cognizione a quella, in senso lato, "rieducativa".

Sul primo versante, l'art. 220, comma 2, del codice di procedura penale obbliga giustamente a tenere l'attenzione incollata a fatti storici puntuali: «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non sono ammesse perizie per stabilire [...] il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». È una norma, questa, che al di là della sua rilevanza pratica, presidia giudizi basati sulla concreta offensività delle condotte e ammonisce sulla necessità di prevenire straripamenti nel campo insidioso del diritto penale d'autore. Niente decisioni, dunque, che possano trarre argomenti risolutivi, sia pure a livello di sfondo alogico della motivazione, dalla personalità dell'imputato e dalle sue qualità.

Su tutt'altro terreno, in ideale contrappunto, si muove l'art. 13 dell'Ordinamento penitenziario: «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale». Al di là dei sedimenti linguistici di stampo deterministico, la formulazione normativa è chiaramente prescrittiva di un trattamento e di una conseguente giurisdizione che mettano a fuoco non più la fotografia di un accadimento storico, ma la personalità dell'uomo, la sua costruzione fisica, esistenziale e sociale, il suo sviluppo e le auspicabili trasformazioni.

Certo, non si deve cedere alla tentazione di una visione semplicistica che pretenda di far scomparire il soggetto dall'orizzonte della cognizione o di far uscire i fatti dai recinti della rieducazione, ma non vi è dubbio che, mentre il fatto puntuale di reato costituisce il perno dell'accertamento processuale, la persona del condannato occupa il centro della scena dell'esecuzione.

Ingresso della persona significa, *tout court*, ingresso del tempo o, meglio, di quella particolare dimensione del tempo che è correlata ai concetti di cambiamento, mutamento, metamorfosi. È la stessa Costituzione (art. 27, comma 3), del resto, a non inchiodare la persona all'istantanea del reato e a promettere una pena che sia «tensione», tempo verso qualcosa, e in particolare verso quel futuro di risocializzazione che è l'obiettivo di un sistema penale democratico. La penalità costituzionale alza lo sguardo dal reato per concentrarlo sugli uomini e sulla loro evoluzione, dal momento che, come scriveva Henry Bergson, «per un essere cosciente esistere significa mutare, mutare significa maturarsi, maturarsi significa creare indefinitivamente se stesso»[1]. La pena costituzionale presuppone la possibilità di cambiare e il cambiamento presuppone il problema del tempo.

La prospettiva diacronica, dunque, entra nel sistema e lo plasma, a partire dalle forme e dalle caratteristiche della giurisdizione. Vediamone subito alcune.

Per accertare la sussistenza dei fatti e la loro conformità alle fattispecie incriminatrici l'autorità giudiziaria deve funzionare come *macchina retrospettiva* e lo deve fare nel solco dei binari tracciati dal sistema accusatorio, unica garanzia dell'attendibilità del risultato conoscitivo. Di qui la necessità del giudice terzo, *tabula rasa*, equidistante dalle parti. Ogni fatto richiede interpretazione e la dialettica garantisce la possibilità di attraversare tutti i punti di vista.

Nella giurisdizione rieducativa cambia in modo radicale la prospettiva. Lo chiarisce la Corte costituzionale, nella celebre sentenza 204/1974: «sorge il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». Quella appena riportata non è soltanto la decisione che sottrae al Ministro di giustizia la competenza a concedere la liberazione condizionale per attribuirla al giudice ordinario. È un arresto, più a fondo, che disegna i compiti e le funzioni del futuro magistrato di sorveglianza, destinato a scrutinare il *protrarsi* della pretesa punitiva e riesaminarla costantemente. Nasce un giudice che ingloba il dominio del tempo, che deve seguire il condannato nella *longue durée* e che, per essere all'altezza di questo compito, lascia gli abiti di un'astratta terzietà per indossare quelli della prossimità. Ecco, dunque, il magistrato che, per statuto epistemologico potremmo dire, segue da vicino la persona in espiazione, entra in carcere e svolge colloqui, valuta i cambiamenti e le potenzialità, mette assieme passato, presente e futuro, riporta la propria esperienza di contaminazione e il sapere acquisito sul campo all'interno dei collegi giudicanti.

L'esecuzione penale, dunque, richiede un giudice con arnesi scientifici diversi da quello di cognizione,

1. H. Bergson, *L'evoluzione creatrice,* Laterza, Bari, 1957 (trad. it), p. 8.

più al passo col tempo delle persone e in grado di valutare, anche per conoscenza diretta, i percorsi umani che si snodano nell'espiazione.

Non si tratta più di mettere a fuoco un punto del passato, ma di vedere in presa diretta il tempo della pena, per verificare se la percezione che il condannato ha del proprio cambiamento coincida con quella dell'ordinamento; per accertare, in sostanza, se «il tempo personale combaci con quello costituzionale» della risocializzazione.

Risuonano chiare le parole di Sandro Margara e l'irrimediabile antitesi tra ruolo di garanzia *statico* e ruolo di garanzia *dinamico*: «Quando la normativa di cui si deve garantire il rispetto è una normativa dinamica, incentrata sul perseguimento di uno scopo quale quello della risocializzazione del soggetto, l'attività dell'organo giudiziario è anche attività di promozione del raggiungimento di quello scopo: non si garantisce l'effettivo rispetto della norma, se non stimolando, promuovendo la creazione delle condizioni perché l'azione penitenziaria si muova verso quel certo scopo, che rappresenta il parametro di valutazione della conformità alla legge di quanto si viene facendo»[2]. Si tratta di sintassi rivelatrice: la questione temporale informa anche la giurisdizione esecutiva e le sue metodologie. Il giudice di cognizione è disegnato per ricostruire *il fatto*, il magistrato di sorveglianza ha il compito di valutare *quanto si viene facendo*.

Tempo, cambiamento, dinamismo hanno creato un nuovo giudice. Possiamo dire che hanno anche consolidato nuove prassi di espiazione? La domanda può essere formulata in altro modo: il tempo della pena, e soprattutto della pena in carcere, è in concreto un tempo proficuamente impiegabile per conquistare l'obiettivo della risocializzazione? Per rispondere a queste domande, che si ricollegano agli interrogativi svolti in premessa, occorre fare qualche passo indietro e tornare alle origini della penalità moderna, per poi spostare lo sguardo dentro l'orologio dell'istituzione totale.

3. Il tempo alle origini della prigione

L'equazione pena uguale carcere, come noto, è un'invenzione della modernità, nella quale è proprio la questione del tempo a svolgere una funzione determinante.

Nel momento in cui, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, va tramontando *la lugubre festa punitiva* dei supplizi, il carcere dismette il ruolo di custodia preventiva degli indagati e assurge a strumento principale di un'esecuzione penale che non ha più il corpo del condannato quale unico oggetto della pretesa punitiva. È un cambiamento radicale: in epoca feudale a processi inquisitori segreti corrispondeva lo spettacolo pubblico e rituale dei supplizi; nella società borghese, ormai plasmata dal capitalismo e attraversata dalle ideologie illuministe, il processo (sempre rigorosamente inquisitorio) inizia lentamente ad aprire i battenti al pubblico e la punizione inizia ad occultarsi all'interno di un carcere rifunzionalizzato.

Per afferrare quanto importante sia la problematica della misurazione del tempo in questo mutamento di paradigma culturale è utile prendere le mosse dalla incisiva descrizione che Michel Foucault offre di quel passaggio storico: «il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a una economia di diritti sospesi»[3]. Un'economia, si potrebbe aggiungere, tutta basata su calcoli e proporzioni che presuppongono una nuova possibilità di *stimare* il tempo e la libertà personale degli uomini.

Il transito da una pena che distrugge il corpo del suppliziato nella ruota a una pena che sottrae libertà per un periodo di tempo calcolato in giorni, mesi e anni rende necessario ripensare il concetto di retribuzione e implica la valorizzazione, in termini puramente economici, del bene fondamentale della libertà personale. Come è stato acutamente rilevato «in presenza di un sistema socio-economico – quale quello feudale – in cui non era ancora compiutamente storicizzata l'idea del "lavoro umano misurato nel tempo" (leggi: lavoro salariato) la pena retribuzione, come scambio misurato sul valore, non era in grado di trovare nella privazione del tempo l'equivalente del reato. L'equivalente del danno prodotto dal reato si realizzava, invece, nella privazione di quei beni socialmente avvertiti come valori: la vita, l'integrità fisica, il denaro, la perdita di *status*»[4].

Il sistema di produzione capitalistico, in sostanza, attraverso la riduzione di tutte le forme di ricchezza al lavoro umano misurato nel tempo, apre la strada alla concezione della pena come privazione della libertà per un periodo di tempo predeterminato in via astrat-

2. Alessandro Margara. *La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza,* in F. Corleone (a cura di), in particolare, *Considerazioni generali sulle attività degli uffici di sorveglianza*, Firenze, Fondazione Michelucci Press, 2015, p. 43.

3. M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, p. 13.

4. D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977. Considerazioni analoghe in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, trad. it. , Il Mulino, Bologna, 1978.

ta. Alla radice delle cornici edittali, dei minimi e dei massimi sanzionatori, dei calcoli dosimetrici astratti del legislatore si colloca indubbiamente una nuova misurazione economica e sociale del tempo, scandita dai ritmi di produzione e non dai cicli della vita e della natura.

La teoria che correla la nascita della prigione moderna allo sviluppo del sistema capitalistico di produzione è certamente soltanto una delle teorie idonee a giustificare lo sviluppo dell'istituzione segregante e accanto ad essa se ne pongono altre che consentono una lettura più articolata e non meramente sovrastrutturale del fenomeno. Va detto, tuttavia, che è sulla linea del tempo misurato in giornate di lavoro umano che si innestano e trovano il loro solco ideale tutti i ragionamenti in termini di durata, proporzionalità, uguaglianza e utilità della pena e la conseguente scienza della legislazione penale.

La questione del tempo è dunque costitutiva della penalità moderna e contemporanea.

È sempre in connessione con la misurazione sociale del tempo, e in particolare con la tematica della scissione tra dimensione oggettiva e soggettiva del tempo, che si aprono anche gli scenari della crisi del retribuzionismo illuminista e della sua critica. L'*utopia punitiva* basata sulla perfetta proporzionabilità della pena vacilla davanti a interrogativi che mettono in dubbio il principio egualitario del tempo della pena. Tocchiamone con mano uno particolarmente significativo: «cinque anni di reclusione comminati ad una persona di trent'anni in perfette condizioni di salute sono equivalenti a cinque anni di reclusione comminate ad una persona anziana, o ad una colpita da grave malattia a prognosi infausta[5]?» Ma il tempo è materia delicata e va maneggiato con cura anche sul terreno della prevenzione generale. Le insidie del principio ugualitario della durata della privazione della libertà non colpiscono solo gli approcci retribuzionisti: pene non differenziate per reati caratterizzati da un diverso livello di aggressione ai beni fondamentali, come nel caso di furto e rapina, inducono il reo a scegliere la condotta più grave che, a parità di sanzione minacciata, consente un minor rischio di esposizione alla reazione penale e una maggiore possibilità di ottenere il profitto connesso alla consumazione del reato.

I ragionamenti sviluppati sin qui consentono di avere chiaro, al di là delle contraddizioni intrinseche, che la progressiva egemonia della pena detentiva carceraria nei sistemi di controllo del crimine scaturisce da quanto si è detto a proposito della valorizzazione in termini economici degli intervalli temporali misurati in giorni, mesi, anni. Diventa possibile, in tal modo, creare un'equivalenza tra danno del reato e tempo sottratto alla vita del condannato. Si aggiunga, inoltre, che il meccanismo lascia integro il corpo del condannato, con il solo positivo effetto di addomesticarne l'anima.

Il legame tra pena detentiva e struttura del tempo, tuttavia, è ancora più stretto se il campo di indagine si sposta dentro gli ingranaggi del penitenziario. È un passaggio obbligatorio, come si è anticipato in apertura, per tentare di rispondere alle domande sulla effettiva proficuità, in termini di rieducazione, del tempo della pena.

4. Il tempo dentro il carcere

L'organizzazione sociale del tempo, come visto, ha fatto da levatrice al moderno penitenziario. È essenziale a questo punto chiedersi se quella levatrice abbia inciso anche sul funzionamento reale dell'istituzione totale, sulla gestione del tempo dentro il carcere e se questa gestione si sia andata trasformando in parallelo con il modificarsi della realtà economica e sociale che aveva preceduto e accompagnato la nascita della prigione. Il tema da sondare, dunque, è quello «dell'inveramento della pena stabilita dal legislatore nelle strutture materiali destinate all'esecuzione»[6].

Non è questa la sede per un'analisi dettagliata dei diversi sistemi penitenziari concepiti e sperimentati nella storia, da quello filadelfiano a quello auburniano fino ai sistemi misti. Quello che è interessante notare è che, a prescindere dal modello di volta in volta dominante, il tempo alienato e alienante della fabbrica sia penetrato anche nel carcere e sia divenuto una modalità fondamentale della costruzione di rapporti verticali e gerarchici. Nel progressivo assoggettamento del detenuto al potere disciplinare dell'istituzione ha certamente giocato un ruolo fondamentale la costruzione *ortopedica* dello spazio condensata nel *Panopticon* di Bentham. Una funzione altrettanto importante, tuttavia, è svolta dalla metodica espropriazione del tempo che ogni detenuto subiva e continua a subire al momento dell'ingresso nel penitenziario, un'espropriazione del tutto simile a quella vissuta dal lavoratore subordinato che entra (o, meglio, entrava,

5. C. Sarzotti, *Pena e malattia. La sanzione al malato infettivo a prognosi infausta alla luce delle dottrine assiologiche della pena*, www.ristretti.it; B. Magliona, C. Sarzotti, *La prigione malata. Letture in tema di Aids, carcere e salute*, l'Harmattan Italia, Torino, 1996, p. 115.

6. T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, p. 87.

stante la rarefazione del panorama industriale) nella catena di montaggio.

Dalla gestione autonoma del tempo, infatti, il condannato che mette piede in carcere passa di colpo a forme di etero-gestione che, alla lunga, finiscono per essere interiorizzate. Il carcere come macchina, capace di trasformare il deviante «in detenuto, in soggetto disciplinato, soggetto meccanico»[7], utilizza sapientemente i meccanismi di amministrazione del tempo, a partire da una scansione sempre uguale della giornata sulla quale il detenuto non può intervenire in alcun modo.

Paradossalmente, proprio sul versante dell'impiego dei meccanismi temporali l'istituzione carcere ha evidenziato immobilismi che mostrano, oggi in maniera sempre più evidente, l'enorme divario tra *la vita dentro* e *la vita fuori*. Mentre all'esterno della prigione la struttura del tempo della società post-industriale si va disancorando dai ritmi sociali rigidamente definiti e diventa più complessa, composita e frammentata, all'interno del penitenziario ancora si perpetua un tempo desueto, arcaico, che reca in sé l'impronta delle origini.

Il *Panopticon* viene sostituito dai moderni sistemi di videosorveglianza, ma la clessidra che il condannato non ha il potere di girare rimane il meccanismo che governa le ore del penitenziario.

Per rendersi conto di questa affermazione è necessario porre mente ad alcuni esempi paradigmatici del funzionamento della temporalità all'interno dell'istituzione, debitamente scandagliati dai sociologi del diritto[8].

Tempo illimitato per spazio limitato

Nella società contemporanea il progresso tecnologico e delle comunicazioni ha esteso e dilatato lo spazio percorribile e ogni persona libera può sperimentare la suggestione, reale o virtuale, di ricoprire distanze sempre maggiori in intervalli di tempo limitati. La condivisione permanente in rete delle informazioni, poi, accorcia le distanze e apre nuove prospettive per l'impiego del «tempo risparmiato».

Del tutto all'opposto l'esperienza della vita in carcere: lo spazio si chiude e il tempo a disposizione si dilata all'infinito. Ogni detenuto ha a disposizione un tempo esteso, quello delle giornate tutte uguali, per ri-percorrere sempre lo stesso spazio: camera detentiva, corridoio, passeggi, sala socialità. Si tratta, in questo caso, di affermazione verificabile attraverso una semplice visita delle realtà penitenziarie italiane contemporanee, nelle quali, salvo situazioni d'eccellenza, non abbondano certo gli esempi in grado di contraddire la conclusione sopra riportata.

In quest'ordine di idee, del resto, assume un valore simbolico di un certo rilievo la questione dello spazio minimo che deve essere lasciato a disposizione di ogni detenuto per evitare che la pena diventi automaticamente trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu. Al di là delle dispute giurisprudenziali interne e internazionali, l'asticella dell'idoneità è fissata nella misura irrisoria di 3 metri quadri per ciascun recluso. In istituti dove strutture modulari per attività in comune stentano a decollare e dove sono rare le possibilità di lavoro all'interno e all'esterno delle mura, l'esperienza di restrizione dello spazio fisico (e della conseguente mappa mentale) fa il paio con la dilatazione di un tempo che viene chiaramente avvertito come terribile poiché ripetitivo, inutile, vuoto.

Tale limitazione non viene superata a livello di circolazione di notizie e informazioni tra esterno e interno. Salvo la televisione generalista, i condannati sono costretti a comunicare in cartaceo e ad attendere i lunghi tempi postali delle risposte, esattamente come nel mondo pre-informatico. In sostanza i condannati alla prigione sono gli unici a non essere migrati nel mondo digitale.

Coazione a ripetere

Un celebre saggio dedicato al *carcere immateriale*[9] ha proposto una lettura originale delle *Invenzioni di carceri all'acqua forte,* incise da Giovanni Battista Piranesi tra il 1745 e il 1761. In quest'ottica le vedute oniriche di scale elicoidali infinite, di archi e volte che si ripropongono sempre uguali e di stanze incastrate le une nelle altre come scatole cinesi rappresenterebbero in maniera incisiva non lo spazio della prigione, ma la struttura del tempo dell'istituzione del carcere.

La scansione ossessiva e ripetitiva delle attività (e delle inerzie) quotidiane è ancora oggi comune alla maggior parte degli istituti di pena, all'interno dei quali sono molto ridotte le possibilità di spendere il tempo della pena in diversioni utili a evitare un'estenuante e meccanica coazione a ripetere. L'effetto alienante di tale reiterazione si coglie ancora di più

7. D. Melossi, M. Pavarini, *op. cit.,* p. 202.

8. Fondamentali in questa direzione, e più in genere sul tema della frattura tra tempo dell'istituzione e tempo della società, le riflessioni di G. Mosconi, *Tempo sociale e tempo del carcere*, in *Sociologia del Diritto*, 2/1996, pp. 89-105.

9. Si tratta di E. Gallo, V. Ruggiero, *Il carcere immateriale*, Torino, 1989.

quando, a una temporalità invariabile, si accompagnano giornate vuote di ogni attività.

È inevitabile, in questo modo, che la coazione a ripetere assuma anche il nome di recidiva: a un tempo del carcere vuoto di esperienze, conoscenze e relazioni corrisponde un tempo da libero che culmina nella reiterazione del reato. Si tratta di destino, ovviamente, che colpisce con maggior intensità chi si trova ai margini del perimetro sociale e che a una vita spesso caratterizzata dalla mancanza aggiunge una pena contrassegnata dalla medesima mancanza.

Tempo dell'attesa

L'etero-direzione del tempo nel carcere non assume soltanto l'aspetto della previsione di giornate sempre uguali. Occorre mettere a fuoco anche la vicenda, del tutto passivizzante e de-responsabilizzante, del tempo dell'attesa. Non essere padroni del proprio tempo, per il detenuto, significa non poter autonomamente dar seguito alle proprie scelte, alle proprie determinazioni e alle proprie aspirazioni. Il principio della *domandina*, infatti, impone al condannato di attendere la risposta per il soddisfacimento di ogni suo bisogno. Non c'è richiesta di telefonata ai familiari, di visita medica, di acquisto di beni che non debba passare attraverso la risposta, con tempi spesso incerti, dell'istituzione.

Il tempo dell'attesa diventa così elemento costitutivo di una vera e propria forma di dipendenza.

L'esperienza del presente

La percezione soggettiva del tempo all'interno del carcere, come visto, è caratterizzata da una reiterazione esasperante che finisce per dilatare la dimensione di un presente inesauribile e immodificabile. Tale sperimentazione del presente, però, è solo astrattamente paragonabile a quel fenomeno di «presentificazione del tempo» che l'uomo libero saggia in una società contemporanea sempre più monca della profondità dei ricordi e del respiro dei progetti.

Il detenuto, infatti, percepisce la pena in un eterno oscillare tra il passato colpevole che lo ha portato dentro e un futuro sperato ma, in ragione dell'assenza di opportunità, inarrivabile, distante, spesso non progettabile. In questa condizione il tempo presente, fatto di gesti ripetuti in spazi limitati e separati, subisce di necessità una rimozione volta a impedire la sofferenza e l'angoscia causata dal vuoto, dell'isolamento.

All'esatto opposto, la società esterna, con le sue paure e le sue necessità di capri espiatori, è interessata soprattutto al presente della detenzione, un presente fatto di necessaria e auspicata separazione dal mondo e di chiusura. È su questa scia che si collocano anche le legislazioni recenti in materia di carcere, perennemente in bilico tra scelte compulsive dell'imprigionamento e opzioni deflazioniste per tamponare i periodi di sovraffollamento. Da troppi anni brilla per assenza, se non a livello teorico, una riflessione politica seria e approfondita su cosa realmente ci sia dentro la galera e su quale possa essere il suo futuro.

La veloce panoramica dentro il carcere, condotta sotto il profilo delle caratteristiche della temporalità, consente di valutare la distanza dell'istituzione dalla promessa costituzionale e le differenze siderali tra l'ambiente intramurario e quello esterno.

È il momento, pertanto, di tracciare qualche conclusione.

5. Nuovo tempo per un nuovo carcere. E per una nuova sanzione

Anche osservato sotto il profilo della struttura e della gestione del tempo, dunque, il modello di carcere dominante non sembra costituire il terreno ideale della prospettiva rieducativa. Per ragioni diverse, ascrivibili alla lentezza con la quale gli apparati separati modificano se stessi, alla cronica mancanza di risorse da investire dentro il penitenziario e a scelte di politica criminale di stampo custodialistico, la prigione rimane il luogo del tempo vuoto e non proficuamente impiegabile.

Le riflessioni che Sandro Margara svolgeva nel 2009 rimangono valide ancora oggi: «il carcere riformato doveva realizzare una vita attiva negli Istituti che rendesse possibile quella individualizzazione del trattamento, principio di fondo della riforma (art. 13 ordinamento penitenziario), attraverso lo svolgimento delle attività che dovevano riempire la giornata: lavoro, scuola e formazione professionale, iniziative ricreative e culturali, mantenimento dei rapporti familiari. Questo carcere non è mai stato voluto»[10].

L'impressione è che, nonostante le eccezioni – gli esempi del *carcere della resistenza* –, la prigione continui a essere, con la sua temporalità completamente sfasata rispetto al mondo esterno, un sistema

10. A. Margara, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione Giustizia*, 5/2009, p. 109. Sempre a questo saggio si deve l'espressione, più avanti utilizzata nel testo, di *carcere della resistenza*, espressione con la quale l'Autore intendeva riferirsi a quegli Istituti che, nonostante le rigidità burocratiche e politiche e i modelli dominanti, provano ad attuare la riforma e a dimostrare che un altro paradigma detentivo è possibile.

infantilizzante, de-responsabilizzante e tendenzialmente alienante.

È possibile allora tracciare un'altra strada?

Ripensare il modello del penitenziario a partire dal governo del tempo è certamente una sfida interessante. Più a monte, tuttavia, appare ormai ineludibile riflettere sull'obsolescenza dell'intero modello sanzionatorio nato dalla rivoluzione industriale e interrogarsi sull'idea che la pena carceraria misurata in giorni, mesi e anni – sempre uguale nella sostanza, ma diversa nelle dosi – possa ancora costituire la panacea di tutti i mali e la risposta a tutti i reati.

I ragionamenti appena svolti sulla frattura tra il «tempo mummificato dell'istituzione» e il tempo dinamico dell'esterno acuiscono la crisi di concetti come utilità, proporzionalità e uguaglianza della pena, già duramente messi alla prova, come visto, dalla intrinseca contraddizione tra dimensione oggettiva del tempo e percezione dello stesso.

Il governo intramurario della temporalità, in questo senso, non fa che avvalorare una constatazione generale ben presente, ad esempio, alla Commissione Palazzo, che si è occupata in maniera approfondita della riforma del sistema sanzionatorio penale. Nello Schema per la redazione dei criteri direttivi di delega legislativa, elaborato da quella Commissione, si dava atto di un dato acquisito nella letteratura criminologica e penologica nazionale e internazionale, inerente alla stretta correlazione tra grado di afflittività della pena carceraria e generali condizioni di vita presenti in una data società. Più nello specifico, con riferimento al nostro Paese, la relazione rilevava che «dall'entrata in vigore del codice penale, le condizioni di vita nella società italiana sono di molto migliorate non essendo più nemmeno paragonabili a quelle esistenti prima della guerra. Se così è, ciò significa che il grado di afflittività della pena carceraria, nonostante la riforma del 1975, rischia di essere accresciuto in comparazione alle mutate condizioni di vita»[11]. Sulla scia di tale argomento, la Commissione, nel formulare proposte di un nuovo apparato sanzionatorio, ha spezzato il monopolio della pena carceraria e ha previsto una gamma differenziata di pene principali che andavano dalle tradizionali multe, alla detenzione domiciliare, alle pene prescrittive.

Agli stessi criteri era ispirata la legge n. 67 del 2014, recante la delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio penale. È interessante notare come proprio quella delega – non esercitata e al momento confinata nel limbo delle occasioni perdute – sembrava aver fatto i conti con le discrasie tra il tempo della pena e il tempo della società contemporanea, arrivando a mettere a punto una particolare forma di detenzione domiciliare. All'art. 1, lett. a), infatti, si leggeva che «la reclusione e l'arresto domiciliari di espiano presso l'abitazione del condannato [...] *con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie*». Appare evidente, a una lettura anche solo di superficie della norma, l'esigenza di accordare la nuova tipologia di pena domiciliare con i cambiamenti dell'organizzazione sociale del lavoro e del tempo.

La constatazione della vetustà del modello di repressione penale tuttora esistente deve ormai aprire il campo a scelte di *non-carcere* che indirizzino la pena e, prima ancora il processo, verso terreni diversi dalla logica della mera separazione del condannato dalla società. Seguendo questa rotta, la giustizia penale e i modelli procedimentali – in sede di *diversion,* di cognizione e di esecuzione – dovrebbero dotarsi di robusti e non occasionali innesti di giustizia riparativa.

Una prospettiva di riparazione seria, coltivata al di là dei meri confini del risarcimento materiale o morale, consentirebbe di inoculare nella penalità profili inediti di *potere sul tempo* in capo al colpevole e alla vittima. Come è stato autorevolmente rilevato[12], a differenza della pena classica, basata sulla rimozione del fatto di reato e sulla separazione del condannato, la riparazione consentirebbe un percorso comunque impegnativo per il responsabile di reato e per la persona offesa, ma idoneo ad agire sulla possibilità di lasciare alle spalle il passato senza risentimenti. Una sorta di *oblio attivo* che, a differenza del tempo passivo della pena carceraria, non lascia incatenati colpevoli e vittima allo strappo del reato e li proietta verso il futuro.

Se è vero che il senso di marcia deve essere quello volto a eliminare la centralità della pena carceraria dal sistema, è anche indispensabile che tale movimento di innovazione sia accompagnato da un serio ripensamento del penitenziario. La sincronia delle due azioni riformatrici – indirizzate da un lato sul sistema sanzionatorio, dall'altro sulla rimeditazione del modello di prigione – dovrebbe in linea di massima far in modo che la necessità della pena carceraria rimanga confinata alla risposta alla criminalità più grave.

---

11. Così lo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, a cura della Commissione istituita presso il Ministero di Giustizia con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal prof. Francesco Palazzo.

12. M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2015, p. 76, www.questionegiustizia.it/rivista/2015-2.php. Nel far riferimento alla teoria dell'oblio attivo di P. Ricoeur, l'Autore si chiede se sia possibile «riparare insieme alla memoria anche il tempo» attraverso i meccanismi del perdono e della promessa.

Soltanto in questo modo, verosimilmente, potrebbe avverarsi una politica dei piccoli numeri in grado di realizzare la promessa inattuata dell'art. 5 Ord. pen.: «Gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati».

Sono questi ultimi istituti, si crede, a poter costituire il banco di prova per un nuovo modello di carcere, incentrato su una più convincente sintonia tra la vita intramuraria e la società esterna. Non mancano gli esempi, dislocati non solo nel continente europeo, ma anche nella nostra Penisola. Alcune colonie penali trasformate in Case di Reclusione[13] hanno rimodulato il paradigma detentivo confidando in una seria individualizzazione del trattamento, in gran parte basato sulla autogestione della giornata da parte del detenuto-lavorante. Il lavoro, in questo caso, non è quello ripetitivo dell'attività manuale svolta per riempire il tempo, né quello coperto dal velo dell'ipocrisia della pubblica utilità. Si tratta, spesso, di un vero e proprio *training on the job* che consente al detenuto di acquisire abilità efficacemente spendibili all'esterno e di misurarsi con una gestione autonoma del tempo e della giornata. Una sperimentazione dentro il carcere, ma assai più simile a quella esterna e, dunque, assai più utile al percorso di risocializzazione e alla sua valutazione da parte della autorità giudiziaria.

Quelle appena indicate sono soltanto alcune opzioni di un possibile cambiamento che, tra le mille difficoltà di contesto politico, sociale e culturale, appaiono adatte a riavvicinare il tempo della pena reale al tempo promesso dall'art. 27 della Costituzione. In un'ottica che non è solo di garanzia di e per il condannato, ma di utilità per l'intera comunità dei liberi. È la comprensione dell'opportunità di puntare sul progetto di cambiamento di ogni uomo, infatti, che dovrebbe tracciare i binari di una politica criminale consapevole, efficace nel favorire la prevenzione dei reati, idonea a tutelare le persone offese.

E, a proposito di cambiamento, un'ultima considerazione si impone, sia pure in *post scriptum*.

6. *Post scriptum*. Breve e (forse) fuori tema, ma necessario

Si è scelto di prendere le mosse, in questi ragionamenti sul tempo della pena, dalla circostanza che la centralità della persona in sede esecutiva ha plasmato una giurisdizione nuova nelle forme e negli strumenti utilizzati.

Questo tipo di giurisdizione può funzionare solo a determinate condizioni. Alcune sono state esaminate: riguardano la necessaria trasformazione di un modello obsoleto di punizione. Altre devono essere prese in considerazione e hanno a che fare sempre con lo scorrere del tempo.

Lo sguardo, però, deve ora muoversi a ritroso, non dal fatto di reato alla pena, ma dalla pena al fatto di reato, o, per meglio dire, dalla giurisdizione rieducativa a quella di cognizione, fino a quel fondamentale istituto del diritto sostanziale rappresentato dalla prescrizione, che sempre col tempo ha a che fare.

Nel corso degli anni, man mano che i principi della riforma penitenziaria e della legge Gozzini andavano attecchendo nelle aule di giustizia e nelle mentalità, si è diffusa sempre di più la consapevolezza che il procedimento di sorveglianza integri l'ultimo segmento di una giurisdizione penale unitaria. Se questo è vero, è altrettanto innegabile che una tale giurisdizione debba avere, per usare il gergo costituzionale, il fine ultimo di promuovere la rieducazione del reo. In accordo con tale visione la Corte costituzionale ha sempre patrocinato, a far data dalla fondamentale sentenza 313/1990, l'idea che la funzione rieducativa debba presidiare ogni momento della vita della pena, dal suo concepimento a livello di previsione astratta nelle sedi della legislazione fino alla sua esecuzione in concreto, passando necessariamente attraverso la fase dell'irrogazione all'esito di un giudizio di cognizione.

Su queste premesse teoriche indiscutibili si innestano i danni provocati da una giustizia penale in dissesto e dall'allungarsi dei tempi del processo. Non è importante in questa sede interrogarsi sulle cause di tale dissesto, né sulle soluzioni adottabili per porvi rimedio. Quello che è importante constatare è che spesso le sentenze di condanna irrevocabili giungono a distanza di molti anni dai fatti oggetto del giudizio, salvo l'intervento della prescrizione. Non è infrequente, nell'esperienza dei magistrati di sorveglianza, confrontarsi con pene irrogate per fatti commessi in epoca molto risalente rispetto alla loro esecuzione e a persone che, nel frattempo (*nelle more*, direbbe il giurista colto), hanno positivamente impiegato il tempo troppo lungo del processo per prendere le distanze dalla scelta non conforme all'ordinamento. L'esperienza, peraltro, ricorre spesso in casi di criminalità colposa di una certa gravità e induce a una seria riflessione proprio in ragione delle recenti scelte politiche di rispondere con più carcere anche all'ille-

13. Un interessante panoramica sulle colonie penali, peraltro resa possibile dal lavoro di digitalizzazione degli archivi svolto dai detenuti, si trova in V. Gazale, Stefano A. Tedde, *Le carte liberate. Viaggio negli archivi e nei luoghi delle colonie penali della Sardegna*, Delfino ed., Sassari, 2016.

cito colposo, come la questione dell'omicidio stradale insegna.

La ricorrenza di tali vicende impone al magistrato di sorveglianza, soprattutto in questo periodo di annunciate riforme della prescrizione, un dovere di testimonianza che induca a ragionare su questo istituto e a vederlo sotto una luce diversa da quella collegata alla sola pretesa dello Stato di perseguire o meno fatti risalenti nel tempo.

Senza adeguate previsioni normative idonee a garantire lo svolgimento rapido ed efficace dei processi, ogni proposta di revisione tesa a correlare l'interruzione del decorso della prescrizione con l'esercizio dell'azione penale o con l'emissione della sentenza di primo grado aumenta il rischio di quei paradossi prima segnalati e frusta le esigenze sottese all'art. 27 della Costituzione. Del resto, posto che la prescrizione è prevista nel nostro ordinamento come causa di estinzione del reato e non dell'azione penale, appare ragionevole che nel fuoco della sua *ratio* polifunzionale rientri anche l'esigenza di tenere conto della distanza della pena dai fatti, dell'intervallo trascorso tra colpevolezza e sanzione, del tempo speso dall'imputato in un percorso di cambiamento. Adeguando un celebre proverbio, si potrebbe dire che ogni tempo è prezioso, non solo quello dello Stato.

Le stagioni della prescrizione estintiva

di *Giacomo Travaglino*

Il lavoro si ripromette di analizzare l'istituto della prescrizione nella più vasta dimensione dei rapporti tra diritto e tempo.

La scelta di un istituto "classico" come la prescrizione, dalle origini antichissime, è apparsa funzionale a ripercorrerne le tappe alla luce dei rivoluzionari mutamenti che, negli ultimi decenni, hanno interessato l'intero sistema della responsabilità civile, contrattuale e aquiliana – terreno di elezione dell'operare dell'effetto estintivo dei diritti all'esito dello scorrere del tempo.

All'esito dell'indagine morfologica dell'istituto, che ne propone una collocazione nella più ampia dimensione della "relazione" intersoggettiva, piuttosto che non riferirlo alle singole posizioni di diritto e di obbligo delle parti del rapporto, la riflessione si volge poi alla disamina dell'influenza che il diritto europeo – predicativo sempre più spesso di esigenze di effettività della tutela giudiziaria e di proporzionalità dei relativi mezzi – ha dispiegato, modificandone profondamente i meccanismi di operatività, su questo ancor oggi poco decifrabile strumento di estinzione dei diritti.

1. Il tempo e il diritto

La scelta di trattare un argomento "classico" come la prescrizione estintiva può apparire singolare (se non addirittura inattuale) in tempi di sempre più intense modificazioni di istituti, regole, prassi del nostro diritto privato. Basti pensare alla magmatica, incessante, talvolta scomposta evoluzione del modello tradizionale della responsabilità civile, concepito dal legislatore del 1942 secondo criteri di "estetica classica" del tessuto normativo[1], e geneticamente mutato, nell'ultimo trentennio – attraverso un percorso segnato sempre più frequentemente dalla giurisprudenza – in una inquietante struttura dal fascino gotico, "complessa e spettacolarista"[2].

Eppure, prolungando brevemente una ideale sosta proprio nel vasto territorio della responsabilità civile così come via via strutturatasi negli ultimi decenni, l'attenzione dell'interprete non può non soffermarsi proprio sull'istituto della prescrizione estintiva e sul ruolo, diafano eppur pervasivo, che essa ha giocato nella evoluzione dei concetti di responsabilità contrattuale e di torto aquiliano, in guisa di ultimo baluardo (talvolta inopinatamente travolto) dei confini tra le due categorie dell'illecito.

Proprio l'analisi di un istituto apparentemente impermeabile al tempo della complessità, al post-moderno del vissuto giuridico, alle incessanti modificazione di sistema della responsabilità civile a cui abbiamo assistito nell'ultimo trentennio consente, forse, di gettare

1. P.G. Monateri, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, in *Corriere giur.* 2005, p. 672 ss. specie p. 674, che rinviene tale caratteristica "classica" del cd. sottosistema di responsabilità civile definendone la complessa architettura come «simile ad un tempio greco: fisso, squadrato, insuscettibile di manipolazioni o aggiunte, imponente, ma senza cercare l'effetto», architettura che si dipana, a detta dell'autore, secondo: 1) un criterio generale di responsabilità per colpa; 2) una colpa intesa come negligenza, imprudenza, imperizia; 3) un oggetto costituito da diritti soggettivi assoluti; 4) un nesso causale imperniato sulla teoria della *conditio sine qua non* (talvolta temperato dalla concezione della «causalità adeguata»); 5) un sistema di esimenti codificate (esercizio del diritto, colpa concorrente o assorbente del danneggiato ecc.).

2. L'efficace espressione è sempre di Monateri, op. *loco* cit.

nuova luce su quello che è stato felicemente definito il tramonto, o la crisi, del circolo logico di certezza su cui riposa il moderno Stato di diritto, dove «decidere la controversia, giudicare torto e ragione, applicare la legge coincidono appieno, e l'uno sta per l'altro»[3].

Ecco allora che un'indagine condotta su di un istituto (apparentemente) "classico" come la prescrizione, (apparente) presidio di una ineffabile "certezza del diritto", (apparentemente) solido proprio come un tempio greco, potrebbe svelare profili di sorprendente attualità, senza per questo tralasciare quell'esigenza speculativa che muove dall'insegnamento di uno dei più raffinati giuristi della civilistica italiana, ancor oggi pronto a rammentarci come esistano fatti che rendono inutile ogni indagine circa l'esistenza, il modo di essere di altri fatti, ben più remoti, e ciò accade perché, rompendo con il passato, essi creano una soluzione di continuità nel divenire giuridico, generano una situazione originaria la cui validità non è condizionata all'esistenza di un rapporto di derivazione dallo stato anteriore, ed esprimono, all'opposto di altri fatti – che ubbidiscono invece al fondamentale bisogno della continuità –, l'altrettanto insopprimibile esigenza della discontinuità delle situazioni, rinnovando, nella dimensione dell'ordinamento giuridico, quella tensione dialettica tra continuo e discontinuo di cui sono intessute le stesse vicende dell'uomo: tali fatti sono l'usucapione, il giudicato, la transazione e, più di tutti, la prescrizione[4].

L'idea che la prescrizione, nello sforzo di coniugare il Tempo e il Diritto, sia uno dei più enigmatici istituti dell'ordinamento affiora già dal silenzioso ossimoro costituito dalla sua disciplina positiva – l'art. 2934 del codice civile, secondo cui ogni diritto *si estingue* per prescrizione – e dalla collocazione sistematica dell'istituto in seno al VI libro del codice civile, destinato alla *tutela* dei diritti*:* già si palesa la disarmonia concettuale tra *esistenza* di un diritto soggettivo, relativa *tutela* e sincronica *estinzione*, vicende (tutte) collocate nella medesima *sedes materiae*.

La prescrizione coniugata col tempo che scorre è la forma di una *tutela estinta*? O piuttosto *di estinzione tutelata*?

Scopo della prescrizione è davvero quello «della difesa del presente di fronte al passato»[5]?

È forse l'immagine *della estinzione tutelata* che induce (nella pur probabile inconsapevolezza del legislatore) ad una prima riflessione: benché giunto all'epilogo della sua storia, alla sua *estinzione* per il passare del tempo, il primo significante dell'ordinamento civilistico tradizionale, *il diritto soggettivo*, pare ancora imporre una sorta di tutela postuma, rispettosa e sollecita (quantunque residuale, quand'anche eventuale), benché apparentemente cancellato dalla sfera del rilevante giuridico[6].

L'analisi dell'istituto della prescrizione, condotta (secondo i canoni classici dell'indagine esegetica) sul piano della morfologia, della funzione, degli effetti, è dunque destinata all'approdo verso lidi assai poco rassicuranti in termini di certezza del suo inquadramento sistematico?

La risposta non appare consolatoria.

Il legislatore del 1942 ha solo apparentemente risolto i problemi ermeneutici ereditati dalla corrispondente norma del codice del 1865, eliminando il collegamento tra usucapione e prescrizione estintiva[7] ed estendendo gli effetti di quest'ultima a tutti i diritti (cambiar tutto perché nulla cambi?)[8], che l'i-

3. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 4, che riflette, ricordando il pensiero di Max Weber (*Economia e società*, trad. it., II, Milano, 1974, p. 278), da un canto, sui rapporti tra la razionalizzazione e la sistemazione del diritto e la crescente calcolabilità del funzionamento dell'amministrazione della giustizia; dall'altro, sulla degradazione dei principi codicistici a diritto residuale o suppletivo, «così che nessuna norma può dirsi stabile, ma tutte sono travolte in un divenire implacabile» (Irti, cit., p. 36).

4. A. Falzea, Voce *Efficacia giuridica*, in EdD vol. XIV, p. 499. Non diversamente si sarebbe espresso S. Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile, metodo teoria, pratica,* p.66; per la dottrina straniera (e per l'affermazione di non dissimili concetti), F. Sander, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuitàt der Rechtsordnung*, in *Z. ausl. Oeff. R. VR.*, 1919.

5. Denburg, *Pandette*, trad. it. I, 1, Torino, 1906; C. Fadda e P.E.Bensa, *Note dei traduttori al libro secondo,* in B. Windscheid, *Diritto delle Pandette,* IV, Torino, 1930.

6. Sulla matrice prettamente illuministica della concezione degli istituti giuridici in termini di diritti soggettivi (e relativa tutela), G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato,* Torino, 1911; G. Gorla, *Commento a Tocqueville, "L'idea dei diritti",* Milano, 1948, pp. 8 ss.; R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto,* in *Ius* 1960, p. 149; M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione,* Milano, 1966; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà,* Napoli, 1971, pp. 4 ss; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico,* Napoli, 1973, p. 127; F. Lucarelli, *Solidarietà ed autonomia privata,* Napoli, 1970, pp. 11ss, 125 ss.; *Id.*, *La proprietà "pianificata"*, Napoli, 1974, p. 197; J. Dabin, *Le droit subjectif,* Parigi, 1952, p. 56; G. Ripet, *Les forces créatrices du droit,* Parigi, 1955, p. 292.

7. Il primo codice europeo che scolpirà la differenza tra prescrizione estintiva ed acquisitiva sarà il BGB, disciplinando l'istituto nei §§ dal 194 al 225.

8. L'art. 2105 del codice del '65, sulla falsariga del *Code Napoléon,* disciplinava la prescrizione come «quel mezzo con cui con il decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione». La disposizione riguardava, eviden-

stituto, percorsi i territori di gran parte degli istituti giuscivilistici (i diritti reali, i diritti di credito, i diritti personali), può ancora sfociare nella diversa dimensione *del processo*, ove l'eccezione di prescrizione, l'irrilevabilità *officio iudicis*, la rinuncia precedente o successiva al formarsi di un eventuale giudicato inducono ad analisi che, ancor oggi, gettano ombre su molti dei suoi aspetti strutturali e funzionali[9].

Incerta, del fenomeno prescrizionale, è *la natura*, sostanziale o processuale[10], incerto appare *il suo fondamento* – trovandosi ancor oggi insanabilmente divisa la dottrina tra il postularne (premessa, quasi unanimemente, la "necessità giuspubblicistica")[11], esigenze di certezza del diritto[12], caratteri di sanzione per l'inerzia[13], finalità di adeguamento di una situazione di fatto ad una situazione di diritto[14], funzioni di tutela della posizione del soggetto passivo del rapporto[15] –, discussi ancora ne sono *l'operatività* (automatica[16] ovvero *ope exceptionis*[17]), *l'oggetto*[18] e, per finire, *l'effetto*[19].

---

temente, tanto la prescrizione cd. acquisitiva (*rectius,* l'usucapione) quanto quella estintiva, limitava quest'ultima ai diritti obbligatori, poneva, infine, l'accento sul momento *della liberazione dall'obbligo* del soggetto passivo. Con il nuovo codice, il dato normativo trasferisce il suo baricentro *dall'acquisto* di una situazione di libertà da parte del debitore *all'estinzione* del diritto (tutto cambia), senza che possa, per questo, realmente ritenersi superata, come meglio si dirà in seguito, l'ottica *del rapporto* tra soggetto passivo e soggetto attivo sotto il profilo dell'effetto estintivo (nulla cambia?). Va, comunque, sottolineato (R. Oriani, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione,* Napoli, 1977, p. 15), che la fissazione legislativa della fattispecie prescrizionale nei termini attuali è una novità non solo rispetto al codice del 1865, ma anche rispetto alla codificazione francese (art. 2219 *code civil)* e tedesca (§ 194 BGB), mentre il codice austriaco, al pari di quello italiano (§ 1451) fa consistere la prescrizione «nella perdita di un diritto non esercitato entro il tempo fissato dalla legge».

9. Sui rapporti tra gli aspetti sostanziali e quelli processuali dell'istituto della prescrizione, con specifico riguardo al fenomeno dell'interruzione, si vedano i pregevolissimi rilievi di Oriani, cit., p. 178 ss.

10. Di recente, sulla pretesa caratterizzazione esclusivamente processuale dell'istituto, B. Troisi, *La prescrizione come procedimento,* Camerino, 1980; G. Panza, *Contributo alla studio della prescrizione,* Napoli, 1984.

11. A. Torrente, *Manuale di diritto privato,* Milano, 1995, p. 141; G. Azzariti - G. Scarpello, *Prescrizione e decadenza* in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, libro VI, Bologna-Roma, 1964, p. 203. Per una accurata rassegna delle varie opinioni della dottrina più risalente, V. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza,* Milano, 1948, pp. 19 ss.; A. Romano, *Note in tema di decadenza,* in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 184. Di avviso contrario, invece, E. Giusiana, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1927, p. 424 e A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione,* pp. 38 ss. (sulla cui opinione, *amplius, infra).* Ritengono che l'esigenza di certezza giuridica sia alla base non della prescrizione, ma della decadenza, P. Trimarchi, *Prescrizione e decadenza,* in *Jus,* 1956, p. 219; Candian, *Prescrizione e decadenza,* in *Temi,* 1950, p. 3.

12. Per la dottrina straniera, F.K von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale,* V, Torino, 1898, p. 309; B. Windscheid, *Diritto delle pandette,* Torino, 1902, p. 428; R.T. Troplong, *Della prescrizione,* I, Palermo, 1847, p. 26; H. L. et J. Mazeaud, *Lecons de droit civil,* VIII ed., t. II, vol I, Parigi, 1991. Per la dottrina italiana sotto il vigore del vecchio codice, per tutti, F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile,* V, Torino, 1907, p. 272; sotto il vigore del codice attuale, Azzariti Scarpello, cit., p. 203 (con ulteriori indicazioni bibliografiche). Anche secondo Tedeschi, *Lineamenti,* cit., p. 55, l'ordinamento giuridico, mediante la prescrizione, pone riparo alle conseguenze economico-sociali di incertezza derivanti dal prolungarsi del mancato esercizio del diritto.

13. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, p. 187; Scalfi, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Temi,* 1952, n. 3; Candian, *Decadenza e prescrizione, ivi,* 1950, pp. 1 ss. Osserva, criticamente, che la prescrizione opera indipendentemente da una situazione colposa imputabile al creditore R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione,* in *Riv. dir. civ.,* 1996, pp. 730 ss.

14. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1977, p. 113; A. Falzea, voce *Efficacia giur.,* cit., p. 500.

15. Auricchio, *cit.,* pp. 41 ss.

16. Così Santoro Passarelli, p. 120; S. Pugliatti, voce *Eccezione* in *EdD* XIV, 1965, p. 164; Auricchio, cit., p. 70; V. Panuccio, *La confessione stragiudiziale* Milano, 1960, p. 96 (secondo il quale «un fenomeno giuridico non cessa di essere di natura sostanziale per la mediazione processuale del suo effetto, per la necessità, cioè, che tale effetto sia accertato in un processo»).

17. Azzariti Scarpello, cit., p. 244; Ferrucci, *Della prescrizione e della decadenza*, Torino, 1964, p. 415; P. Schlesinger, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in Riv. Dir. Civ., 1958, I, 357; G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 87

18. Se, cioè, essa sia applicabile a tutti i diritti soggettivi, salvo le eccezioni di cui all'art. 2934 cc (per tutti, Santoro Passarelli, *Dottrine,* cit., p. 114; Auricchio, *Appunti,* cit., p. 12), ovvero ai soli diritti di credito (in tal senso, D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano,* I, Torino, 1962, p. 267; G. Branca, *Non uso e prescrizione,* in *Scritti in onore di Ferrini,* Milano, 1947, I, p. 169).

19. Pur essendo opinione dominante quella secondo cui per effetto della prescrizione si estinguano i diritti soggettivi (così P. Trimarchi, *Prescrizione e decadenza,* in *Ius* 1956, p. 218; F. Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione,* in Riv. Dir. Proc. Civ., 1933, I, p. 35; S. Romano,

Né è mancato chi, della prescrizione, ha con forza predicato la contrarietà, oltre che al diritto naturale, alla morale e alla stessa logica giuridica, *car enfin, un droit existe, ou n'existe pas*[20]*!!*

Su di un istituto nato per dispensar certezze sembrano allora addensarsi nubi di questioni irrisolte, e ciò perché, con ogni probabilità, l'analisi esegetica di una fattispecie destinata a coniugare diritto e tempo é destinata ad affrontare tematiche intrinsecamente contraddittorie e inevitabilmente complesse, specie se si consideri che, ad ogni opzione compiuta con riferimento al suo fondamento, alla sua natura, alla sua struttura e ai suoi effetti consegue uno sviluppo ermeneutico «a percorso obbligato». Né vale obbiettare che questa è la sorte dell'interprete, anche il più modesto, che si trovi ad affrontare l'impegno di ricostruire vicende di morfologia e di funzione di qualsiasi vicenda giuridica: v'è, nel fondo di questo singolare istituto, qualcosa di assolutamente caratteristico, di intrinsecamente peculiare, di apparentemente inafferrabile, di irrimediabilmente contraddittorio, di vagamente impalpabile, che par di cogliere fin dall'atto di penetrarne anche soltanto in superficie la storia e, attraverso questa, il suo stesso codice genetico.

Perché la prescrizione si misura e si nutre della dimensione del Tempo, unica vera categoria della ragion pura[21].

Perché, in definitiva, lo sforzo esegetico deve misurarsi con un'architettura normativa da cui emerge un quadro così sintetizzabile: *ogni diritto si estingue per prescrizione* (ma), *a condizione che*:

1) *Non intervenga* «il riconoscimento del diritto» in corso di rapporto da parte del debitore, *ex* art. 2944;
2) *Non intervenga* la rinuncia alla prescrizione da parte del debitore dopo il suo compimento, *ex* art. 2937;
3) *Non intervenga* il pagamento spontaneo del debito prescritto, *ex* art. 2940;
4) *Intervenga* la vittoriosa proposizione dell'eccezione da parte del debitore, all'esito dell'eventuale instaurazione del processo, *ex* art. 2938, non potendo il giudice rilevarla d'ufficio;
5) *Intervenga* la vittoriosa proposizione (in caso di inerzia del debitore) dell'eccezione di prescrizione da parte dei terzi interessati *ex* art. 2939;
6) *Non intervenga* l'adempimento spontaneo da parte dell'(ormai *ex*) debitore successivamente al formarsi del giudicato che abbia accertato l'intervenuta prescrizione.

Esigenze di certezze scolpite dal tempo.

Soddisfatte[22]?

È legittimo, allora, interrogarsi su quale esigenza di certezza possa dirsi esaudita da una fattispecie i cui meccanismi – operando, oltretutto, sul piano sia sostanziale che processuale –, postulino, a tacer d'altro, *una disponibilità dell'effetto estintivo* di un diritto soggettivo potenzialmente destinata a perpetuarsi per un tempo pressoché indeterminato, al di là del (solo apparentemente decisivo) decorso «del tempo previsto dalla legge»: manca, difatti, in tema di prescrizione, una norma analoga a quella dettata per la

---

Frammenti di un dizionario giuridico-Decadenza, Milano, 1957, p. 48; Giusiana. *cit.* p. 426; Azzariti-Scarpello, cit. p. 203), non manca chi (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1960, p. 467) riferisce l'effetto estintivo *all'intero rapporto*, e chi (Auricchio, cit., p. 44 e *passim)* riconduce essenzialmente *all'obbligo del soggetto passivo***,** anziché al diritto del soggetto attivo, l'effetto estintivo del fenomeno prescrizionale (così anche Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza,* in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.,* 1970, pp. 866 ss., e, successivamente, *Prescrizione, EdD* XXXV, p. 57). In argomento, ancora, cfr. P. Perlingieri (*Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni,* Napoli, 1972, p. 117), secondo il quale la prescrizione produrrebbe soltanto una modificazione della disciplina del rapporto che, in particolare, muterebbe l'obbligazione civile in obbligazione naturale.

20. «Perché, alla fine, un diritto o esiste, o non esiste!»: così R. Dekkers, *Traité élementaire de droit civil*, Bruxelles, 1957, t. VII, p. 1024, citato in Panza, Contributo, cit., p. 4 nota 4.

21. E. Kant, *Critica della ragion pura - La logica trascendentale*, Koenisberg, 1781.

22. La verità è che l'istituto della prescrizione sconta, già dalla nascita, una sorta di "peccato originale" consistente nell'essere stato considerato, sin dal diritto romano, null'altro che un rimedio processuale funzionale a paralizzare l'esercizio dell'azione, senza determinare, pertanto, alcuna perdita del diritto sul piano sostanziale (M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano,* Milano, 1958, pp. 260 ss.), mentre il diritto canonico, che pure gli riconosce – stentatamente – cittadinanza come "il male minore" (F. Ruffini, *La buona fede in materia di prescrizione,* Torino, 1892, citato in Oriani, *Processo di cognizione,* cit., p. 94), tende il più possibile a svuotarlo di significato, contenuto ed effetti, predicandone il carattere di *impium praesidium,* e di *impium remedium* («che la prescrizione non sia un istituto di squisita equità morale è fuor di dubbio, pur rispondendo esso ad un alto interesse pubblico e sociale»: così i giudici della Corte d'appello di Milano nel lontano 5 luglio 1932 – in *Foro it*. 1932, I, 1560 –, con affermazione ripresa, di recente, da Pera, che osserva – *Foro it*. 1968, I, 2677 – come «anche i muri sanno che la prescrizione è un'empia difesa!»), attraverso i canoni di buona fede e giusto titolo: perché operi la prescrizione occorre, così, innanzitutto la *bona fides* – e, cioè, l'assenza di "peccato" in colui che acquista il diritto o viene liberato dall'obbligo – così che, in mancanza di questa, la prescrizione non avrebbe modo di operare. Per un'ampia ricognizione dell'evoluzione storica dell'istituto dal diritto romano al diritto intermedio, A. Campitelli, *Prescrizione (dir. intermedio)* in *EdD* XXXV, pp. 46 ss.

remissione del debito (che prevede un «congruo termine» entro il quale il debitore possa esprimere l'eventuale intento di rinuncia al beneficio)[23].

Ci si interroga allora sul se l'unico possibile punto di partenza dell'indagine debba prendere le mosse da un'analisi condotta in termini non statici, ma di *Durchgangstatbestand* dinamica[24], di fattispecie, cioè, che, solcato il terreno del diritto sostanziale per poi faticosamente dissodare (sia pur solo in ipotesi) quello del processo, assume caratteri costantemente mutevoli e apparentemente contraddittori.

Se *un diritto* «si estingue per il decorso del tempo», è ammissibile che *il rapporto obbligatorio sottostante* non si estingua anch'esso, ma *si modifichi,* cagionando (piuttosto che un effetto *estintivo*), un effetto *preclusivo,* quantomeno sul piano processuale[25]?

È ammissibile che un diritto estinto sia (e non *contra ius*, si badi!) fatto ancora *valere in giudizio*?

E, fatto valere in giudizio un diritto ormai estinto, è ammissibile che il giudice *non possa rilevare d'ufficio* tale estinzione[26]?

È ammissibile che, per il solo fatto di non aver sollevato l'eccezione di prescrizione, il soggetto passivo del rapporto sia condannato ad adempiere *un obbligo che più non esisterebbe* sul terreno del diritto sostanziale?

E infine, quanto tempo dopo l'estinzione del diritto per prescrizione il creditore potrà ancora attendere l'adempimento spontaneo di cui all'art. 2940 cc[27]?

Se l'esigenza di certezza del diritto permea la disciplina dettata dai compilatori del *Code Napoléon*, in aperta reazione alle tendenze equitative che caratterizzavano l'applicazione pratica dell'istituto della prescrizione nel diritto comune e nell'*ancien droit*, ciò spiega la ragione della previsione, nel codice francese e, in generale, nelle codificazioni ottocentesche, di un termine ordinario assai lungo (addirittura trentennale, nella previsione originaria BGB, fatti salvi termini più brevi in particolari fattispecie), il cui decorso sarà ancorato al momento in cui il diritto viene ad esistenza, senza alcuna considerazione per l'eventuale ignoranza del titolare o per impedimenti di fatto al suo esercizio.

La disciplina dell'istituto si ispira, così, « ad un criterio di stretta legalità, nel quale il compimento dei termini assume un carattere automatico, matematicamente prevedibile ed inevitabile »[28].

Ma la previsione di termini assai lunghi mostrerà ben presto i suoi limiti, di pari passo con l'accelerazione della vita sociale che caratterizza l'inizio del secolo scorso. Alcuni ordinamenti approntano nuovi codici, e se ne assiste ad una radicale riduzione (dieci anni nel codice svizzero delle obbligazioni del 1911, séguito poi dal nostro codice del 1942). La prescrizione finisce, così, «per essere dominata da una grande confusione e caratterizzata dal sostanziale disinteresse della dottrina, anche comparatistica»; lo rileva, acutamente, uno studioso[29] che pone in risalto un atteggiamento mentale quasi istintivo, che ovunque conduce a ritenere il diritto della prescrizione una materia marginale, più attinente alla pratica che alla riflessione teorica[30].

---

23. Così che il creditore, ogni volta che il termine di prescrizione si approssimi alla scadenza, ben potrebbe, mediante il compimento di un atto interruttivo stragiudiziale, in via unilaterale (e, in definitiva, del tutto arbitrariamente), provocare un nuovo decorso "inerte" del tempo necessario a prescrivere, salvo a ripetere indefinitamente tale attività ad ogni approssimarsi della scadenza del nuovo termine.

24. Letteralmente, «fattispecie di passaggio, di attraversamento».

25. È la nota tesi del Falzea, *Efficacia giur.* cit.

26. Mentre quello stesso giudice (art. 1421 cc) può rilevare d'ufficio la nullità di un negozio in ogni stato e grado del processo, in ossequio ad una non dissimile esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che non tollerano il perpetuarsi di un effetto scaturente da una fattispecie inerte come quella del negozio affetto da nullità (in argomento, *funditus*, Cass., sez. unite, 26242/2014, pubblicata in tutte le maggiori riviste specializzate).

27. Già la prescrizione penale si manifesta come istituto meno "problematico" sul piano funzionale: essa, difatti, opera, di regola, non sul reato accertato effettivamente, ma sul reato assunto come mera premessa ipotetica, dipanando poi i suoi effetti sul piano esclusivamente processuale (il reato viene dichiarato estinto dall'autorità giudiziaria, e di tale dichiarazione con sentenza non sono ammessi surrogati extraprocessuali, come, invece, in tema di prescrizione civile), ed esaurendo definitivamente la vicenda-tempo, mercé la declaratoria di improcedibilità dell'azione penale, con effetto preclusivo rispetto ad ogni ulteriore accertamento, a meno che il giudice non ravvisi l'evidenza della prova dell'innocenza dell'imputato, prosciogliendolo nel merito (art. 129 cpp, art. 152 cpp abrogato). Sull'argomento, cfr. Oriani, cit., p. 81 in testo e in nota.

28. *Prescrizione e atti interruttivi,* Relazione n. 76/2015 del massimario della Cassazione redatta da L. Delli Priscoli, pp. 6 ss.

29. Cfr. E. Calzolaio, *La riforma della prescrizione in Francia e nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1087.

30. Così, testualmente, la Relazione cit. *supra, sub* nota 28.

Ma lo scorso decennio testimonierà di una radicale inversione di tendenza.

In Germania, in occasione della *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001, l'istituto viene radicalmente rimodulato, con la previsione di termini (tre anni) estremamente più brevi, e nello stesso ambito europeo se ne assiste ad un radicale *revirement* concettuale prima ancora che applicativo. Se il codice napoleonico rifletteva i caratteri di una vita sociale caratterizzata da una sostanziale lentezza nello svolgimento dei traffici giuridici, e le esigenze di certezza del diritto potevano trovare adeguata risposta sul piano giuridico attraverso la fissazione di tempi assai lunghi, l'evoluzione dei mezzi di comunicazione, la mutata visione e le nuove esigenze di tutela del «soggetto debole» del rapporto giuridico e una diversa lettura dell'interesse pubblico hanno generato nuove e speculari discipline, di cui è recente esempio la riforma francese del 2008[31], che muove in una direzione largamente condivisa attraverso soluzioni adottate in altri ordinamenti e negli strumenti di armonizzazione del diritto. Si possono, difatti, rinvenire linee di tendenza comuni nella disciplina della prescrizione nel diritto privato europeo, tutte volte alla riduzione della durata dei termini, *alla rilevanza della possibilità del creditore di conoscere i fatti costitutivi del diritto*, al riconoscimento di un più ampio margine all'autonomia privata[32].

Ancora una volta, peraltro, il senso profondo di tali mutamenti è permeato da una intrinseca contraddizione: per un verso, l'abbreviazione della durata e il tentativo di riduzione della quantità di termini di prescrizione, ispirandosi alla necessità di fornire risposta alle esigenze di speditezza dei traffici e di consolidamento delle situazioni giuridiche, appaiono confermarne la funzione di garanzia della certezza del diritto; per altro verso, tuttavia, la estrema quanto inedita flessibilità *del momento iniziale di decorrenza* della prescrizione, la previsione *di nuove cause di sospensione*, oltre al riconoscimento di un'ampia autonomia alle parti, costituiscono vicende che sembrano spingere la disciplina della materia in una direzione opposta, caratterizzata proprio *dalla relativizzazione del dogma della certezza del diritto*, in favore del riconoscimento di ampi e discrezionali margini alla decisione caso per caso – di cui pure si avvertono i pericoli, come testimonia la previsione di termini « finali » inderogabili.

Ed allora non cessa di agitarsi quella antica e mai sopita tensione tra equità e certezza calata nella dimensione del tempo, una tensione che difficilmente si scioglie sul piano teorico-sistematico, ma che sempre più spesso trova risposta sul piano concreto-applicativo[33].

Al fine di individuarne non soltanto fondamento struttura e funzione, ma anche e soprattutto i meccanismi operativi della prescrizione, ed i pressoché infiniti risvolti di carattere funzionale che ne conseguono, il compito cui è chiamato l'interprete consiste, allora, proprio nel tentativo di dipanare le (apparentemente insanabili) dissonanze della fattispecie, onde tracciare le linee essenziali di un istituto che pure sembra sfuggire ancor oggi a qualsiasi inquadramento sistematico, per poi offrire un sommesso tentativo di soluzione ai numerosi interrogativi che sin qui ci si è andati ponendo.

2. Il fondamento della prescrizione

Che la prescrizione debba ritenersi fondata su *esigenze di ordine pubblico* non è mai apparso seriamente discutibile ad una prima (ma in realtà assai superficiale) riflessione, sol che si ponga mente al contenuto della relazione del Guardasigilli, enfaticamente declamatoria di (non meglio specificate) «finalità di ordine pubblico» cui essa sarebbe informata, attesa l'«erroneità» del presupposto che l'istituto sia stato codificato «nell'interesse del debitore»[34].

31. In Francia, la l. n. 2008-561 del 17 giugno 2008 riforma la disciplina della prescrizione, modificando i relativi articoli del *code civil* che erano rimasti sostanzialmente immutati dal 1804.

32. Così, ancora, la Relazione, cit., p. 7.

33. S. Patti, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 21.

34. *Relazione al libro della tutela dei diritti*, Roma, 1941, p. 116. n. 37. Si è già osservato in precedenza come, a tale impostazione, aderisca la maggior parte degli autori che, più o meno specificamente, si sono occupati del tema della prescrizione nei loro lavori (per ulteriori citazioni, si veda l'ampia e approfondita monografia di Oriani, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione,* cit., p. 31 note 49 e 50: anche l'autore aderisce alla tesi della natura pubblicistica dell'istituto, natura che, a suo dire, «non sembra seriamente contestabile»). Di recente, poi, un altro autore, dopo aver passato in rassegna le varie opinioni espresse dalla dottrina criticandole sotto vari profili (e facendo così balenare alla mente del lettore la speranza di una soluzione mai prospettata, ma finalmente originale ed euristica), ricostruisce poi il fondamento della prescrizione in termini di «minimo comun denominatore» costituito da «esigenze di certezza del diritto» intese come «interesse di ordine pubblico a che si elimini l'incertezza sulla vitalità del rapporto giuridico che non ha ricevuto attuazione»(?): così Troisi, cit., pp. 126-129.

Ma anche quella che appare come la caratteristica meno controversa dell'istituto viene nondimeno (e non infondatamente) posta in discussione da autori che, pur attestati su posizioni minoritarie, sottolineano la «singolare confusione di concetti», in cui si incorre nel sostenerne il carattere pubblicistico – negando «del tutto irragionevolmente» che esso giovi all'interesse del debitore –, poiché «con ciò si confonde la ricerca del perché sia stabilita una disciplina cogente con la ricerca di chi sia il titolare dell'interesse protetto da quella disciplina»[35], che altri non è «se non il debitore stesso».

D'altronde, si soggiunge, «con la sottolineata finalità pubblicistica mal si conciliano le ipotesi, previste espressamente dalla legge, nelle quali la prescrizione non opera affatto, ed è difficile sostenere che appartenga all'ordine pubblico un istituto al quale non pochi settori dell'ordinamento si sottraggono completamente»[36].

Ed è anche la sommessa opinione di chi scrive che la ricerca del suo fondamento in termini di ordine pubblico sembra confondere la natura cogente delle norme dettate in tema di prescrizione[37] con la *ratio* dell'istituto e con l'interesse tutelato, mentre l'inderogabilità sancita da talune disposizioni di legge (e non da tutte) si coniuga, piuttosto, con la considerazione che ammettere una disciplina convenzionale della prescrizione avrebbe comportato «la possibilità di porre termini iugulatori all'esercizio di diritti scaturenti dal contratto in favore della parte più debole, sì che, specie nella contrattazione di massa, tale disciplina si sarebbe risolta in una clausola di stile»[38].

Ed allora non sembra azzardato convenire con chi[39] – nonostante l'esplicito riferimento contenuto nella Relazione al codice e l'autorevolezza della dottrina schierata a difesa della natura pubblicistica dell'istituto – ha opportunamente colto, nella prescrizione, più realistiche finalità di tutela *di un interesse sostanzialmente privato*, quello, cioè, del soggetto passivo di un rapporto giuridico di ritenersi libero da vincoli in conseguenza del decorso «del tempo stabilito dalla legge»[40], per essersi, in definitiva, troppo a lungo consumata una non più tollerabile dissonanza tra situazione di fatto e situazione di diritto[41] (pur senza negare, con ciò, l'indiscutibile natura di «istituto di chiusura» dell'ordinamento assegnato alla prescrizione)[42].

Questa ricostruzione della *ratio* della fattispecie prescrizionale potrebbe, peraltro, schiudere l'uscio ad una ulteriore riflessione: essa, difatti, pare legittimamente predicabile sol che ci si riferisca *alla dimensione sostanziale* dell'istituto (che, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo della trattazione, è poi l'unica sua dimensione ontologicamente necessaria).

---

35. P. Vitucci, *La prescrizione,* in *Il codice civile commentato* a cura di P. Schlesinger, t. I, p. 180, che riprende la posizione di Alberto Auricchio, cit., pp. 39-41, sulla scia dell'impostazione tradizionalmente accolta dalla dottrina e dalla codificazione francese (art. 2219 *Code Napoleon*). In senso ancora contrario all'opinione dominante, A. Di Majo, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale,* in *Riv. Giur. lav.,* 1976, II, 288; Caponi, *Gli impedimenti,* cit., p. 728; Giusiana, *Appunti,* cit., p. 424 (che collega, peraltro, gli effetti della prescrizione addirittura al principio dell'autonomia privata, secondo una posizione che l'Auricchio definisce «insostenibile»); L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile,* I, Torino, 1986, p. 386.

36. Così testualmente Vitucci *La prescrizione,* cit. p. 180. Anche secondo la risalente Cass. 2 dicembre 1960, n. 3173, in *Giust. Civ.,* 1961, I, p. 647, «le norme sulla prescrizione – che certo non attengono all'ordine pubblico internazionale – anche se indubbiamente informate a *ragioni di pubblico interesse* (donde la inderogabilità enunciata nell'art. 2936 cc), *non attengono*, peraltro, *all'ordine pubblico inteso in senso tecnico giuridico*».

37. Segnatamente quella di cui all'art. 2936, che, vietando ogni patto derogatorio, più di tutte ha indotto a ricostruire in termini pubblicistici il fondamento dell'istituto: cfr. A. Romano, *Note,* cit., p. 184.

38. Così Vitucci, cit., p. 181, che osserva come il rilievo fosse già presente in G. Mirabelli, *Della prescrizione,* Napoli-Torino, 1915, p. 40.

39. Si specificherà meglio in seguito, nel trattare il tema dell'oggetto della prescrizione, che, nel termine "rapporto", possono legittimamente ricomprendersi anche quelli derivanti dall'esercizio di *iura in re aliena*.

40. Per un esauriente esposizione dei motivi che inducono a privilegiare la tesi della natura non pubblicistica della prescrizione, cfr. Auricchio, *Appunti,* cit., che dedica l'intero secondo capitolo della sua breve monografia all'approfondimento del tema, pur se, in apertura del IV capitolo, lo stesso autore non manca di avvertire «la necessità di distinguere il fondamento della norma, di ordine pubblico, e l'interesse tutelato, di natura strettamente privata» (p. 77) Viene, peraltro, da osservare che, se il fondamento della norma è *di ordine pubblico*, ciò non significa che lo stesso fondamento sia *l'ordine pubblico*.

41. Santoro Passarelli, cit., p.114. Fa rilevare, in proposito (e del tutto condivisibilmente) Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza,* cit., p. 891, che, pur se il motivo remoto per cui il legislatore abbia disciplinato gli istituti della prescrizione e della decadenza va ricercato nella generica esigenza di certezza, tale esigenza, tradotta sul piano concreto, ha riguardo al soggetto passivo del rapporto ed al suo interesse alla liberazione, nel momento in cui si evidenzi la certezza della non vitalità del rapporto stesso.

42. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., p. 31.

Ma, come si è già avuto modo di considerare, le norme del codice, riflettendo esigenze necessariamente contrastanti – come tutte quelle che, alla ricerca di un equilibrio attraverso soluzioni unitarie di problemi compositi, faticano a mediare i conflitti tra i protagonisti di un rapporto giuridico (si ricorderà che lo stesso l'art. 41 della Costituzione fu frutto di un faticoso compromesso tra ordoliberismo, cattolicesimo e marxismo) –, postulano pur sempre riverberi anche *processuali* dell'istituto, di tale portata, e gravidi di conseguenze tali da indurre alla ricerca di un suo fondamento anche processuale, che potrebbe non arbitrariamente ravvisarsi sin d'ora *nella attitudine a risolvere* in nuce*, mercè la proposizione dell'eccezione da parte del soggetto passivo, tutte le controversie tardivamente instaurate*.

La ricerca del fondamento processuale dell'istituto introduce, così, uno dei temi più controversi nella letteratura in tema di prescrizione, e cioè quello se la sua dimensione morfologica, prima ancora che funzionale, trovi collocazione nell'orbita del diritto sostanziale, ovvero in seno al processo.

La risposta a tale quesito potrà giungere soltanto all'esito di una breve ricognizione delle teorie «processualiste», avanzate, tra gli altri, da due degli autori che si sono occupati *funditus* della questione[43], giungendo, sia pur attraverso itinerari di pensiero affatto disomogenei[44], alla conclusione che la prescrizione operi, in realtà, soltanto in sede processuale[45].

3. La prescrizione come fenomeno processuale

Sulla premessa che la ricostruzione dell'istituto della prescrizione in termini di diritto esclusivamente sostanziale rischierebbe di condurre a «conclusioni inaccettabili sul piano dei rapporti tra diritto e processo, tra processo e giudizio» (e cioè tra la realtà accertata nel processo ed il contenuto dell'accertamento giudiziale, con l'emanazione di una sentenza «non conforme al diritto sostanziale»)[46], si è sostenuto che unico rimedio possibile a questa «conclusione di estrema gravità», a questa «assurda e oltremodo artificiosa disarmonia» sia quello di ritenere – al di là ed a prescindere dal dettato e dal tenore letterale dell'art. 2934 cc – che il diritto vantato dall'attore (*rectius,* il rapporto giuridico tra questi ed il debitore) *non sia destinato ad estinguersi per effetto dell'inerzia protrattasi per il tempo previsto dalla legge*, ma continui, per converso, ad esistere, benché modificato nella sua struttura, in uno stato di cd. «prescrittibilità», per poi essere posto nel nulla solo a seguito *dell'opposizione della prescrizione da parte del convenuto nel processo*, mercé la proposizione di un eccezione, *dalla natura* di eccezione in senso stretto, e *dalla duplice funzione,* una sostanziale, un'altra processuale[47].

Nucleo fondamentale della tesi della «prescrizione come procedimento», quello secondo cui la fatti-

43. Ma di prescrizione dell'azione e non del diritto, all'indomani dell'emanazione del codice civile del '42, discorrevano già E. Redenti, nel suo corso di *Diritto processuale civile,* I, Milano, 1957, pp. 84 ss. (pur intendendo l'azione come diritto soggettivo a conseguire un determinato risultato a carico altrui), Barbero, op. cit., p. 58, e Satta, *Commentario al codice di procedura civile,* I, Milano, 1959, p. 47. Sostenitori, ancora, di una teoria "processualista" della prescrizione (secondo la quale, «fin quando non sia formulata l'eccezione di prescrizione, quest'ultima non opera»), in passato, Auletta *Istituzioni di diritto privato,* Napoli, 1946; C. Gangi, *Le obbligazioni,* Milano, 1951, pp. 86-87; R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 1962, p. 35; Ferrucci, *Prescrizione estintiva,* in *Novissimo digesto it.,* XIII., Torino, 1966, p. 645. Schierati sul fronte della natura sostanziale dell'istituto, invece, N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano,* Milano, 1929, p. 485; G. Pugliese, *La prescrizione acquisitiva,* Torino, 1921, p. 509; E. Gropallo, *Contributi alla teoria generale della prescrizione,* Milano, 1930; N. Stolfi, *Diritto civile,* II, Torino, 1926, p. 171; F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale,* I, Padova, 1936, p. 415; Pugliatti, *Eccezione,* in *EdD* XIV, Milano, 1965, p. 164; E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio,* I, Milano, 1967, pp. 267 ss.; B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza,* in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1970, p. 874. Sul pensiero (anch'essa "sostanzialista") affatto peculiare dell'Auricchio, cui si devono sicuramente i più felici spunti dottrinari in tema di prescrizione sotto il profilo della ricostruzione dei relativi aspetti strutturali e funzionali (spunti cui hanno largamente attinto tutti gli autori che si sono successivamente occupati del tema), cfr. *infra,* pp. 36 ss.

44. Ci si riferisce ai lavori di Troisi, La prescrizione come procedimento, e di Panza, Contributo allo studio della prescrizione.

45. Oltre che in diritto romano, la prescrizione opera come fenomeno eminentemente processuale anche per effetto delle disposizioni dei §§ 194 ss. del codice civile tedesco: *Der Verjaerung* colpisce, difatti, l'*Anspruch* (letteralmente, la pretesa) e cioè il diritto in fase dinamica, non fatto valere, in via processuale, dal suo titolare (che non dispone, ai fini dell'interruzione, della facoltà di ricorrere efficacemente ad un atto stragiudiziale di intimazione o di messa in mora, come invece consentito dall'ordinamento italiano).

46. Troisi, *La prescrizione*, cit., pp. 68 ss.: l'autore si riferisce all'ipotesi in cui, pur essendo acquisita agli atti del processo la prova dell'intervenuta prescrizione, il giudice sia costretto a pronunciare la condanna del convenuto che tale prescrizione non abbia tempestivamente eccepito, emanando, così, una sentenza, a suo dire, "ingiusta".

47. «Da un lato, essa completa la fattispecie di prescrizione, dall'altro, come atto processuale normativo, pone in essere l'obbligo del giudice di accertare, con sentenza dichiarativa, gli effetti già prodotti della fattispecie così completata». E l'irrilevabilità d'ufficio della prescrizione starebbe, in realtà «ad indicare che la sola inerzia del titolare non è sufficiente per il completamento della fattispecie (e dunque

specie opererebbe alla stregua di un *procedimento amministrativo,* articolandosi, al pari di questo, in una triplice fase, una *preliminare*[48], una *costituiva*[49], un'ultima, infine, *integrativa dell'efficacia*[50].

Sotto altro profilo e attraverso più pensosi approcci argomentativi, si è poi opinato che oggetto della prescrizione debba in realtà ritenersi *non il diritto soggettivo*, bensì *l'azione*[51], come indirettamente confermato sia dall'esistenza delle cd. «azioni costitutive» (con riferimento alle quali si discorre di diritto soggettivo inteso «come pura azione»[52]), sia dalla norma di cui all'art. 2940 cc[53], sia, ancora, dall'impossibilità di conciliare le esigenze di certezza del diritto con le vicende sostanziali della prescrizione[54], così che l'operare del suo effetto non inciderebbe «sulla situazione giuridica sostanziale, bensì sul distinto ed autonomo potere di farla valere coattivamente con l'azione»[55]. In altri termini, l'inerzia nell'esercizio del diritto di cui all'art. 2934 non coinciderebbe con il suo mancato esercizio, bensì con *il mancato esercizio dell'interesse ad agire per il diritto* (la distinzione evoca quella, nota alla dottrina tedesca, tra *Ausùbung des Rechts* e *Geltendmachung des Rechts*[56]).

Entrambe le ricostruzioni della fattispecie prescrizionale così sommariamente ricordate sono state sottoposte a vaglio critico da parte della più attenta dottrina e, con varie argomentazioni, confutate e disattese.

Quel che pare ancora opportuno osservare è che l'opzione interpretativa espressa in favore della dimensione processuale anziché sostanziale dell'istituto della prescrizione sconta un irrimediabile vizio di fondo, un irredimibile «peccato originale» che, al di là delle critiche di ordine teorico-dogmatico che pure sono state del tutto condivisibilmente proposte[57], e ne rende affatto insostenibile l'assunto fondamentale, poiché tale opzione scioglie il suo *iter* argomentativo in una ricostruzione di quel quadro composito – e per certi versi contraddittorio – costituito dal complesso delle norme sulla prescrizione adottando una prospettiva giocoforza parziale che, all'atto del confronto con precisi (e complessi) indici di legge, finisce per forzarne oltre ogni limite la portata dispositiva e, in definitiva, la loro intima essenza, pur di pervenire alla «quadratura del cerchio» della sistematica aprioristicamente adottata.

E così, quanto alla ricostruzione dell'istituto come *procedimento*, e quanto alla cd. *prescrittibilità* del diritto soggettivo sul piano sostanziale, oltre alle pur ovvie considerazioni sul carattere *soltanto eventuale* degli aspetti processuali dell'istituto[58], l'aspetto assai poco convincente dell'intera teoria sta nell'interpretazione della norma di cui all'art. 2938, che disciplina l'ecce-

---

per l'estinzione del diritto), ma è necessario un altro fatto giuridico, e cioè il comportamento processuale dell'interessato: se non viene sollevata l'eccezione, la sentenza che condannerà il debitore al pagamento sarà una sentenza 'giusta', e cioè pienamente conforme alla situazione sostanziale» (così, testualmente, Troisi, cit., p. 73).

48. Quella, cioè, che si realizza sul piano sostanziale per effetto dell'inerzia e del decorso del tempo, cui conseguirebbe non la prescrizione del rapporto, ma la sua "prescrittibilità".

49. Il cui elemento centrale sarebbe rappresentato *dall'eccezione di prescrizione*, costitutiva del dovere del giudice di emettere *la sentenza dichiarativa di estinzione del rapporto.*

50. Costituita dalla sentenza emessa dal giudice, con funzione confermativa ed efficacia retroattiva.

51. Panza, cit., pp. 177 ss.

52. Così si esprimeva già il Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile,* Napoli, 1944, p. 188, specificando che, in tale tipo di azione, non è possibile distinguere un fatto generatore del diritto ed uno stato di fatto contrario al diritto generatore dell'interesse ad agire. Sul tema delle azioni costituive, *amplius, A.* Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali,* Napoli, 1968, pp. 124 ss.

53. Alla base del quale, secondo l'autore, vi sarebbe non più una valida *causa obligandi,* ma soltanto una *iusta causa solvendi:* per ulteriori ragguagli, Panza, cit., pp. 194 ss.

54. Il fondamento d'ordine pubblico della certezza è difatti inconciliabile, secondo l'autore, con la possibilità di protrarre a proprio arbitrio l'effetto prescrizionale mediante il compimento di reiterati atti interruttivi.

55. Panza, cit., p. 283.

56. Letteralmente, "esercizio del diritto" e "far valere il diritto": sul punto, con ampi ragguagli, cfr. Oriani, *Processo di cognizione,* cit., p.111, nota 60.

57. Cfr. Grasso, Voce *Prescrizione,* cit., pp. 59 ss.

58. Perché nulla esclude che, al compiersi del periodo prescrizionale, il debitore comunichi stragiudizialmente al creditore di ritenere estinto il rapporto obbligatorio, ed il creditore, a sua volta, ne prenda atto, confermando formalmente tale comunicazione, con ciò «chiu-

zione di prescrizione: pur di conservare la dimensione processuale dell'istituto, si è costretti, difatti, a ricorrere alla (invero singolare) figura *dell'eccezione stragiudiziale,* affascinante ma paradossale *calembour* fintanto che l'eccezione – intesa nella sua realistica dimensione di istituto tecnico-giuridico – non continui a caratterizzarsi come fattispecie rigorosamente ed esclusivamente *processuale*, così che, trasportata fuori dal processo, diviene, evidentemente, «altro da sé»[59].

La costruzione appare, così, del tutto dissonante da un impianto normativo che, nel vietare al giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione, e nel postulare la simmetrica necessità che il soggetto passivo «opponga» la prescrizione stessa, esclude, all'evidenza, ogni possibilità, anche indiretta, di rilevazione officiosa del fenomeno, una volta instaurato il giudizio, in assenza di una espressa proposizione della relativa eccezione da parte dell'interessato[60].

E non v'è chi non veda come, nell'ipotesi in cui il soggetto passivo abbia espresso la volontà di avvalersi della prescrizione in sede stragiudiziale, quegli dovrà pur sempre, una volta convenuto in giudizio, «opporre» la prescrizione, ché, viceversa, ed al di là di qualsivoglia dichiarazione stragiudiziale pregressa, al giudice saranno comunque preclusi ogni accertamento ed ogni pronuncia sul punto[61].

Né diversamente è a dirsi dell'interpretazione adottata con riferimento all'art. 2937, comma 2 cc – norma dettata in tema di rinuncia alla prescrizione –, rinuncia che, coerentemente con la costruzione adottata dall'autore, sarebbe rinuncia non alla prescrizione, ma alla «prescrittibilità», rinuncia, cioè, a qualcosa che non si è ancora compiuto, ed il cui compimento ….. sarebbe rimesso proprio alla proposizione dell'eccezione di prescrizione nel processo da parte dello stesso soggetto rinunciante! (a meno di non voler piegare la norma in parola ad un'interpretazione che suonerebbe pressappoco così: «*il soggetto passivo può rinunciare alla prescrizione …. solo dopo aver eccepito la stessa in giudizio e dopo che l'eccezione sia stata accolta*», con ciò costringendo il debitore intenzionato a non avvalersi dell'effetto estintivo conseguente alla prescrizione ad eccepirla – del tutto inutilmente! – in giudizio, onde consentire il compiersi del favoleggiato «procedimento» che trasforma la «prescrittibilità» del rapporto sostanziale in «prescrizione» in sede processuale)[62].

Unico aspetto meritevole di un più approfondito spunto di riflessione – in seno ad una de-costruzione e ri-costruzione teorica dell'istituto che pare per altri versi affetta da non marginali dissonanze argomentative – è quello secondo cui la prescrizione, in realtà, si manifesta realmente come un *quid pluris* rispetto alla tradizionale configurazione di «istituto», di «fattispecie», di «fatto»[63] giuridico (senza, per questo, ovviamente, trasformarsi in un «procedimento» nel senso, assai fantasioso, sopra indicato).

La prescrizione è, difatti, per sua intrinseca natura, vicenda anfibologica, caratterizzata da una costante duplicità di profili, così che, in tal senso, è legittimo inferire che essa racchiuda in sé gli aspetti tanto dello *Zeitpunkt* quanto della *Zustand*[64]: come *modo di estin-*

---

dendo la partita» sul piano sostanziale. Come osserva lucidamente Oriani, *Processo,* cit., p. 171, «che il processo sia istituzionalmente destinato ad una determinata funzione non comporta che il legislatore civile, rispetto all'istituto della prescrizione, l'abbia necessariamente considerato in questa veste».

59. La letteratura sull'argomento è pressoché sterminata: la si veda esaurientemente citata in Oriani, *Processo di cognizione,* cit., pp. 229 ss. Spunti nel senso divisato dall'autore si trovano, peraltro, già espressi da E. Allorio, *L'ordinamento giuridico,* p. 109, che considera l'eccezione come atto processuale avente, ad un tempo, efficacia di diritto sostanziale.

60. Già N. Coviello, nel suo celebre *Manuale di diritto civile italiano,* Milano, 1929, aveva lucidamente evidenziato (p. 459) come la prescrizione operasse di diritto, e l'onere di eccepirla in giudizio non rappresentasse che l'applicazione «di principi generali in materia di diritto probatorio». L'autore escludeva, altresì, che la rinuncia alla prescrizione producesse l'effetto di conservare al diritto prescritto l'efficacia primitiva, ritenendo, per converso, che essa facesse nascere nel rinunziante null'altro che «l'obbligo personale di considerare il diritto come se non fosse estinto», con la conseguenza che «la rinunzia alla prescrizione di un diritto reale non fa più sussistere lo stesso diritto reale, ma fa nascere nel rinunziante l'obbligazione personale a non impedirne l'esercizio», e che la rinuncia alla prescrizione di un diritto di credito assistito da garanzie "non fa rinascere le garanzie stesse".

61. Né par lecito affermare che, in tal caso, si sia in presenza di una forma di rinuncia tacita alla prescrizione, poiché la mancata proposizione dell'eccezione in sede processuale ben può dipendere da ignoranza o negligenza del difensore, o addirittura dalla mancata costituzione in giudizio e dalla conseguente contumacia della parte interessata.

62. Cfr. sull'argomento Grasso, *Prescrizione,* cit., p. 59.

63. Troisi, cit., p. 20. Sul concetto di fatto e fattispecie, *amplius,* R. Scognamiglio, *Fatto giuridico e fattispecie complessa,* in *Riv. Trim. dir. proc. Civ*., 1954, pp. 331 ss; A. Cataudella, *Note sul concetto di fattispecie*, *ivi*, 1962, pp. 433 ss.

64. La duplicità di profili come «punto (definito) di tempo» e come «situazione» fu evidenziata per primo, con riguardo al fenomeno processuale della litispendenza, da W. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts,* Suttgard, 1929, p. 135, citato in Oriani, p. 191, nota 41.

zione dei diritti, essa è, difatti, vicenda affatto puntuale e niente affatto procedimentale (in altre parole, *Zeitpunkt)*, se è vero che soltanto il giorno precedente la scadenza del termine necessario al suo compimento il diritto è ancora in vita (ciò che consente al soggetto attivo di porre nel nulla gli effetti ormai prossimi del decorso del tempo sin lì maturato attraverso il compimento di atti interruttivi), mentre il giorno successivo segnerà le sorti (estintive) del diritto stesso con effetto immediato; come *vicenda successiva al fenomeno estintivo,* invece, sul piano sostanziale e processuale, essa si configura inevitabilmente in termini di *Zustand,* come «situazione», cioé, ancora interamente *in fieri,* la cui definitiva evoluzione è costantemente condizionata al verificarsi (o non verificarsi) di determinati, ulteriori avvenimenti[65].

Non maggiormente convincente appare la tesi di chi, premessa l'identificazione dell'inerzia con *il mancato esercizio dell'interesse ad agire* a tutela del diritto (e non con il mancato esercizio del diritto), coniuga effetto prescrizionale ed azione, rifiutandone la ricostruzione in termini di vicenda estintiva riferibile al solo piano sostanziale dell'istituto.

È agevole replicare[66] che l'affermazione avrebbe fondamento soltanto se l'interesse fosse un fenomeno suscettibile di esercizio, mentre ciò che risulta concretamente suscettibile di «esercizio» è piuttosto una facoltà, un potere, una pretesa, ma non anche un interesse, del quale appare legittimamente predicabile il solo momento realizzativo, secondo una puntuale (e non fungibile) dicotomia soddisfacimento/insoddisfacimento.

Proprio con riferimento all'atto di costituzione in mora, appare poco convincente la ricostruzione in termini di «atto di esercizio dell'interesse ad agire per il diritto», trattandosi, all'evidenza, non di atto «di esercizio» (né del diritto, né tantomeno dell'interesse ad azionarlo)[67], ma di una mera manifestazione volitiva prodromica (non al suo «esercizio» ma) al soddisfacimento, eventualmente coattivo, del diritto stesso[68].

Il rilievo critico più pregnante da muoversi a tale (peraltro ben più solida) ricostruzione di stampo «processualista» dell'istituto è, comunque, quello che prende le mosse da una (inspiegabile) forzatura interpretativa di una specifica norma positiva, quella di cui all'art. 2944 cc (forzatura dovuta alla necessità di mantenere intatta una coerenza argomentativa sul tema della prescrizione dell'azione)[69], norma che disciplina, come è noto, la fattispecie del cd. «riconoscimento interruttivo del diritto» da parte del soggetto passivo del rapporto, e che viene analizzata con riferimento alla analoga disposizione di cui all'art. 1988 cc, disposizione che «non individuando il rapporto fondamentale», non produrrebbe alcun effetto interruttivo della prescrizione, effetto riconducibile, invece, alla norma di cui all'art. 2944, che sarebbe, pertanto, non una dichiarazione di scienza – ovvero un atto unilaterale recettizio –, ma «*un negozio giuridico bilaterale o addirittura un contratto*»[70]. Anche qui, l'indimostrata (e indimostrabile) lettura «alternativa» di un dato normativo di per sé inequivoco nasce dalla necessità di «far quadrare il bilancio» della teoria della prescrizione dell'azione anche se alcune delle «poste» inevitabilmente iscritte in esso risultano del tutto negative, e insanabilmente aliene a tale esegesi[71].

In realtà, tutta la dottrina che ricostruisce in termini processualistici il fenomeno prescrizionale tradisce, nel profondo, una (forse non del tutto consapevole) ansia di inscrivere l'istituto entro una dimensione «circolare» di rassicurante (ma ingenua) esigenza di «giustizia» finale, onde evitare a tutti i costi il crearsi di quelle «gravi fratture» che potrebbero mettere

65. Sull'argomento, *amplius, infra,* pp. 45 ss.

66. Grasso, *Prescrizione,* cit., p. 64.

67. Sul delicato tema dell'"esercizio" del diritto di credito, cfr. R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui,* Napoli, 1968, pp. 169 ss; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio - Appunti della lezioni,* I, Milano, 1966, pp. 48 ss.

68. Ecco perché risulta alquanto oscura anche la proposizione «esercizio di un potere che esprime il modo di essere del diritto di credito che si sostanzia appunto nel potere di pretendere la prestazione» utilizzata da Grasso, *op. loco* ult. cit.; né maggiormente condivisibile appare la successiva affermazione relativa all'esercizio (non del diritto ma) della pretesa, sulla evidente (ma fuorviante) falsariga della dottrina tedesca dell'*Anspruch*.

69. Norma definita dallo stesso autore «assai scomoda per quanti continuano a desumere il concetto di inerzia dall'art. 2934 cc», ma che (egli soggiunge con apprezzabile onestà intellettuale) «potrebbe, occorre ammetterlo, risultare incongrua anche rispetto alla nostra costruzione».

70. Figura nota alla dottrina tedesca che (sotto tutt'altro profilo, ed in altro contesto normativo) parla di *Anerkennungsvertrag:* in tal senso, O. Bahr, *Die Anerkennung als Verpflichtunsgrund,* Leipzig, 1984, pp. 134 ss.

71. Per un'ampia ed esaustiva elencazione di evidenti esempi di «riconoscimento unilaterale» *ex* art. 2944, cfr. P. Vitucci, *La prescrizione,* cit., p. 92.

in discussione le relazioni stesse tra diritto sostanziale e processuale.

Ma l'adozione di un'ottica forzosamente unitaria delle vicende di una prescrizione rappresentata *in utroque*, nonostante la sua doppia (e inquietante) dimensione sostanziale e processuale, antepone la consolatoria ricerca di simmetrie di (anelata) giustizia alla necessità di scelte ed interpretazioni magari disagevoli (ma non per questo «ingiuste»), e purtuttavia aderenti al testo normativo, quand'anche quest'ultimo imponga inevitabili fratture tra rami del diritto tradizionalmente, storicamente contigui, e funzionali tra loro alla tutela della *pax inter cives* (o, più pragmaticamente, a quella degli interessi di volta in volta «ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento», come si legge sovente nei più classici dei manuali).

Non è questa la sede adatta per soffermarsi *funditus* sulle problematiche scaturenti dai rapporti tra diritto e processo[72], ma una considerazione di carattere generale sembra necessaria: la possibile irriducibilità della «verità» sostanziale a «verità» processuale è constatazione inquietante, ma non esorcizzabile attraverso la distorsione di norme ed istituti giuridici, onde pervenire in qualche modo al consolatorio risultato di una presunta, anelata, predicata ma indimostrata «sentenza giusta».

Senza scomodare pensatori che (da Parmenide a Platone, da Nietzsche a Popper per arrivare alle inquietanti riflessioni dell'oggi di Emanuele Severino[73]) hanno fatto della ricerca della «verità» la ragione ultima delle loro speculazioni filosofiche (per giungere, alfine, a conclusioni del tutto «sconsolanti»), molto più sommessamente, nel microcosmo del diritto, è da dire che la struttura stessa del processo nasce sì per attuare e tutelare vicende soggettive sostanziali – lese vulnerate pretermesse violate –, ma è altresì destinata talvolta a collocare in una propria, autonoma struttura di «verità» tali vicende: verità a volte diversa, a volte incompatibile con la corrispondente «verità» del diritto sostanziale (e più ancora con un'idea etico/naturalistica di verità).

Ma questo accade non soltanto nel sottosistema ordinamentale processualcivilistico (dove il magistrato è chiamato, comunque, a pronunciarsi *iuxta alligata et probata,* ciò che rende in apparenza meno inquietante l'eventuale «scarto di verità» finale), ma, alle volte, ben più drammaticamente, anche in seno al processo penale, dove, al di là delle forme e dei riti (inquisitori, accusatori, misti) che contingenze storiche di volta in volta hanno suggerito al legislatore, l'intero impianto procedimentale appare improntato, pervaso, dominato, a prima vista, dall'esigenza suprema della «ricerca della verità». Eppure, su tale esigenza, prevalgono (devono prevalere) ancora una volta, «le regole del gioco» ed il loro rigoroso rispetto: un evidente colpevole di reati gravissimi, ripugnanti alla coscienza sociale, sarà così doverosamente prosciolto se, in ipotesi, atti di investigazione (intercettazione telefoniche e ambientali, riconoscimenti, testimonianze, confessioni) raccolti in sede di indagini preliminari siano stati illegittimamente disposti e/o illegittimamente acquisiti agli atti del processo. Assoluzione certamente ripugnante per chi ancora conserva, da giurista, un modello etico di coscienza e di comportamento: ma l'educazione dello stesso giurista e dell'interprete al rispetto della verità processuale, alla inevitabile accettazione di una possibile, doppia dimensione di «verità» anche incompatibili[74] – quand'anche la diversa verità processuale calpesti quella dei fatti storici, del buon senso, della morale – rappresenta un *habitus* mentale necessario (malinconicamente, amaramente necessario) affinché l'esigenza vitale del rispetto delle regole consenta ad una società civile ed ai suoi aderenti, ideali firmatari di un contratto sociale anche in questo disagevole territorio, di sopravvivere in una dimensione di Stato di diritto.

Gli stessi rapporti tra diritto e processo[75] – ricostruiti sovente in termini di strumentalità necessaria, così che l'esercizio del diritto andrebbe a «convertirsi» nello svolgimento delle attività processuali (come se queste rappresentassero, del primo, l'ine-

72. In argomento, *funditus,* Cass., sez. unite, 26242 e 26243/2014, cit.

73. Che lo storico tedesco Thomas Hoffmann (*Philosophie in Italien*, Mariverlag, 2007) considera «il solo pensatore degno di rilievo» del nostro Paese «dopo Vico», e sul cui pensiero, per chi volesse approfondire tematiche ben più affascinanti (e inquietanti) di quelle giuridiche, si veda oggi *Le parole dell'essere. Per Emanuele Severino*, a cura di A. Petterlini, G. Brianese e G. Goggi, Mondatori, 2006.

74. Si pensi, a titolo di esempio, alla doppia "verità" processuale del negozio simulato, o alla "doppia dimensione" della causalità civile e penale (sulla quale, *funditus*, Cass. 21619/2007 e Cass., sez. unite, 576/2008).

75. La letteratura sull'argomento è, naturalmente, sterminata. Per tutti, con segnato riferimento al tema dell'eccezione nella prospettiva dei rapporti tra diritto e processo, Colesanti, *Eccezione* in EdD, XIV, Milano, 1965, pp. 195 ss.; F. Escobedo, *L'eccezione in senso sostanziale,* Milano, 1927; V. Denti, *L'eccezione nel processo civle,* in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1961, pp. 22 ss. Per ulteriori approfondimenti del tema, R. Bolaffi, *L'eccezione nel diritto sostanziale,* Milano, 1936; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* in *Problemi di diritto,* I, Milano, 1957; F. Cordero, *Nullità, sanatorie, vizi innocui,* in *Riv. It. Dir. proc. Pen.* 1961, pp. 687 ss.; Allara, *La fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio,* Torino, 1952, specie p. 208; Crnelutti, *Appunti sulla prescrizione,* in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1933, pp. 207 ss.; Chiovenda, *Istituzioni,* cit., pp. 315 ss.; Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia,* cit., p. 69. Con particolare riferimento all'eccezione di prescrizione, poi, Heimann, *Das Vorschutzen des Verjaerung,* Breslau, 1895, pp. 36 ss., citato in Colesanti,

luttabile svolgimento, costituendone una sorta di braccio armato in perenne, anche se soltanto potenziale, attività)[76] – vanno forse più umilmente e pensosamente rimeditati proprio con riferimento ad un istituto di ardua decifrabilità come la prescrizione. E probabilmente riscritti nel senso che il processo rappresenta pur sempre un momento eterogeneo, patologico, e, soprattutto, *non inevitabile*, rispetto alla *normale* realizzazione dei diritti soggettivi, al pacifico soddisfacimento di legittimi interessi, al fisiologico dipanarsi dei rapporti giuridici interpersonali[77]. Allora la sentenza «giusta», vagheggiata dal preoccupato giurista[78] non sarà sempre (ahimè) quella pienamente conforme alla situazione sostanziale in una «prospettiva più ampia dei rapporti tra diritto e processo, che non si limiti né al piano strettamente processuale, né a quello meramente sostanziale»[79], ma, più sommessamente (talvolta, più amaramente), quella che, nel predicare una sua autonoma «verità», risulti frutto di null'altro se non della corretta applicazione di regole proprie del processo stesso, così come dettate e pensate dal legislatore, regole «altre» rispetto a quelle che disciplinano il diritto (e la «verità») sostanziale, in una dimensione di possibile (ma non inaccettabile) eterogeneità ed irriducibilità delle une alle altre, stante la disomogeneità e la (sicuramente non rassicurante) «alterità» delle rispettive dimensioni[80].

Ecco dunque che l'opzione interpretativa a favore della natura sostanziale di un istituto come la prescrizione, pur nutrendosi di solide argomentazioni tecnico-giuridiche, come meglio si vedrà nel seguito dello scritto, mostra, alfine, il suo fondamento, se si vuole, «ideologico», ed affonda le sue radici proprio nella considerazione che la potenziale irriducibilità di due realtà del diritto, quella sostanziale e quella processuale, non consente in alcun modo di ricostruire l'istituto (che, all'evidenza, si nutre di discipline e regole disseminate nel campo del diritto sostanziale) in termini di *continuum* necessario, quanto al completamento della fattispecie sul piano strutturale e funzionale, con il processo.

Così, la peculiare problematica generata dall'istituto – e cioè la possibilità che un soggetto possa pur sempre agire in giudizio a tutela di un diritto non più esistente perché ormai estinto per il decorso del tempo inerte, ed addirittura riceverne riconoscimento processuale senza che il giudice possa autonomamente intervenire con una «parola di giustizia»[81] – può risolversi, in definitiva, proprio pensando alla realtà processuale come naturale conseguenza dell'intersecarsi di strutture e sovrastrutture giuridiche talvolta filogeneticamente inconciliabili[82].

Ciò non equivale, ovviamente, a negare quel «continuo dialogo tra prescrizione e processo»[83] che le norme dettate dal legislatore agli articoli 2934 e

---

Il terzo debitore nel pignoramento di crediti, Milano, 1967, p. 610. Sui rapporti tra prova, verità processuale e regole giuridiche, adde le citazioni di dottrina in R. Pucella, *La causalità "incerta"*, pp. 18 ss.

76. J. P. Goldschmit, *Prozess als Rechtslage,* Berlin, 1925, pp. 253 ss.

77. È questa, d'altronde, la prevalente opinione dottrinaria in tema di azione, della quale, come osserva Oriani nel suo accuratissimo lavoro sul processo di cognizione (cit., p. 7, in testo ed in nota) è andato sempre più acquistando autonomia rispetto al diritto soggettivo, cessando di essere «il diritto sul piede di guerra, il diritto vestito del sago in confronto allo stesso diritto in tempo di pace». Sul punto, si vedano ancora le lucidissime pagine di Calmandrei, *Rassegna critica nella giurisprudenza in materia di diritto processuale civile,* in *Riv. Dir. comm.*, 1920, pp. 449 ss.

78. Cfr. Troisi, cit., p. 73.

79. Troisi, cit., p. 74

80. Per analoghe, ma più "timide" considerazioni sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, Grasso, *Prescrizione,* voce EdD, cit., pp. 60-61, che discorre di "discrasie" non infrequenti nel nostro ordinamento.

81. Quanto, poi, alla astratta condivisibilità, in termini strettamente tecnico-giuridici, della *regula iuris* di cui all'art. 2938 sulla irrilevabilità *ex officio* della prescrizione, cfr. *infra* pp. 70 ss.

82. D'altronde, quello della prescrizione non è l'unico caso in cui il contrasto tra verità sostanziale e verità processuale risulta eclatante ed apparentemente inaccettabile: si pensi al regime della prova dettata dal legislatore in tema di simulazione ed al caso in cui agiscano contemporaneamente in giudizio una delle parti del negozio simulato ed un terzo (specie quando il terzo sia, poi, l'erede di una delle parti che si costituisca in qualità di legittimario pretermesso): il medesimo negozio (dunque, la stessa realtà sostanziale) potrà essere, al tempo stesso, dichiarato *simulato* rispetto a colui che potrà provarne il carattere fittizio al di là dei limiti di prova di cui all'art. 1417 cc, e perfettamente *valido ed efficace* nei confronti delle parti che incontrano, invece, in sede processuale, tali limitazioni!

83. La felice espressione è di Oriani, *Processo di cognizione,* cit., p. 13. Più in generale, sul tema dei rapporti tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, e tra diritto ed azione, si vedano le intense pagine di R. Orestano, *Azione in generale,* Voce EdD IV, Milano, 1959, pp. 785, 791, 808.

seguenti inevitabilmente postulano: significa soltanto provarsi a rispondere al più specifico interrogativo circa l'inevitabilità «che il processo venga considerato, nella prescrizione, non per quella che è la sua funzione istituzionale, ma nei limiti entro i quali esso possa interessare la prescrizione stessa, così che non è la prescrizione a piegarsi alle esigenze del processo, ma è il processo che viene adattato alle esigenze della prescrizione»[84], per convenirsi, in definitiva, con quegli autori che, efficacemente, osservano come un fenomeno giuridico non cessi di rivestire natura sostanziale causa la mediazione processuale del suo effetto, per la necessità, cioè, che tale effetto sia accertato in un processo[85].

Proprio la delimitazione dei confini e dei rapporti tra diritto e processo così come sommariamente delineati conduce alla definitiva affermazione della natura «sostanziale» dell'istituto prescrizione[86]: tutto ciò che accade nel processo, ivi compresa la proposizione della relativa eccezione, appartiene a quella realtà e a quella dimensione, ma l'istituto ha già, sul piano sostanziale, definitivamente realizzato i propri aspetti strutturali (il decorrere del tempo inerte rispetto a un diritto soggettivo) e dispiegato il suo effetto finale (l'estinzione di quel diritto soggettivo)[87].

4. La dimensione sostanziale della prescrizione

L'analisi morfologica della fattispecie, all'esito dell'inevitabile opzione "sostanzialista"[88] sin qui compiuta,[89] non può prescindere dalle illuminanti intuizioni di Alberto Auricchio, contenute nel piccolo, pre-

84. Oriani, *Processo,* cit, p. 88.

85. Panuccio, *La confessione,* cit., p. 96.

86. Per la tesi secondo la quale la prescrizione estinguerebbe il diritto soggettivo, e la decadenza, invece, l'azione, e per la sua confutazione, cfr. Tedeschi, *Lineamenti,* cit., pp. 37, 45, nota 104, pp. 47-48, ed autori ivi citati.

87. La dimensione processuale della prescrizione rispetto al suo momento sostanziale riconduce, per alcuni versi, ai rapporti tra *diritto soggettivo* ed *interesse legittimo* in sede di tutela giurisdizionale. Il paragone, che a prima vista potrebbe apparire arbitrario, se non addirittura fuorviante, merita forse un momento di maggior approfondimento sol che si pensi ai rapporti tra queste così tormentate figure della scienza giuridica, ed ove le si ricostruisca non in termini di mutazione dell'una nell'altra al comparire della potestà pubblica, ma più correttamente, come situazioni soggettive concorrenti (deve probabilmente dirsi, difatti, che ogni diritto soggettivo, quando entri in rapporti con la Pa, è affiancato a – e dunque *non si trasforma* in – un interesse legittimo, secondo modalità di innegabile coesistenza delle due situazioni, ciò rilevando sotto il profilo statico – riparto di competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo – e sotto quello dinamico – cooperazione dei due ordini di giudici attraverso la prestazione di attività integrative dell'uno rispetto all'altro –). Così, i riflettori di un immaginario palcoscenico innalzato dentro e fuori il processo, dopo avere inquadrato a lungo come protagonista il diritto soggettivo, ad un repentino mutamento della scena – al profilarsi, cioè, dell'intervento giurisdizionale – illuminano d'improvviso un nuovo attore, e, senza che il primo abbandoni ancora la scena (perché il fatto che i diritti soggettivi non abbiano a ricevere tutela tramite tecniche costitutive non implica che essi non possano essere più tutelati in assoluto, e dunque scompaiano), la sua "visibilità" è, al momento, impedita: l'epilogo della vicenda processuale amministrativa deciderà delle sue sorti in via definitiva, ché, se il rimedio di tutela dell'interesse legittimo sortirà effetti vittoriosi, i riflettori torneranno sul diritto soggettivo posto temporaneamente nell'ombra. In caso opposto – ove venga giudizialmente riconosciuta la legittimità dell'operato dell'amministrazione – la sua uscita di scena sarà irreversibile. Del pari, in tema di prescrizione, la vicenda processuale, una volta instaurata, pone nell'ombra la vicenda sostanziale (quella dell'estinzione del diritto soggettivo), che, solo all'esito della definizione della prima, potrà dirsi stabilmente ed irrevocabilmente accertata.

88. Dimensione più strettamente processuale pare assumere, invece, come già sottolineato in precedenza (*supra, sub* nota 7) l'istituto nella codificazione germanica: secondo il § 194 del BGB, difatti, «il diritto (*das Recht)* di esigere da qualcuno (*einem anderen zu verlangen)* un fatto (*ein Tun*) o un non fare (*oder ein Unterlassen),* soggiace a prescrizione trentennale (*betraegt dreisich Jahren*)». Ma in realtà, più che il diritto, *die Verjaerung* colpisce, come acutamente osserva Oriani (*Processo,* cit., pp. 103-104), quella tipica figura dell'ordinamento tedesco, individuata dalla dottrina fin dai tempi del Windscheid (*Die actio des Roemischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts,* Dusseldorf, 1856, traduzione italiana nel volume *Polemica intorno all'*actio*,* Firenze, 1954, pp. 10 ss), e poi regolarmente codificata nel BGB, che è l'*Anspruch,* e cioè la "pretesa", intesa come diritto soggettivo in fase dinamica (di *Anspruch* parla, difatti, il capoverso della norma, nel sancirne l'imprescrittibilità nel campo dei *Familienrechtlichen Verhaeltnissen,* ancora di *Anspruch* tratta il § 196 nell'indicare i 17 casi di prescrizione biennale, sempre di *Anspruch* parla il legislatore tedesco con riferimento al decorso iniziale della prescrizione, la quale, appunto, *beginnt mit die Entstehung des Anspruch).* L'esercizio di tale *Anspruch* interrompe, poi, il corso della prescrizione, ma deve trattarsi di esercizio in via esclusivamente processuale, non bastando, all'uopo, il semplice avviso (*Mahnung)* stragiudiziale. La teoria dell'*Anspruch* fu ripresa in Italia, tra gli altri, dal Betti, *Ragione ed azione,* in *Riv. dir. proc. civ.,* 1932, I, p. 205; Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione,* cit., pp. 45 ss., ma vivacemente criticata dal Pugliese, *Actio e diritto subiettivo,* Milano, 1939, p. 253 (secondo il quale la nozione non ha alcuna autonomia, coincidendo in tutto e per tutto con il diritto subbiettivo). Sulla non univocità del concetto in seno alla stessa dottrina tedesca, cfr. A. Wach, *Der Rechtsschutzanspruch,* in ZZP, 32, pp. 1 ss., cit. in Oriani, *Processo,* cit., p. 183, nota 29.

89. Con l'art. 2934 cc il legislatore ha inteso circoscrivere la rilevanza del fenomeno prescrizionale nell'ambito del diritto sostanziale, escludendo ogni efficacia costitutiva dell'intervento del giudice, avendo il giudizio destinato a sancire l'estinzione del rapporto in virtù della prescrizione natura di stretto accertamento: così Auricchio, *Appunti,* cit., p. 62.

zioso volume pubblicato poco dopo la sua prematura morte, nell'agosto del 1968[90]. È merito dell'Auricchio, difatti, se l'istituto della prescrizione, tornato a scorrere entro il suo naturale alveo del diritto sostanziale, sia stato divelto dagli angusti quanto sterili confini del diritto soggettivo, per essere, con felicissima intuizione, collocato nella più vasta orbita *del rapporto giuridico*.

Il seguito della trattazione dirà, poi, su qual punto dell'affascinante architettura dell'intera vicenda prescrizionale ideata dall'autore par lecito avanzare una sommessa perplessità, onde altrettanto sommessamente immaginare, insieme con la de-costruzione dell'istituto, una sua ri-costruzione (ovviamente non dissimile sul piano morfologico da quella immaginata e magistralmente disegnata dall'Auricchio) funzionale *ad invertire* quoad tempus*, e del tutto simmetricamente, i ruoli ed i conseguenti effetti estintivi riservati ai due momenti del rapporto obbligatorio, il diritto del soggetto attivo, l'obbligo del soggetto passivo*.

Al momento, pare necessario limitarsi alla considerazione che *la dimensione del rapporto giuridico* entro il quale si realizza la liberazione del debitore (nelle vicende obbligatorie) o il riacquisto di una situazione di libertà (nei diritti reali limitati)[91] costituisce *la condizione ad un tempo necessaria e sufficiente* affinché la prescrizione operi, così che i molti problemi suscitati dal capoverso dell'art. 2934 sembrano potersi avviare a soluzione[92].

Il nucleo fondamentale della tesi dell'Auricchio, oltre che nell'individuazione del rapporto giuridico quale vero *oggetto* dell'effetto prescrizionale, sta anche nel ritenere (conformemente a quanto, a suo dire più esattamente, «le leggi più antiche disponevano»[93]) che anche nella prescrizione estintiva vi sia, in realtà, *un acquisto*[94]*,* poiché «non il creditore perde un diritto, ma il debitore è liberato da un'obbligazione»[95].

Non andrebbe attribuito, allora, "valore decisivo" alla formula adottata dall'art. 2934 cc[96], lì dove si discorre di estinzione dei diritti, poiché «l'equivoco di tutta la dottrina è in ciò, che il problema della rilevanza della prescrizione è stato circoscritto alla esistenza, inesistenza, irrilevanza del diritto soggettivo, mentre la prescrizione influisce sulla vita dell'intero rapporto giuridico, e la sua rilevanza è di solito affidata alla volontà del soggetto passivo di tale rapporto»[97].

Ed allora diventa legittima l'ipotesi che la prescrizione *operi su di una delle due situazioni giuridiche, prima di determinare l'estinzione dell'altra*[98]*,* sì che (specie con riferimento alla vicenda dell'adempimento del debito prescritto disciplinato dall'art. 2940 cc[99]) due si rivelerebbero, secondo l'autore, le possi-

90. Ci si riferisce al più volte citato *Appunti sulla prescrizione,* lavoro, purtroppo, non del tutto completato dal compianto autore.

91. Sul diritto reale di godimento configurato in termini di rapporto, si vedano le illuminanti ed anticipatorie riflessioni di E. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti,* Milano, rist. 1960, pp. 108-125.

92. Così si esprime Vitucci, *La prescrizione,* cit., p. 42, aggiungendo, ancora, che la formulazione di tale rilievo «va attribuita in primo luogo al volumetto postumo dell'Auricchio, rappresentandone anzi un merito fra i più segnalati».

93. Così Auricchio, cit. p. 35: l'autore fa riferimento all'art. 2219 del *Code Napoleon* ed all'art. 2105 del codice del 1865.

94. Il concetto di acquisto realizzato in conseguenza del compimento del termine prescrizionale è già adombrato in P. Gismondi, *La prescrizione estintiva in diritto canonico,* Roma, 1940, p. 54, nota 64 (citato in P. Vitucci, *la prescrizione,* cit., p. 41, nota 79) che riporta un passo del Suarez: «*praescriptio et amissio non sunt in eodem, sed unus praescribitur contra alium*».

95. L'idea dell'acquisto, come si è già avuto modo di rilevare in precedenza, era ancor più nitida in diritto romano, per il quale il decorso del tempo non determinava alcuna perdita del diritto, ma consentiva al debitore la proposizione di un'eccezione che ne paralizzasse l'esercizio. D'altronde, come rileva ancora l'Auricchio, in diritto romano le stesse azioni di *status* erano prescrittibili, poiché anch'esse si collocavano nella dimensione dinamica del rapporto giuridico: all'estinzione del diritto di stato si contrapponeva, difatti, l'acquisto di un diritto opposto – di liberazione, cioè – da parte del servo, del liberto del figlio (mentre la mancanza di una tale simmetria tra perdita/acquisto rende oggi le azioni di stato imprescrittibili).

96. Ciò perché «la legge è valida solo per la soluzione di concreti conflitti di interessi, e non serve a proporre la definizione di concetti». Di opposto avviso, peraltro, G. Branca, *Delle servitù,* in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 434, secondo il quale «l'art. 2934 non contiene una mera definizione di per sé non vincolante per l'interprete».

97. Auricchio, cit., p. 63.

98. Conformemente con quanto sostenuto dall'autore in tema di fondamento della prescrizione, consistente «nella liberazione del debitore ancor prima che nella perdita del diritto da parte del creditore», pp. 63-64.

99. In relazione al quale l'Auricchio esclude, del tutto correttamente, ogni possibile analogia con l'obbligazione naturale ed ogni possibile riferimento all'indebito oggettivo (si legge, difatti nella Relazione al codice, che «non può dirsi che l'*accipiens* abbia ricevuto un pagamento non dovuto»).

bili opzioni: o, nonostante il compimento del termine prescrizionale[100], sussiste ancora il diritto del creditore, ovvero sussiste l'obbligo del debitore[101], poiché le due posizioni, di diritto ed obbligo*, non devono necessariamente estinguersi contemporaneamente*[102].

Ne deriva che *il diritto non si modificherebbe né estinguerebbe* in virtù di prescrizione, ma *si estingue, invece, il rapporto giuridico,* il collegamento tra la situazione giuridica attiva e quella passiva, anche se il diritto stesso *non è destinato a sussistere in modo perpetuo, essendo privo dell'obbligo corrispondente, soggetto anch'esso ad estinzione*[103].

L'idea dell'estinzione diacronica (o, se si preferisce, progressiva) degli elementi dell'intera vicenda obbligatoria non fu accolta con particolare favore in dottrina: pur riconoscendosi unanimemente all'Auricchio il merito di aver intuito il fondamentale nesso *prescrizione/rapporto giuridico,* si obbiettò da più parti che il fenomeno estintivo, nell'incidere sull'obbligo del soggetto passivo e, conseguentemente, sul rapporto stesso, non potesse non riguardare anche il diritto soggettivo[104], destinato anch'esso ad estinguersi, contestualmente, specularmente, irredimibilmente, insieme con la corrispondente situazione passiva.

Le brevi osservazioni che seguiranno sono volte a dimostrare (ci si augura non del tutto infondatamente), *da un canto,* l'ammissibilità *dell'estinzione "progressiva"* del rapporto intersoggettivo e la sua sopravvivenza "attenuata" – sia pure sotto forma di "allentamento" del sottostante vincolo negoziale –, nonostante la caducazione di uno dei suoi elementi essenziali; *dall'altro,* che la straordinaria intuizione *dell'estinzione non contestuale* delle posizioni di diritto e di obbligo andrebbe con ogni probabilità immaginata in senso del tutto speculare rispetto a quella predicata dal suo autore, nel senso, cioè, che, per effetto della prescrizione, *si estingua il diritto soggettivo*, e *gli sopravviva l'obbligo***,** la cui estinzione (con conseguente estinzione dell'intero rapporto) risulterà condizionata al verificarsi, o al non verificarsi, di eventi di natura tanto sostanziale quanto processuale, rimessi (il più delle volte) ad attività dello stesso soggetto passivo, titolare residuo della disponibilità dell'effetto estintivo *tout court* dell'intera vicenda prescrizionale.

Il tema *dell'affievolimento delle situazioni giuridiche* è ben noto alla dottrina classica, in particolar modo a quella tedesca, anche se della relativa elaborazione si fa attore il diritto soggettivo[105] e non il rapporto giuridico.

La teoria della *Abschwaechung des Rechts*[106]*,* difatti, risultò, fin dal suo primo apparire, funzionale

---

100. Sulla correttezza, o meno, dell'uso della concetto di "termine" riferito alla prescrizione (e non soltanto alla decadenza), cfr. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza,* cit., pp. 3 ss.; ID., Voce *Decadenza,* in EdD, XI, Milano, 1962, p. 776. Sulla "fluidità" del concetto stesso di "termine", Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano,* I, Roma, 1951, p. 353.

101. L'alternativa, a detta dello stesso autore, può apparire assurda «a chi intenda il diritto come il riflesso della mera esistenza dell'obbligo o viceversa, mentre diritto ed obbligo sono da intendersi come posizioni correlative, ma dotate di disciplina autonoma».

102. «Chi voglia intendere il rapporto giuridico come assoluta contrapposizione formale tra situazione giuridica attiva e passiva non può comprendere la disciplina della prescrizione, e nemmeno di altri istituti», aggiunge (del tutto condivisibilmente) l'Auricchio. Ritiene poi (ma non del tutto comprensibilmente) che di *prius* o *posterius* possa parlarsi soltanto «come fatto logico», con riferimento alle situazioni attiva e passiva del rapporto, Grasso, *Sulla distinzione,* cit., p. 872, nota 16.

103. Discorre di estinzione dell'obbligo senza che sia affatto attuato il suo contenuto, con riferimento alla prescrizione, anche Nicolò, *L'adempimento del debito altrui,* Milano, 1936, p. 91.

104. In tal senso, tra gli altri, Oriani, cit., p. 34, nota 53, ove si legge che «dove invece non può seguirsi l'Auricchio è ... nel disconoscimento che la prescrizione incida, oltre che sull'obbligo, liberando il debitore, anche sul diritto, del pari estinguendolo: non si riesce a comprendere un fenomeno che vede insieme l'esistenza del diritto e l'inesistenza dell'obbligo»; secondo Grasso, *Sulla distinzione ecc.,* cit., p. 869, nota 9, p. 876, «non è pensabile che all'estinzione dell'obbligo non corrisponda l'estinzione del diritto ... non può parlarsi di estinzione del rapporto se non nel senso di contemporanea estinzione della situazione giuridica attiva e passiva», salvo poi, poco dopo, affermare che la prescrizione «opera sulla situazione passiva prima di determinare l'estinzione della situazione attiva» (la posizione dell'autore appare senz'altro più "sfumata", nella successiva *Prescrizione*, voce dell'*E.d.D,* cit.); afferma ancora Troisi, cit. p. 81, che «sul piano tecnico non si comprende come all'estinzione dell'obbligo possa non corrispondere l'estinzione del diritto». In termini più generali, ma nel medesimo ordine d'idee, C. M. Bianca, *Diritto civile,* 4, *L'obbligazione,* p. 467: «la correlatività delle posizioni di credito e debito comporta che l'estinzione dell'una è, al tempo stesso, estinzione dell'altra»; Matteucci, *La remissione del debito,* in *Riv. Dir. civ.*, 1957, I, p. 477: «credito e debito sono termini coessenziali, e vengono estinti contemporaneamente perché ciò che si estingue è il rapporto unitariamente considerato». Anche secondo la dottrina classica in tema di diritti reali (Balbi, *Sull'estinzione della proprietà per prescrizione e per non uso,* in *Riv. Dir. priv.,* 1940, p. 219) «l'estinzione di un rapporto importa la estinzione simultanea dei suoi elementi, diritto soggettivo e dovere giuridico, così che appare scorretto considerare come acquisto quel che giuridicamente è soltanto estinzione».

105. Del tutto diverso, ovviamente, è il significato in cui è inteso l'affievolimento dalla dottrina amministrativista: per primo e per tutti, sull'argomento del diritto affievolito, O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo,* I, Napoli, 1912, p. 439.

106. Letteralmente, «indebolimento dei diritti».

all'identificazione di quei diritti caratterizzati da un esistenza "minorata", a causa di un'incompleta costituzione o di un'incompleta estinzione[107]. Conseguenza di tale fenomeno di indebolimento della situazione soggettiva attiva, la *Ruhe der Rechte*[108], mentre a tale categoria verranno ancora ricondotti quei *Rechte ohne aktive, mit blosse passive Wirkung*[109].

Tutto il fenomeno dell'affievolimento risulterà via via ricondotto nell'alveo dell'*efficacia modificativa,* e concepito, più analiticamente, come una *modificazione esterna* del diritto soggettivo, secondo un'architettura di pensiero sostanzialmente condivisa dalla dottrina italiana: «quando, ad esempio, la confusione non provoca l'estinzione del diritto di credito e lo riduce allo stato di quiescenza, la situazione giuridica subisce una modificazione strutturale, perché le due posizioni di soggetto attivo e di soggetto passivo dell'obbligazione si vengono a concentrare sulla stessa persona»[110].

Non a caso, proprio in relazione a tali vicende modificative del piano strutturale del rapporto giuridico, si è condivisibilmente parlato di *rapporto giuridico unisoggettivo*[111], sottolineandosi ancora la non opinabilità dell'idea secondo la quale «il fatto produttivo dell'affievolimento delle situazioni giuridiche é il tempo, quando non sia riempito dall'esercizio del diritto soggettivo»[112].

Pare allora inevitabile, sia pur al limitato fine di ricostruire le vicende essenziali della fattispecie prescrizionale, applicare *al rapporto giuridico* le riflessioni sul tema dell'affievolimento dei diritti (estensione forse già inconsapevolmente presente, *in nuce,* nel pensiero degli stessi autori cui si è fatto cenno), ipotizzando, a fianco della *Abschwaechung des Rechts,* una non dissimile *Abschwaechung des Verhaeltniss,* e immaginando, insieme con la *Ruhe der Rechte,* una simmetrica *Ruhe der Beziehung*[113] conseguente al compiersi del decorso del tempo[114].

Un primo momento di sintesi conduce così all'interrogativo di fondo sulle possibili soluzioni al problema della prescrizione estintiva, alternativamente identificabili:

1) in quella (più agevole e meno impervia) predicativa della *estinzione tout court* tanto del rapporto quanto dei suoi elementi costitutivi, il diritto soggettivo e l'obbligo, «non essendo immaginabile un'estinzione parziale che riguardi solo un aspetto del rapporto intersoggettivo», anche se ciò comporta la definitiva abdicazione ad ogni tentativo di spiegare efficacemente, senza inaccettabili forzature interpretative del dato legislativo, vicende affatto peculiari dell'istituto quali la rinuncia, il pagamento del debito prescritto, la legittimità dell'azione giudiziale fondata su di un diritto estinto;

---

107. Windscheid, cit., p.179, citato in Falzea, *Efficacia giuridica,* cit., p. 498.

108. Letteralmente, «il silenzio, la quiete dei diritti»: la teoria della quiescenza dei diritti è frutto della elaborazione di H.K. Hirsch, *Die Ubertraegung der Rechtsausubung*, Berlino, 1910, p. 148 ss.
Discorre ancora di quiescenza dei diritti, con riferimento agli *iura in re aliena,* anche la nostra giurisprudenza: secondo Cass. 6 agosto 1997, n. 7220, infatti, «l'impossibilità di fatto di godere di una servitù prediale, così come il sopravvenuto venir meno della *utilitas* che ne costituisce il contenuto, sono idonei a determinare non altro che un mero stato di quiescenza del relativo diritto, perdurante sino a quando non venga a maturazione il termine di prescrizione estintiva previsto in tema di *iura in re aliena* (sempre che non risultino stipulate, per iscritto, nuove pattuizioni che modifichino l'estensione della servitù o la sopprimano), così che la sola, astratta possibilità di un ripristino futuro del suo concreto esercizio conferisce, al titolare del fondo dominante, una attuale legittimazione ad agire, *ex* art. 100 cod. proc. civ., per la tutela del suo diritto, almeno fino a quando non risulti giudizialmente accertata (su domanda o su eccezione del proprietario del fondo servente) l'intervenuta prescrizione del diritto stesso.

109. I diritti, cioè, senza effetto attivo, ma con soli effetti passivi: R. Jehring, *Passive Wirkungen der Rechte,* in *Gesammelte Aufsaetze,* II, Jena, 1882.

110. Cfr. Falzea, op. ult. cit., p. 498.

111. La felice intuizione è di Salvatore Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo,* in *Diritto civile,* cit., pp. 395 ss.

112. Falzea, *op. loco cit.* Il tempo – soggiunge l'autore - porta ad una progressiva minorazione dell'efficienza del diritto soggettivo, cioè a trasformazioni interne, che potranno evolvere in trasformazioni esterne quando si maturi il fatto preclusivo/estintivo della prescrizione.

113. Letteralmente, e rispettivamente, "affievolimento del rapporto" e "quiescenza del rapporto".

114. Di quiescenza del rapporto obbligatorio la dottrina discorre specie con riferimento all'istituto della confusione: cfr. C. Crome, *Teorie fondamentali delle obbligazioni, § 29, p. 393 («la riunione nella stessa persona della duplice veste di creditore e debitore è, di sua natura, indeterminata: finchè essa dura si ha soltanto quiescenza del credito"); P*ugliatti, *Il rapporto* cit. p. 433 («il concetto di quiescenza esclude precisamente l'estinzione») e, dello stesso autore, *Assegno bancario e rapporto unisoggettivo* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1966, p. 433 («nei casi in cui il rapporto non si estingue per la confusione in un unico soggetto della situazione attiva e di quella passiva, esso rimane in vita, pur se ridotto ad un unico soggetto»). In senso contrario, e per la definitiva estinzione del rapporto a seguito di confusione, per tutti, M. Allara, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., p. 58, e, per la dottrina tedesca, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts,* pp. 249 ss.

2) in quella immaginata dall'Auricchio, secondo cui al compiersi della prescrizione, conseguirebbe:
   - l'estinzione dell'obbligo,
   - l'estinzione (ancora) del rapporto giuridico,
   - la sopravvivenza *pro tempore* del (solo) diritto soggettivo;
3) in quella, infine, che fondi un tentativo di ricostruzione della fattispecie in termini teorici tenendo conto delle sue implicazioni ed applicazioni concrete sì come emergono dall'intera trama normativa dettata dal legislatore del 1942: allora *la sopravvivenza (e la quiescenza) anche del rapporto obbligatorio* per effetto del decorso del tempo avrà un suo realistico significato ed una sua giuridica configurabilità proprio alla luce della *diacronia* della vicenda estintiva che colpisce i suoi due elementi essenziali. Un'estinzione *del diritto soggettivo e non dell'obbligo* (come di qui a poco si cercherà di dimostrare), dunque, che *non comporta* come inevitabile conseguenza *anche la caducazione del rapporto stesso,* se è vero, come è vero, che il compiersi della prescrizione si struttura in origine, e dipana i suoi effetti, pur sempre in termini di "acquisto" da parte del debitore di un "valore" costituito dalla «liberazione dal vincolo obbligatorio»[115].

Va allora fatta luce sulla circostanza secondo cui tale acquisto consiste, in realtà, *non nell'immediata liberazione dall'obbligo* (non si spiegherebbe, difatti, come il creditore possa ancora, del tutto legittimamente, agire in giudizio e vedersi addirittura riconosciuto il suo diritto in mancanza di opposizione della prescrizione da parte del debitore), bensì nell'insorgere di un *diritto alla liberazione* (vicenda ontologicamente non assimilabile all'estinzione *tout court* dell'obbligo sotteso alla posizione di soggetto passivo del rapporto), diritto il cui concreto esercizio è demandato, quanto alla sua *definitiva realizzazione,* a comportamenti ulteriori ed eventuali, di segno positivo e negativo, da attuarsi tanto sul piano del diritto sostanziale (mancata rinuncia) che processuale (opposizione dell'eccezione di prescrizione), ovvero, quanto alla sua *mancata realizzazione,* ad altrettanti comportamenti, sia sostanziali (pagamento del debito prescritto, rinuncia alla prescrizione) che processuali (mancata proposizione dell'eccezione *ex* art. 2938 cc)[116].

Anche su questo eccentrico piano di riflessione, la prescrizione mostra le sue caratteristiche di fattispecie diacronica, permeando della propria "progressività" le stesse vicende del rapporto obbligatorio, secondo una scansione logico/cronologica così strutturata:
1) Decorso del tempo stabilito dalla legge
2) Estinzione del diritto
3) "Allentamento" e conseguente quiescenza del rapporto obbligatorio
4) Sopravvivenza temporanea dell'obbligo
5) Estinzione dell'obbligo[117]
6) Estinzione definitiva dell'intero rapporto.

Necessitano, peraltro, di un solido fondamento teorico-normativo le ipotesi:
1) che il rapporto giuridico possa sopravvivere all'estinzione di uno dei suoi elementi strutturali (come si è già in parte cercato di dimostrare poc'anzi);
2) che l'elemento strutturale destinato alla caducazione istantanea sia il diritto soggettivo e non l'obbligo del debitore.

4.1. L'ammissibilità della quiescenza *del rapporto giuridico* in sincronia con la estinzione di uno dei suoi elementi strutturali, in analogia con *la quiescenza dei diritti* cara alla dottrina tedesca, è evento forse non del tutto estraneo al sistema delle obbligazioni, anche in territori diversi rispetto al fenomeno prescrizionale. Non dissimile ricostruzione potrebbe, difatti, ipotizzarsi per istituti come *la remissione del debito*[118], che, a seguito della comunicazione del creditore all'obbligato, produce, a sua volta, sia un effetto estintivo del diritto, sia un effetto liberatorio (*rectius*, una «messa a disposizione dell'obbligo») di cui il debitore potrà giovarsi o meno, azionando, entro congruo termine, il meccanismo legale della rinuncia. Anziché di «effetto estintivo legalmente provvisorio, anche se immediatamente operante»[119], sembra più aderente al dettato normativo

115. Per tutti, Grasso, cit., p. 57.

116. Parla di «estinzione della rilevanza giuridica del rapporto come schema giuridico formale» ma di persistenza di «un contrasto di interessi, al quale può corrispondere un'attenuata rilevanza giuridica» in seno ad un (preteso) «rapporto inteso in senso sociale, come realtà pregiuridica» Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza,* cit., p.76: in realtà, il rapporto non subisce alcuna "mutazione genetica" del tipo di quella paventata dall'autore, ma resta immodificato, ancorché quiescente, in attesa della sua successiva attuazione ovvero della sua definitiva estinzione. In argomento, *amplius,* .M. Allara, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* Torino, 1950, p. 172.

117. Condizionata al verificarsi/non verificarsi di eventi legalmente predeterminati.

118. *Contra* Bianca, cit.

119. Bianca, cit. p. 475, nota 66.

ed allo sviluppo funzionale dell'istituto supporre che, all'estinzione del diritto del creditore, segua anche qui un allentamento, una *Ruhe des Verpflichtverhaeltniss*[120], sino alla manifestazione, positiva o negativa, di volontà del debitore, il cui obbligo, non ancora estinto, sarà eventualmente adempiuto con riferimento *a quel medesimo rapporto* (a sua volta, non ancora estinto) a seguito della rinuncia alla remissione[121]. E gli stessi autori tesi alla ricerca di ineluttabili *sincronie estintive* di cui predicare la necessità (*i.e.* l'estinzione contestuale del diritto, dell'obbligo e del rapporto, quasi che *remissio – sicut praescriptio – omnia solvit*) finiscono poi per riconoscere che «il debitore rimuove pur sempre l'effetto estintivo della remissione ristabilendo l'esistenza del rapporto obbligatorio senza soluzione di continuità»122, ed ancora che «l'effetto estintivo si è tuttavia già prodotto in favore del debitore a seguito della comunicazione della remissione». Che è quanto dire, fuor di eleganti metafore, che *il diritto* del creditore *si è estinto*, che *il rapporto obbligatorio* permane in condizione di *quiescenza*, che, infine, *l'obbligo*, idealmente sopravvissuto alla vicenda estintiva (che ha temporaneamente vulnerato il diritto del remittente), *troverà o meno attuazione* a seconda che «entro congruo termine», il debitore rinunci o meno alla remissione[123].

Non diversamente, nella vicenda prescrizionale, per effetto del decorso del tempo, il rapporto giuridico sotteso al diritto soggettivo estinto si trova in una situazione *di quiescenza,* ripetendo la ragione della sua condizione di *nosferatu* dalla circostanza che l'obbligo corrispondente non si estingue, permanendo in capo al debitore *la disponibilità dell'effetto estintivo* conseguente al decorso del tempo inerte (decorso che, a sua volta, ha già causato, *ipso facto,* l'estinzione della corrispondente situazione attiva, il diritto soggettivo, stante il disposto dell'art. 2934 cc)[124].

Nella pur mirabile teoria dell'estinzione dell'Auricchio, quel che appare arduo da giustificare appare, dunque, il predicato della doppia vicenda estintiva, avente ad oggetto tanto l'obbligo quanto il rapporto, perché il permanere in vita, in una vicenda di estinzione, del solo diritto soggettivo risulta un poco decifrabile enigma (a prescindere dalla sua giuridica dimostrabilità), mentre la visione diacronica delle sorti del rapporto obbligatorio consente (più correttamente) di ritenere legittima la sopravvivenza tanto di quest'ultimo, quanto di quella, delle due posizioni soggettive, che in origine lo caratterizzò, appunto, come "obbligatorio". Quel che preme ancora riaffermare, come imprescindibile premessa del discorso che si andrà sviluppando, è che intanto la sopravvivenza di una sola delle posizioni soggettive (l'obbligo, e non il diritto) ha una sua legittimazione anche formale sul piano normativo in quanto essa si iscrive *ancora* nell'orbita di una più vasta struttura, quella *del rapporto*, idonea a contenerla, mutuandone una (sia pur temporanea) ragion d'essere filogenetica (ed ecco perché predicare l'estinzione di quella più ampia dimensione "relazionale" che è il rapporto giuridico intersoggettivo renderebbe probabilmente impossibile la stessa sopravvivenza di uno dei suoi elementi genetici)[125].

---

120. Lett. «quiescenza del rapporto obbligatorio».

121. Non a caso, gli stessi autori che sostengono l'effetto estintivo *tout court* del rapporto, del diritto e dell'obbligo specificano che la cancellazione retroattiva dell'effetto estintivo comporta il mantenimento del rapporto obbligatorio e dei relativi accessori, comprese le garanzie, poiché il debitore, con il suo rifiuto, «cancella retroattivamente l'effetto estintivo della remissione».

122. Bianca, cit., p. 476.

123. Che, nella remissione del debito, «*il diritto si estingua senza che si estingua la posizione giuridica correlativa*» è opinione già espressa dallo stesso Auricchio, cit., p. 66.; cfr. anche E. TILOCCA, *La remissione del debito,* in *Nuovo digesto italiano*, XV, p. 50, secondo il quale l'estinzione del debito sarebbe un effetto riflesso della rinunzia al credito: «la remissione del debito produce immediatamente ... solo la perdita del diritto da parte del suo titolare».

124. Quello della disponibilità dell'effetto estintivo *e latere debitoris è un fenomeno meno infrequente di quanto non si possa immaginare: si pensi alla fattispecie, di matrice prettamente giurisprudenziale, della cd. "condizione unilaterale"*: anche qui, al verificarsi di un evento estintivo (il mancato avveramento del fatto dedotto in condizione a favore di una sola parte), il creditore-alienante perde il diritto all'adempimento nascente dal contratto, ma l'effetto estintivo del corrispondente obbligo dell'acquirente-debitore è rimesso in via esclusiva alla sua disponibilità, così che egli, "rinunciando" alla condizione stessa, può decidere di adempiere al suo obbligo, versando il prezzo di acquisto, e conseguendo la proprietà del bene, in relazione ad un rapporto giuridico (quello scaturente dal negozio di compravendita) ancora "quiescente" nonostante il mancato avveramento della condizione, che pur ne avrebbe dovuto decretare l'estinzione.

125. Sull'ampio dibattito circa la natura del rapporto obbligatorio sotto il vigore del codice abrogato, cfr. L. Coviello, *L'obbligazione negativa,* Napoli, 1931, rist., Camerino, 1978, pp. 2 ss., che sottopone a critica serrata la concezione dell'obbligazione come sintesi scaturente da due rapporti fra loro indipendenti, il «rapporto di prestazione (*Schuld)*» ed il «rapporto di rispondenza (*Haftung)*», concezione importata dalla dottrina tedesca della fine dell'800 (A. Brinz, *Der Begriff Obligatio,* in *Grunhuts Zeitschrift,* I, 1874, p. 18) e fatta propria, in Italia, da Pacchioni (*Sul concetto di obbligazione* in *Scritti giuridici in onore di Schupper*, Torino, 1898, I, pp. 201 ss.) e da Gangi (*Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente,* in *Riv. Dir. civ*., 1927, pp. 521 ss.)

In altri termini:

- *da un canto,* la morfologia rapporto giuridico deve essere configurata in termini di *sintesi dinamico-funzionale*[126] e non (solo) di semplice *somma strutturale* di elementi essenziali (il diritto soggettivo/l'obbligo giuridico), di talché, all'esito dell'incontro e della fusione di questi ultimi, esso stesso diviene entità autonoma che prescinde e si separa da tali componenti originarie, onde la sua attitudine a "sopravvivere" temporaneamente anche alla caducazione di una di esse (ciascuna idonea, a sua volta, ad estinguersi secondo una scansione diacronica, proprio per aver pur sempre conservato la propria autonoma identità strutturale), essendo, in definitiva, il rapporto giuridico pur sempre *relazione tra soggetti* e *non (solo) tra posizioni soggettive*[127].
- *dall'altro,* sul piano più strettamente positivo, per effetto del compimento del termine di prescrizione, *non può in alcun modo sostenersi il residuare di un'obbligazione naturale* (come sovente affermato da parte della dottrina)[128], poiché un'attenta lettura delle norme di cui agli artt. 2034 e 2940 del codice civile esclude radicalmente ogni possibilità di tale "conversione" dell'originaria obbligazione – che, viceversa, conserva le sue peculiari ed originarie caratteristiche[129] proprio perché ancora oggetto di un rapporto *quiescente*, *affievolito, in attesa,* ma *non (ancora) estinto*.

4.2. Accertata, dunque, la «sopravvivenza quiescente» del rapporto obbligatorio, va affrontata la questione, già più volte anticipata, se l'effetto "immediato" del decorso del tempo inerte, la vicenda funzionale dello "*Zeitpunkt*" prescrizionale possa ri-

126. Sulla correlatività necessaria tra le situazioni giuridiche soggettive, per tutti, Santoro Passarelli, *Diritti assoluti e relativi,* in *EdD*, XII, Milano, 1964, p. 752.

127. Il rapporto giuridico inteso, cioè, come sintesi dinamica di elementi che, sul piano statico, conservano pur sempre la loro individualità strutturale, ma si integrano, su quello funzionale/effettuale, divenendo altro, interagendo, cioè, tra loro sino a creare una nuova realtà giuridica. Si pensi all'esistenza di due sorgenti di energia che agiscono separatamente, generando, per effetto della sintesi, una nuova "materia" (luce, calore ecc.) in modo disomogeneo per quantità e qualità: entrambe le fonti generatrici (il diritto, l'obbligo) creano, attivandosi, un "materiale di fusione" (il rapporto giuridico) che è ontologicamente "altro" rispetto alle sue fonti, è "fusione" generata da due fonti produttrici, è il "risultato" energia. La caducazione di una sola delle due fonti non travolge, contestualmente, né l'altra, né "il prodotto" della fonte sopravvissuta, anche se questo prodotto sarà inevitabilmente "modificato" per essere venuta meno l'altra fonte produttiva.
All'opposto, per una concezione del rapporto giuridico inteso «quale mera sintesi verbale tra diritto ed obbligo», dacché, «se la norma è regola di condotta, non può esistere una relazione tra diritto ed obbligo, bensì soltanto tra i substrati materiali degli stessi», N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato,* Torino, 1970, pp. 100 ss.; A. Iannelli, *La proprietà costituzionale,* Napoli, 1980, pp. 96 e 135; A. E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica,* in *Formalismo e sapere giuridico,* Milano, 1963, pp. 347 ss.; ID., *La funzione del fatto nell'esperienza giuridica,* ivi, p. 245; Grasso, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto,* Napoli, 1973, pp. 151 ss.. Ma insuperabili dubbi sull'asserita inconciliabilità tra norma intesa come valore e la teorica del rapporto giuridico sono efficacemente (e del tutto condivisibilmente) espressi nelle opere, di ben più ampio respiro, di A. Levi, *Teoria generale del diritto,* Padova, 1967, pp. 10 ss, pp. 26 ss., e N. Bobbio, *Formalismo giuridico,* in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* Milano, 1965, pp. 90 ss. Per ulteriori considerazioni sul tema del rapporto giuridico, si veda ancora l'approfondita analisi di C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali,* Napoli, 1972, pp. 45 ss., e V. E. Cantelmo, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario,* Napoli, 1972, p. 3. Più in generale, sulla rilevanza di un analisi funzionale degli istituti giuridici, Bobbio, *Dalla struttura alla funzione,* Milano 1979, e, sul problema della qualificazione giuridica intesa come sintesi di effetti essenziali, P. Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile,* Napoli, 1975, pp. 138, 202, 209 ss., 223 ss. Sull'affascinante tema del rapporto giuridico inteso come "categoria", cfr., infine, U. Cerroni, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano, 1972; Id. *Per una critica sistematica della categoria giuridica,* in *Democrazia e dir.,* 1974, 3, pp. 481 ss.
Più di recente, sul concetto di rapporto obbligatorio come *relazione* idonea spiegare il fondamento e la natura del cd. «contatto sociale», C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 69 ss., con approfondita disamina dell'evoluzione del concetto di obbligazione – dalla sua lettura «in chiave quasi proprietaria» del Savigny all'emersione degli obblighi di protezione che, a dire dell'autore, fondano la fattispecie del contatto sociale – per concludere poi che il contenuto dell'obbligazione, rettamente intesa nella dinamica di un rapporto complesso «si sostanzia *nella relazionalità* come matrice di qualificazione del reciproco porsi dei soggetti l'uno di fronte all'altro», *ivi,* p. 79.

128. F. Messineo, *Manuale di diritto civ. e commerciale,* cit., III, pp. 494 ss.; P. Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni,* cit. p. 117.

129. Che l'adempimento di un'obbligazione prescritta costituisca legittima attuazione di *un'obbligazione civile* è affermato, in dottrina, sia pur con diversità di motivazioni (rinuncia tacita alla prescrizione, reviviscenza del rapporto, reviviscenza del diritto, reviviscenza dell'obbligo), da Gangi, *Le obbligazioni,* cit. p. 113; Salv. Romano, *Note sulle obbligazioni naturali,* Firenze, 1953, pp. 66 ss.; Nardi, *Rapporti tra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale,* in *Studi Parmensi*, V, Milano 1955, pp. 74 ss.; G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione,* cit. p. 244; Ferrucci, *Della prescrizione,* cit., p. 415. Di obbligazione "imperfetta" a proposito del pagamento del debito prescritto discorre Trabucchi, nelle sue *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, §§ 284 e 378 in testo ed in nota (l'autore colloca l'ipotesi *ex* art. 2940 cc nella più ampia disciplina di cui alla disposizione *ex* art. 2034 secondo comma cc, differenziandola, peraltro, dall'obbligazione naturale propriamente intesa).

tenersi, in realtà, *non l'estinzione dell'obbligo*[130], ma *del diritto soggettivo*[131], estinzione intesa, nella sua reale portata, come «*messa a disposizione» dell'(effetto estintivo dell')obbligo in favore del debitore*[132] (o del titolare del diritto reale limitato), così specularmene ricostruita una vicenda che, nella sua fisiologia, normalmente identifica nel creditore il soggetto cui è riconosciuta la disponibilità del diritto.

Militano a fondamento di tale ipotesi:

- Il dato testuale della *Grundnorm* dell'istituto (l'art. 2934 cc), la quale, stabilendo che «ogni *diritto* si estingue per prescrizione», ribalta l'impostazione dei codici ottocenteschi che riferivano l'effetto estintivo all'obbligo del soggetto passivo[133].
- La *sedes materiae* destinata all'istituto dal legislatore del '42, e cioè non il capo IV del libro IV, che disciplina i modi di estinzione delle obbligazioni, ma il capo II del libro VI, dettato in tema di tutela dei diritti[134].
- La evidente differenza tra debito *estinto* e debito *prescritto*, considerato che al pagamento del debito *estinto* non si ricollega un (irriproducibile) effetto estintivo, bensì l'insorgere del diritto alla ripetizione, mentre il pagamento del debito *prescritto* – se spontaneo – «genera proprio quell'effetto estintivo» (dell'obbligo) «che la prescrizione non aveva ancora prodotto»[135]: sicché, pare proprio l'obbligo ad essere il "predestinato" alla sopravvivenza.
- L'analogia con fenomeni estintivi normativamente disciplinati, anch'essi destinati ad incidere non sull'obbligo o sull'intero rapporto, ma sul diritto soggettivo. Si è già detto in precedenza della remissione del debito, ma a conclusioni non dissimili conduce l'esegesi dell'istituto della *compensazione*, nella prospettiva di cui all'art. 1242 cc («*la prescrizione non impedisce la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti*»), a mente della quale la vicenda (funzionale) debitoria è conseguenza dell'effetto estintivo della compensazione e non della prescrizione, mentre l'operare di quest'ultima è, per il legislatore, fatto del tutto diverso rispetto alla stessa coesistenza dei debiti, prima ancora che alla loro estinzione. Né diverso discorso sembra doversi svolgere in tema di *obbligazioni solidali,* poiché la norma di cui all'art. 1310 sembra, ancora una volta, confermare l'esattezza della prospettiva dell'estinzione del diritto: la mancata liberazione dei condebitori solidali benché non destinatari di atti interruttivi (art. 1310 primo comma) si spiega, difatti, proprio con la circostanza che l'atto interruttivo spiega la sua efficacia con riferimento al *diritto di credito* – impedendone la fisiologica estinzione –, e non *agli obblighi* (plurimi) dei condebitori[136], obblighi tutti destinati

130. Che l'obbligo del debitore possa non considerarsi estinto sembra confermato anche dai rapporti tra *adempimento del debito prescritto* e *azione revocatoria ordinaria,* rapporti che la dottrina risolve, del tutto condivisibilmente, nel senso che «l'adempimento del debito prescritto, costituendo per necessità adempimento di un debito scaduto, non è soggetto a revoca ai sensi del disposto dell'art. 2901 terzo comma cc» (così Vitucci, *La prescrizione,* cit., p. 228; Nicolò, *Azione surrogatoria ed azione revocatoria,* in *Comm. Scialoja e Branca*, *sub* art. 2900, p. 63, secondo il quale, ancora, «la prestazione del debitore non cessa di essere dovuta per il solo fatto che egli possa opporre la prescrizione e non lo abbia fatto»). È evidente invece che, a considerare estinto l'obbligo del debitore a seguito del decorso del tempo, non si potrebbe più legittimamente parlare di "debito scaduto", sì che l'eventuale adempimento sarebbe legittimamente oggetto di revoca, nel concorso delle circostanze richieste dalla legge *ex* art. 2901 primo comma cc.

131. E ciò va detto superando ogni difficoltà "ideologica", prima ancora che dogmatica, ad ammettere un fenomeno estintivo del diritto soggettivo assolutamente indipendente dalla volontà, dall'operato, dalla "sfera di signoria" del suo titolare, ed accettando il fisiologico dipanarsi della vicenda prescrizionale in relazione alla imprescindibile dimensione "tempo", al di là dei suoi eventuali risvolti processuali, al di là ed a prescindere dalle sue possibili evoluzione sostanziali in termini di reviviscenza del diritto stesso.

132. La norma di cui all'art. 2937 cc (rinuncia alla prescrizione), postula addirittura l'esistenza di un "diritto" che si costituirebbe in capo al soggetto passivo del rapporto (non può rinunciare, di fatti, alla prescrizione «chi non può disporre validamente del diritto»).

133. Si confronti la norma in parola con quella dettata, in via del tutto speculare, in tema di compensazione (art. 1241), ove è testualmente stabilito che «*i due debiti*» si estinguono «per le quantità corrispondenti».

134. A tale considerazione potrebbe, peraltro, non illegittimamente replicarsi che la collocazione è frutto del carattere onnicomprensivo dell'istituto, che abbraccia, *quoad effectum,* tanto i diritti di obbligazione che i diritti reali limitati. D'altronde, che tra le sistemazioni più contrastate nella redazione del codice civile ci sia stata proprio quella della prescrizione è opinione espressa da Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile,* in *Studi giuridici* III, 2, Milano, 1960, p. 627, dove si legge che lo stesso presidente della commissione rimase sino all'ultimo contrario alla collocazione dell'istituto a chiusura dell'ultimo libro del codice.

135. Così, letteralmente Vitucci, *La prescrizione,* cit., pp. 32-33, che aggiunge «altro è il modo di operare della prescrizione, altro dei modi di estinzione» (dell'obbligo del soggetto passivo).

136. Sul tema delle obbligazioni solidali, la dottrina ritiene, in prevalenza, trattarsi di un insieme collegato di più rapporti obbligatori (L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, I, p. 183; Giorgianni, *Obbligazione solidale e parziaria* in *Scritti minori*, Napoli,

ad estinguersi, per converso (se si aderisse alla tesi dell'estinzione dell'obbligo), al di fuori di quello oggetto dell'atto interruttivo. Ancor più evidente conferma fornisce il secondo comma dell'articolo ora ricordato: «*la sospensione della prescrizione nei rapporti di uno dei debitori o di uno dei creditori in solido non ha effetto riguardo agli altri. Tuttavia il debitore che sia stato costretto a pagare ha regresso contro i condebitori liberati in conseguenza della prescrizione*», il che sta a significare, ancora una volta, che, in realtà, nonostante il decorso del tempo ed il compiersi della prescrizione, i condebitori "liberati" (e cioè nei confronti del quali *il diritto* del creditore risulta estinto) sono purtuttavia costretti al pagamento di regresso, a conferma che il loro *obbligo* non era ancora definitivamente tramontato (al pari dell'intero rapporto obbligatorio) nonostante il decorso del tempo e la «liberazione in conseguenza della prescrizione»[137].

- Il fenomeno della cd. "*reviviscenza*"[138] conseguente al mancato esercizio, da parte del debitore, del «diritto alla liberazione dall'obbligo» scaturente dal decorso del termine di prescrizione. Mentre la vicenda di reviviscenza di cui all'art. 2940 cc non pone particolari problemi interpretativi (il debitore adempie alla sua obbligazione spontaneamente, e la vicenda obbligatoria trova la sua definitiva soluzione), ben altri dubbi solleva l'ipotesi di cui all'art. 2937 capoverso, in tema di rinuncia alla prescrizione, con riferimento alle conseguenze di tale atto, se, cioè, per effetto di esso, "riviva" l'obbligo del debitore o il diritto del creditore. Vera la prima ipotesi, e ammettendo, con l'Auricchio, che il diritto non si sia mai estinto, sarebbe allora inevitabile inferirne che l'adempimento del debitore si riferisce *a quello stesso diritto* (mai estinto, e dunque) in tutto e per tutto *identico a sé medesimo,* così che esso «*si conserverebbe immutato, perdendo soltanto la ragione di caducità conseguente al tempo già trascorso, senza alcuna reviviscenza, e senza alcun cambio di contenuto per effetto della rinuncia*»[139]. Ma ciò è smentito[140] dalla stessa disciplina positiva, atteso che, da un canto, il nuovo termine prescrizionale, che decorre dal giorno della rinuncia, sarà quello ordinario (decennale) e non quello breve cui eventualmente il diritto stesso fosse risultato soggetto in precedenza; dall'altro, che l'eventuale diritto di garanzia immobiliare estintosi a seguito dell'estinzione del corrispondente diritto di credito *non risorge né può reiscriversi in pari grado* rispetto a quello ormai perduto, pena l'inaccettabile pregiudizio degli interessi dei terzi[141], mentre lo stesso pegno, all'esito del compimento della prescrizione, si estingue, con contestuale obbligo di restituzione del bene al debitore[142]. Come tutto ciò si ponga in termini di non perfetta compatibilità con la pretesa sopravvivenza del diritto al decorso del tempo (e con l'asserita omogeneità strutturale del diritto stesso rispetto a quello conseguente alla rinuncia alla prescrizione operata dal debitore), sembra, dunque, assai poco discutibile. La diacronia della vicenda estintiva sembra invece coerente con il fenomeno *dell'estinzione dell'originario diritto* quale *effetto automatico del decorso del tempo inerte*, e la con sua "reviviscenza modificata" conseguente all'attività (adempimento spontaneo, rinuncia) del debitore che ha visto, dal suo canto, permanere inalterato il proprio obbligo (quello, cioè, all'adempimento), ben conciliandosi le dette *deminutiones* della posizione soggettiva attiva con il suo ritorno in vita in termini di struttura e

1988, p. 595); ma, per l'unicità del rapporto obbligatorio, in passato, C. Scuto, *Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, p. 322; J. Binder, *Die Korrealobligationen im roemischen und im heutigen Recht,* Leipzig, 1899, pp. 19 ss., e, più di di recente, F. D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa,* Milano, 1974.

137. Sul principio di cui all'art. 1310, secondo comma, seconda parte, cfr. Andreani, Voce *Regresso,* in EdD, xxxix, Milano, 1988, p. 705, secondo il quale la disposizione non si fonda sull'ingiustificato arricchimento dei condebitori liberati per effetto della prescrizione nei confronti del *solvens*; Azzariti e Scarpello, *cit.,* p. 255. Per l'affermazione secondo la quale la disposizione di cui all'art. 1310 cc realizza un "ipotesi anomala", cfr. Cass. 23 giugno 1998, n. 6244.

138. In argomento, *funditus*, *Reviviscenza delle garanzie a seguito del risorgere dell'obbligazione principale*, in nota a Cass. 15 novembre 2004, n. 21585, *Corriere Giuridico* n. 3/2005, p. 367.

139. È l'opinione di Vitucci, cit, p. 195.

140. Ed è lo stesso autore, poco dopo, a riconoscerlo.

141. Così Gorla, *Delle ipoteche,* in Commentario Scialoja e Branca, cit., pp. 628 e 636.

142. Vitucci, cit., pp. 44-46.

contenuto essenzialmente non dissimile rispetto al passato (come, d'altronde, è dato rilevare nella maggior parte dei fenomeni di reviviscenza conosciuti dal nostro codice)[143].

Può dunque concludersi, al termine dell'analisi esegetica che precede, che, al compiersi della prescrizione, si verifica, giusta disposto dell'art. 2934 cc:

- *l'estinzione del diritto*[144] vantato dal soggetto attivo del rapporto[145];
- *la quiescenza del rapporto obbligatorio* intercorrente tra i due soggetti, attivo e passivo*;*
- *la sopravvivenza immodificata dell'obbligo* del soggetto passivo che acquista, per effetto dell'estinzione del diritto, un corrispondente diritto alla liberazione[146].

Specificandosi, ancora, che la *definitiva estinzione dell'obbligo* (con conseguente estinzione dell'intero rapporto) postula, a sua volta*:*

- *la mancata rinuncia* alla prescrizione da parte del debitore;
- *la vittoriosa proposizione dell'eccezione di prescrizione* (da parte del debitore o dei terzi interessati), all'esito dell'*eventuale* instaurazione di un processo[147].

5. Certezza e relatività del tempo della prescrizione

Così delineati i caratteri morfologici della fattispecie, è tempo di tornare ad interrogarsi sui nuovi modelli del dipanarsi della prescrizione nel tempo, tra certezza e relatività.

Una premessa pare necessaria, per meglio intendere l'evoluzione che, dell'idea di certezza, l'istituto mostra di aver subito in epoca recente, in conseguenza delle nuove aperture della giurisprudenza di legittimità e delle Corti europee.

L'indagine prende le mosse dalla ricerca del fondamento meta-normativo dell'ampliamento dei territori della responsabilità civile (ove più di frequente l'istituto della prescrizione trova applicazione), alla luce delle rinnovate istanze *di tutela della parte debole del rapporto di responsabilità, contrattuale e aquiliana*[148].

La sinergia tra la tendenza all'allargamento dell'area della responsabilità civile (frutto della transizione dal codice della proprietà a quello della responsabilità, attraverso il filtro della Carta costituzionale intesa come «codice della persona e della personalità») ed il suo concreto attuarsi di fronte alla posizione del contraente debole (testimoniato, tra le altre, dalle

143. Adotta espressamente il termine di *reviviscenza* dell'originaria obbligazione l'art. 1276 cc (in tema di invalidità delle obbligazioni assunte in caso di delegazione, espromissione ed accollo novativo-privativi), specificando, ancora, che, in tal caso, «il creditore non può valersi delle garanzie prestate da terzi». La norma viene ritenuta applicabile (Rescigno, *Novazione,* in *NDI*, XI, p. 431) anche ai fenomeni di reviviscenza conseguenti alla novazione nulla o annullabile (dissente poco condivisibilmente Perlingieri, *Dei modi di estinzione,* cit., p. 71, secondo il quale, invece, «la eliminazione della fattispecie determina il ritorno alla situazione originaria»). Di reviviscenza si discorre ancora nelle ipotesi in cui, verificatasi, l'estinzione di un diritto, venga successivamente dichiarata l'inoperatività della causa di estinzione (in tal senso, cfr. Oriani, *Processo di cognizione,* cit., p. 36, nota 57, quanto alla riunione nella stessa persona delle qualità incompatibili di creditore e debitore per effetto di una successione ereditaria poi annullata, ovvero di una transazione anch'essa successivamente annullata). La questione presenta delicati aspetti proprio sotto il profilo della decorrenza del termine di prescrizione, in quanto il diritto dapprima estinto, ma poi richiamato in vita per effetto della nullità o dell'annullamento della relativa vicenda estintiva, potrebbe risultare estinto questa volta per decorso del termine di prescrizione (non essendo in tal caso ipotizzabile un'ipotesi di sospensione non codificata, come invece erroneamente ritenuto da parte della dottrina: G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano,* VIII, Firenze, 1988, p. 353; Azzariti e Scarpello, *Prescrizione,* cit., 253; Ferrucci, *Della prescrizione,* cit., p. 420). Una possibile soluzione sembra potersi trarre, secondo l'Oriani, *supra* cit., p. 37, dalla norma di cui all'art. 480, comma III cc, a mente della quale il termine per accettare l'eredità non corre, con riferimento ai chiamati ulteriori, se l'accettazione del precedente chiamato sia venuta meno (*amplius,* sull'interpretazione della norma, L. Ferri, *Successioni in generale,* in *Comm. cod. civ. Scaloja e Branca*, cit., p. 25; Azzariti-Martinez, *Successioni per causa di morte e donazioni,* Padova, 1979, pp. 84-85; L. Cariota Ferrara, *Successioni per causa di morte,* Napoli, 1961, I, 3, p. 86. Ricca, *Conoscenza del testamento e termine per l'accettazione dell'eredità,* in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1412).

144. Nega che la prescrizione abbia come effetto l'estinzione del diritto, sostenendo che essa ne determinerebbe semplicemente «la paralisi», F. Carresi, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana,* in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1975, p. 586.

145. Per l'imprescrittibilità dei diritti che non si risolvono in alcun modo in un "rapporto", Auricchio, cit., p. 59.

146. «Con il compimento del termine di prescrizione, il debitore acquista il diritto potestativo di provocare l'estinzione del rapporto, ottenendo la liberazione dal debito»: così Nicolò, *Azione surrogatoria e azione revocatoria,* cit., p. 232.

147. Oltre che, naturalmente, il pagamento spontaneo *ex* art. 2940 cc.

148. È interessante notare, gettando uno sguardo oltre confine, come, in tema di sovraindebitamento dei debitori ipotecari, il legislatore spagnolo sia recentemente intervenuto, con la *Ley* 1/2013, a disciplinare quella correzione giudiziale riduttiva dei mutui, al cui proposito la dottrina spagnola (C. Hornero Mendez, *Il nuovo diritto civile dei "poveri", Annuario del contratto*, Torino, 2013) discorre espressamente «di diritto della povertà».

pronunce giurisprudenziali in tema di clausola penale[149], caparra confirmatoria[150], preliminare improprio, nullità del divieto convenzionale di sublocazione e ospitalità di terzi[151], frazionamento del credito, abuso del diritto[152], causa concreta genetica e funzionale[153]), ha portato non pochi autori a discorrere di un vero e proprio potere del giudice di manomettere il contratto[154], e di speculare ampliamento oltre misura della dimensione del torto aquiliano[155].

L'interrogativo del terzo millennio, che volge lo sguardo soprattutto alla produzione giurisprudenziale degli ultimi anni, è quello se una nuova *Generalklausel* del diritto privato sia costituita *dal divieto di abuso del diritto (e del processo)*[156,] conseguenza di una vera e propria *Entfremdung* giurisprudenziale delle regole contrattuali, che pare volgere verso un nuovo giusnaturalismo ove l'interprete è sovente chiamato al giudizio secondo l'*id quod aequum et bonum videbitur*.

Il dato normativo che si suole porre a fondamento del nuovo *logos* sulla tutela del contraente debole trae linfa dall'idea che un controllo generalizzato dell'equilibrio contrattuale sia stato introdotto nel sistema giuridico italiano dalle discipline di derivazione europea, contenute, da un canto, *nel codice di consumo, dall'altro*, nelle regole che disciplinano *i rapporti tra imprese asimmetriche*, tanto che nel gergo comune è d'uso discorrere di *secondo* e *terzo* contratto (o, con acronimo assai poco felice, di contratti B2C e B2B)[157].

Ci si interroga così sulla possibilità di desumere, da tale disorganico plesso normativo, la necessità di una riconsiderazione della portata del principio di buona fede alla luce del dettato costituzionale dell'art. 2, che renderebbe inderogabile, anche nell'esercizio del potere di autonomia contrattuale, l'osservanza dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, rendendo operativo nel nostro ordinamento il principio generale del divieto di abuso del diritto secondo una scansione sinergica *buona fede/solidarietà/abuso,* così che nell'equità dello scambio e nella "giustizia del contratto" andrebbero ravvisati i primi vagiti di un nuovo diritto privato non solo europeo[158].

Non va peraltro trascurato di considerare che proprio la normativa europea consta di interventi specifici e settoriali, attraverso la quale si riconosce rilevanza o alle asimmetrie di tipo *informativo/cognitivo*[159] (la disciplina dei contratti dei consumatori), ovvero a quelle di tipo *contrattuale/economico*[160]

149. Cass., sez. unite, 18128/2005.

150. Corte cost. 248/2013 e 77/2014, che, nel dichiarare inammissibile la questione della riducibilità giudiziale della caparra confirmatoria eccessiva, sottolinea come l'art. 1418 II comma consenta al giudice, in applicazione dei principi di buona fede e solidarietà intesi come limiti all'autonomia privata, di sanzionare con la nullità totale o parziale la previsione di una caparra confirmatoria manifestamente iniqua.

151. Cass. 14343/2009, che ne sanziona la nullità per contrasto con l'adempimento dei doveri di solidarietà *ex* art. 2 Cost., attraverso una *Drittwirkung* del principio costituzionale che vede il giudice "entrare" direttamente nell'analisi del contenuto del contratto, con poteri di indagine sempre più simili all'*Inhaltskontrolle* del diritto germanico.

152. Cass., 2016/2009, su cui *amplius, infra*.

153. Cass., 10490/2006.

154. G.B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice, Dir. e giur.,* 2004, pp. 5 ss, discorre «di una cittadella dell'autonomia privata da preservare di fronte al moltiplicarsi di un potere profondamente eccentrico, quale quello del giudice».

155. C. Salvi, *Danno contrattuale ed extracontrattuale: un modello unitario o un modello contrapposto*, in *Le tutele contrattuali*, cit., pp.121 ss.; S. Mazzmuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, op. cit., p 131; M. Barcellona, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, op. cit., p. 487; G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, op. cit., p. 11 ss.; Rescigno, *Obblighi negoziali al di là del contratto*, op. cit., p. 91; G. Alpa, *La protezione della parte debole*, op. cit., p. 240.

156. In argomento, *funditus*, Cass., ss, uu., 26242 e 26243/2014, cit., in tema di rapporti tra la rilevabilità *ex officio* delle nullità negoziali e le azioni di impugnativa contrattuale.

157. M. Barcellona, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo,* Napoli, 2012.

158. E. Scoditti, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p.119; F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?, ivi*, 2005, p. 663.

159. G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in Riv. dir. priv., 2003, p. 243.

160. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, ivi, 2001, p. 786; F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004. Conseguenza di questa diversa incidenza delle asimmetrie contrattuali risulta «il diverso tipo di controllo, che si appunta sull'equilibrio normativo nei primi e (anche) su quello economico nei secondi» (Barcellona, cit., p. 490).

(le normative sull'abuso di dipendenza economica *ex* art. 9 l. 192/98 e sull'abuso di posizione dominante *ex* art. 3 l. 287/90), di talché parrebbe più corretto affermare che i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e tra imprese non sembrano destinati (nemmeno nelle intenzioni del legislatore europeo) a realizzare una più ampia e generalizzata funzione volta a "moralizzare il contratto in se", quanto piuttosto a "mercantilizzare" coattivamente lo scambio in ben determinati settori[161].

Ed è in questa mutata ottica di tutela – del contraente debole e del danneggiato – che principi storicamente rigidi quali quelli posti a presidio dell'istituto della prescrizione, che criteri formali di "fissità" temporali coniugati con le sempre più declamatorie esigenze di certezza del diritto, si misurano con le nuove frontiere del diritto dei contratti e del torto.

Si è già accennato, in precedenza[162], a quella antica e mai sopita tensione tra equità e certezza che da sempre caratterizza l'aspetto funzionale della prescrizione.

Nel bilanciamento degli opposti interessi in gioco, entrambi di rilevanza costituzionale – l'interesse del creditore ad agire in giudizio per far valere il proprio diritto (art. 24 Cost.) che non può essere compresso oltre i limiti della ragionevolezza (art. 3 Cost.)[163], e l'interesse del debitore a non dover attendere per un tempo eccessivamente lungo l'iniziativa del creditore (art. 3 Cost.) – si fa spazio e trova sempre più frequente attuazione il principio (sovente predicato dalla stessa giurisprudenza sovranazionale[164]) *di effettività della tutela* e quello *di proporzionalità,* destinati via via a ridefinire e ridimensionare entro margini applicativi di sempre più nitido spessore il mito secolare della certezza posto a fondamento della rigida sinergia prescrizione/tempo.

Il tempo allora si flette, talvolta in avanti, talvolta all'indietro, nella rinnovata ottica di assicurare *tutela effettiva* al soggetto ritenuto "parte debole" della relazione, contrattuale e non, in un gioco di specchi nei quali si riflettono simmetricamente gli istituti della interruzione e della sospensione; e si adatta al principio, altrettanto elastico, *della conoscenza/conoscibilità* che sostituisce la antica, rigida, implacabile regola della decorrenza *«dal momento del fatto»,* mentre il *moloch* dell'irrilevanza degli impedimenti di fatto vacilla sotto il peso della necessità di conoscenza del danno e della materializzazione concreta del pregiudizio, attribuendosi sempre più, specie per via comunitaria, rilievo a situazioni che necessariamente mutano da caso a caso, così ammettendosi la necessità di consentire un necessario e irrinunciabile margine di *judicial discretion.*

La stessa dimensione del tempo rigidamente fissata sul piano normativo si piega alle superiori esigenze di ragionevolezza[165], che trovano ulteriori spe-

161. M. Barcellona, cit., p. 499.

162. *Supra,* p. 6

163. Bini, *I valori dell'efficienza del processo e della certezza del diritto, nel regime decadenziale retroattivo del contratto a termine. Bilanciamento di interessi e ragionevolezza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2479, nota a Corte costituzionale 4 giugno 2014, n.155, (citato nella *Relazione del Massim.*, cit., p. 9), secondo il quale il giudice delle leggi individua un punto di equilibrio tra la tutela dell'interesse individuale del singolo lavoratore e la protezione della più ampia sfera di interessi collettivi alla certezza del diritto, nonché alla gestione efficiente, efficace e razionale del complessivo sistema giudiziario. È quindi, la stessa essenza del principio di proporzionalità, inteso quale «criterio di valutazione dell'impiego di una risorsa per il conseguimento di un processo efficiente», ad assumere i contorni assiologico-valoriali propri di quel bilanciamento di interessi, che anima e pervade il diritto del lavoro tutto. In altre parole, è proprio attraverso la tecnica e lo strumento *del bilanciamento di interessi* che il controllo di proporzionalità si declina nel vaglio di congruità e correttezza delle opzioni legislative, alla luce della sfera valoriale coinvolta dagli stessi interventi legislativi e della centralità del principio *di ragionevolezza* — inteso quale «verifica di compatibilità tra l'opzione "politica" del legislatore e le scelte di "valore" operate dalla Carta costituzionale».

164. Una prima, essenziale indicazione in tal senso è ravvisabile nell'affermazione, peraltro risalente nella giurisprudenza comunitaria, secondo cui il *dies a quo* va individuato *nel momento in cui si è effettivamente verificato il pregiudizio*. La Corte di giustizia, chiamata ad interpretare la disposizione secondo la quale il termine prescrizionale quinquennale previsto dall'art. 46 (*ex* art. 43) del proprio Statuto per le azioni risarcitorie avverso la Comunità decorre «*dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine»*, ha precisato che la norma sia da applicarsi nel senso che la prescrizione decorre *dalla realizzazione effettiva del pregiudizio e non già dalla data del fatto che è all'origine dell'illecito*. Nella prospettiva comunitaria, il *dies a quo*, nei casi in cui il ricorrente abbia avuto conoscenza del pregiudizio solo in un momento successivo al verificarsi degli effetti dannosi, è dunque da individuarsi nel momento *dell'acquisizione della conoscenza del danno*, rilevando peraltro l'elemento soggettivo che ha connotato la condotta del ricorrente, ossia l'eventuale colpa nel non essersi attivato per conoscere i fatti all'origine del danno subito.

165. Già nella sentenza del 18 settembre 2003 (procedimento C-125/2001) la Corte di giustizia, pur discorrendo di decadenza e non di prescrizione, ma affermando principi applicabili *in utroque*, scriverà che il termine, in applicazione del generale principio di efficienza, deve essere "*ragionevole*", e cioè che «*occorre che dalla brevità del termine di decadenza non derivi la conseguenza che l'interessato stesso non riesca, in pratica, a rispettare tale termine e non riesca quindi a beneficiare della tutela»* accordata dalla normativa comunitaria. In questa precisa ed univoca direzione, la giurisprudenza comunitaria (tra tutti, il precedente *Richard J. Eagle c. Commissione delle Comunità europee*, Tribunale I grado Cee, Sez. I, 5 ottobre 2004, causa T-144/2002) ha rilevato, con riguardo al principio di ragionevolezza che

cificazioni proprio nelle pronunce comunitarie che affronteranno *ex professo* la questione dell'*exordium praescriptionis*[166], con riferimento al quale, accanto agli impedimenti giuridici, vengono ad assumere rilievo altresì *gli incolpevoli impedimenti o ostacoli di fatto* che intervengano a porre il titolare del diritto in uno stato d'impossibilità, materiale o morale – o quantomeno in una situazione di grave difficoltà – all'esercizio del diritto stesso[167].

Emerge costantemente, dalla giurisprudenza europea, un nuovo modello di prescrizione (e decadenza) che conduce ineluttabilmente ad una relativizzazione della tradizionale distinzione *tra substance e procedure* (sulla scia dei principi sviluppatisi in seno al sistema inglese e consolidatisi nel *Limitation Act* del 1980). In questo nuovo orizzonte sovranazionale si dissolve lentamente la questione se i termini prescrizionali riguardino l'estinzione del diritto o l'improponibilità dell'azione, per lasciar posto ad una più pragmatica indagine sul se *in concreto*, caso per caso, essi vulnerino il principio secondo il quale non ha senso riconoscere un diritto se non se ne concede *ab imo* un rimedio effettivo, laddove l'effettività della tutela rimediale presuppone che, entro margini ragionevoli, sia sempre possibile accedere alla giustizia e che vi sia un esame del merito della controversia.

In questa rinnovata, e per alcuni aspetti rivoluzionaria dimensione della relatività del tempo, il mito della certezza del diritto, declinato attraverso la rigidità della relazione diritto/ tempo/prescrizione, trova un limite sempre più incisivo nel parametro della effettività/ragionevolezza.

Un mito assunto a fondamento e giustificazione, più che di altri territori del diritto, proprio delle norme prescrizionali, sistema di regole, sostanziali o processuali, tali da garantire «certezza alle situazioni giuridiche» sino a prescindere integralmente dalle situazioni di fatto in cui si siano venuti a trovare i destinatari delle posizioni tutelate dall'ordinamento.

Ma, sfrondata dal suo storico alone di liturgia laica, quell'esigenza, a giudizio delle Corti europee, *non* può più giustificare qualsiasi limitazione all'accesso ad una Corte[168].

Questa linea di tendenza della giurisprudenza comunitaria non poteva non spiegare la sua inevitabile influenza sul diritto interno, a sua volta sempre più intensamente ispirato al canone metanormativo della

---

deve contraddistinguere il termine apposto dal diritto interno alla proposizione di azioni rimediali, che un termine può essere considerato "*ragionevole*", allorquando è tale da consentire «*contemporaneamente all'interessato di disporre di un periodo sufficientemente lungo*», decorrente dal momento della «*conoscenza della situazione*»"*sostanziale*" lamentata, da valutarsi «*alla luce delle circostanze di diritto e di fatto proprie di tale situazione*». In particolare, «*il carattere ragionevole di un termine deve essere valutato in funzione delle circostanze proprie di ciascun caso di specie, e in particolare della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità del caso e del comportamento delle parti coinvolte*».

166. Nel celebre caso *Emmot c. Minister for Social Welfare e Attorney General*, in cui si discuteva del momento di decorrenza del termine di decadenza stabilito dalla legislazione irlandese per le azioni dei singoli dirette a tutelare diritti ad essi riconosciuti da una direttiva contenente il divieto di discriminazione fondata sul sesso in materia previdenziale, la Corte di giustizia ha affermato, in modo *tranchant*, che, ai fini del decorso del termine di decadenza (nella specie, un *time limit* secondo il modello tipico di *common law*) *i singoli devono essere stati posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti*, così segnando la via dell'applicazione del principio romanistico *contra non valentem agere non currit praescriptio*, e spingendosi ad affermare che la prescrizione non può cominciare a decorrere contro i singoli, se questi *non sono posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti*. Il principio troverà piena conferma anche nel caso *Levez c. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd* (60), in cui si trova affermato che l'inattività del titolare di una situazione sostanziale non può essere sanzionata se questa *non è frutto di negligenza* o, comunque, *espressione di disinteresse* rispetto al diritto e alla sua tutela - e quindi una legittima manifestazione di libertà -, ma costituisce la conseguenza di un *impedimento di fatto* a lui non imputabile.

167. Si osserva opportunamente (*Relaz. Mass.*, cit., p.12) che, a livello di *policy of law,* la giurisprudenza comunitaria, chiamata ad esaminare la conformità di termini di decadenza previsti dalla legislazione nazionale d'origine comunitaria in materia di contratti del consumo e nel campo lavoristico, abbia dimostrato, perlomeno tendenzialmente, di accordare la sua preferenza *ad una tutela effettiva dei consumatori, dei lavoratori e dei contribuenti*, offrendo un decisivo contributo al dibattito interno diviso tra *tesi restrittive* (fedeli alla lettera del diritto positivo e, soprattutto, alla *ratio* del legislatore del 1942) e *tesi garantiste* (aperte a riconoscere piena rilevanza al principio «*contra non valentem agere non currit praescriptio*»), imponendo scelte di autentica politica del diritto sul bilanciamento del mito normativo della certezza con la necessità di non menomare l'effettività della tutela dei diritti.

168. Si legge ancora nella *Relazione del Mass.*, cit. p. 16, che, nel precedente *Stubbings - Regno Unito* del 1996, la Corte di Strasburgo, investita della questione delle azioni risarcitorie proposte da tre vittime di abusi sessuali perpetrati in famiglia (in tenerissima età all'epoca delle molestie e delle violenze subite) risalenti agli anni sessanta (ma con la consapevolezza e, di conseguenza, con riflessi di ordine psichico manifestatisi solo alla fine degli anni settanta), ha sancito il principio per cui, se indubbiamente gli Stati contraenti (ossia i legislatori nazionali) godono di un certo qual margine di discrezionalità (*a certain margin of appreciation*) nello stabilire delle limitazioni al diritto di accesso alla giustizia, volta che questo diritto non sia da considerarsi *assoluto*, tuttavia – alla luce ed ai sensi dell'art. 6 (1) della Convenzione Europea – istituti quali quello della prescrizione, della decadenza o della *limitation law* non possono spingersi *ad azzerare oppure a restringere eccessivamente* il diritto di una vittima di vedere le sue pretese equamente considerate da una Corte a tal punto da menomare alla radice l'essenza stessa di questo diritto.

tutela *del contraente debole/danneggiato debole* della relazione intersoggettiva.

Nuova linfa interpretativa scorre nella (ri)lettura giurisprudenziale dell'art. 2935 cc, e una rinnovata estensione del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* sarà predicata ben oltre il limite costituito dagli impedimenti di diritto, mentre la questione mai sopita dell'eccezionalità delle cause di sospensione previste dagli artt. 2941 e 2942 cc si colloca nei nuovo orizzonti imposti dal precetto comunitario per cui istituti di diritto interno quali la prescrizione o la decadenza non possono spingersi a ridurre o restringere la facoltà dell'avente diritto di vedere le sue pretese considerate da una Corte fino al punto di vulnerare alla radice l'essenza stessa di questo diritto169, la cui tutela esige un "ragionevole" esercizio, caso per caso, della *judicial discretion* in seno al complesso quadro cognitivo del soggetto leso[170].

Il modello europeo fa si che le regole prescrizionali, poste storicamente a presidio della ormai obsoleta liturgia della certezza del diritto, approdino ad una dimensione ermeneutica in larga misura diversa da quella tradizionale dei codici nazionali: la loro applicazione non può più oscurare il principio fondamentale dell'art. 6(1) della Convenzione, secondo il quale ciascuno ha diritto *a che la sua causa sia esaminata*, con la conseguenza che, nel bilanciamento tra le pretese di certezza del diritto e *il fondamentale diritto ad una tutela effettiva*, le prime sono destinate a cedere il passo al dettato di questa (non nuova ma) rinvigorita esigenza.

Se, nell'apparente rispetto della tradizione, i giudici Cedu mostrano di assumere in formale premessa che i limiti temporali entro i quali occorre instaurare un giudizio siano pur sempre funzionali ad una *corretta amministrazione della giustizia*, conformi *al principio della certezza del diritto*, ed altresì posti a tutela dei potenziali convenuti, pur tuttavia l'affermazione di principio risulterà sovente poco più che declamatoria, seguendo ad essa una serie di specificazioni di rilevanza tale da disegnare sempre più una nuova concezione dell'istituto, assai lontana dalle pretese di formalità che tuttora, ancorché in misura significativamente ridotta, continuano ad indurre talune Corti e taluna dottrina a respingere pressoché ogni rilievo, sul fronte degli impedimenti di fatto, al principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Inevitabilmente, gli itinerari della giurisprudenza nazionale, segnatamente di legittimità, saranno sempre più permeati delle indicazioni e dei modelli comunitari.

Nuovi e più flessibili tempi d'esordio dell'inflessibile scorrere del tempo dell'estinzione dei diritti appaiono sulla scena del processo, intrisi del principio dell'effettività e della "giustizia" di una decisione: sarà così che il criterio secondo il quale «qualora le componenti del fatto non si manifestino contemporaneamente, il termine comincia a decorrere solo dal momento in cui il danno si è verificato, e più in particolare, dal momento in cui il danneggiato ne ha avuto percezione o avrebbe dovuto averne percezione usando la normale diligenza» assurge via via a dignità di clausola generale non codificata, e trova le sue più disparate applicazioni in tema di trasfusione di sangue infetto[171], di conseguenze pregiudizievoli ulteriori e successive al primo evento di danno[172], di rapporti con il passaggio in giudicato della sentenza penale sull'*an debeatur*[173], di illecito penale in assenza di proposizione di querela[174], di responsabilità dello Stato per atto

169. Nella recente pronuncia *Howald Moor - Svizzera* dell'11 marzo 2014, la seconda sezione della Cedu ha affrontato, come è noto, il problema della decorrenza della prescrizione nel caso di danni lungolatenti (nella specie, un operaio, deceduto nel 2005, aveva appreso, nel maggio del 2004, di essere affetto da mesotelioma pleurico maligno per essere stato esposto all'amianto negli anni 1960-1970, e i Tribunali svizzeri avevano considerato prescritte e perenti le azioni risarcitorie della moglie e delle due figlie), ovvero di quei danni che si manifestano, come le epatiti post-trasfusionali, solo molti anni dopo il compimento dell'illecito che li ha provocati, affermando che, in questi casi, il termine di prescrizione non potrebbe decorrere, pena la violazione dell'art. 6 comma 1 della Convenzione, che dal giorno in cui sia scientificamente dimostrato che il danneggiato *era consapevole* di avere contratto una certa patologia: «il calcolo del termine di prescrizione» scrivono i giudici europei «dovrebbe tener conto del fatto, se scientificamente provato, che una persona non poteva sapere di essere affetta da una determinata malattia».

170. M. Bona, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della "ragionevolezza"*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1709.

171. Cass., ss. uu., n. 576 del 2008; Cass. n. 28464 del 2013.

172. Cass., n. 7139 del 2013.

173. «Passata in giudicato la sentenza penale di condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno da liquidarsi in sede civile a favore della persona offesa, costituitasi parte civile, la successiva azione volta alla determinazione del *quantum debeatur,* per il disposto dell'art. 2953 cc, non è soggetta alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 cc, ma a quella decennale, decorrente dalla data in cui la sentenza penale è divenuta irrevocabile»: così, Cass. nn. 4054 del 2009 e 8154 del 2003; per la giurisprudenza di merito, Trib. Piacenza 30.1.2012.

174. Cass. n. 9912 del 2011.

lecito[175], di danno ambientale[176], di concorrenza sleale[177], di trattamento illegittimo dei dati personali[178], di infortuni o malattia coperti da polizza assicurativa[179], di danno morale endofamiliare[180], di ripetizione d'indebito per nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici[181], di domanda di danno da perdita del risparmio proposta nei confronti del Ministero dello sviluppo economico[182], di azioni spettanti al compratore[183], di mediazione[184], di indennità di maternità[185], di effetti interruttivi "mediati" a favore del danneggiato nei confronti dell'assicuratore[186].

Se la stagione della prima giovinezza del diritto si nutrì del mito della certezza, è lo stesso procedere del tempo ad avvertirci che, all'apparire di una linea d'ombra, quella regione deve essere per sempre lasciata alle spalle[187], e lasciar posto ad una dimensione di tempo "flessibile", che, come ormai lo stesso spazio, risente di profondi e irredimibili mutamenti che ne incidono profondamente la loro stessa essenza, la loro storia, il loro futuro.

---

175. Sul carattere decennale della prescrizione, a seguito dell'inadempimento del legislatore italiano all'attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non *self-executing,* tra le altre, Cass. n. 10813 del 2011; Cass., sez. unite, n. 9147 del 2009.

176. Cass. n. 6551 del 2011, ove si legge che, dopo l'entrata in vigore della l. n. 166/2009, il risarcimento del danno ambientale, attesa la natura di illecito con effetto permanente dell'atto lesivo, non consente il decorso del termine quinquennale di prescrizione sino a che non sia stato effettuato il ripristino dello stato dei luoghi

177. Cass. n. 14027 del 2013, secondo la quale, in caso di concorrenza sleale, la decorrenza del termine di prescrizione inizia non dalla data in cui il fatto illecito si è materialmente verificato, bensì dal momento in cui esso si evidenzi all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità.

178. Cass., sez. unite, n. 27337 del 2008; Cass. n. 13616 del 2011.

179. Cass. n. 2587 del 2002; per un'ipotesi peculiare di polizza condizionata all'inizio di un procedimento penale, Cass. n. 159121 del 2014. In tema di sospensione del termine di prescrizione sino alla definitiva liquidità ed esigibilità del credito del terzo danneggiato, decorrente non già dalla denuncia del sinistro, bensì con la comunicazione (efficace anche se proveniente dallo stesso danneggiato o da un terzo) all'assicuratore della richiesta di risarcimento proposta dal danneggiato, Cass. n. 4548 del 2014. *Sul dies a quo* della prescrizione in ipotesi di perizia contrattuale convenuta tra l'assicuratore e il cliente, Cass. n. 6479 del 2010. Sulla sospensione dei termini in caso di rifiuto del danneggiato di sottoporsi alla visita medico legale, Trib. Torino n. 2697 del 2012, secondo cui il rifiuto *de quo* sospende, se non i termini di cui all'art. 145 del d.lgs n. 209/2005 per proporre l'azione, quelli di cui al comma 2 dell'art. 148 del medesimo decreto (ossia quelli entro i quali l'assicuratore deve formulare l'offerta), con la conseguenza che la domanda del soggetto che abbia subito lesioni personali deve ritenersi comunque proponibile una volta che siano decorsi 90 giorni dall'invio della richiesta di cui all'art. 145 cit.

180. Si legge in una assai singolare sentenza di merito (Trib. Verona, n. 1579 del 2014) che il *dies a quo* per la prescrizione del termine di risarcibilità del danno morale per chi si duole del fatto di aver riportato un danno non patrimoniale a causa dell'illecito subito da un familiare convivente per comportamento doloso o colposo di un terzo, decorre dal momento in cui la malattia venga da lui percepita o possa essere percepita quale danno ingiusto, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche. Da ciò consegue che è dal momento del pieno sviluppo psico-cognitivo, che coincide all'età di 5-6 anni, che decorre la prescrizione. Per la giurisprudenza di legittimità, tra le tante, Cass. n. 12666 del 2003, e 9927 del 2000.

181. Cass., sez. unite, n. 24418 del 2010, Cass., n. 6857 del 2014.

182. *Ex multis,* Cass., n. 17572 del 2013.

183. Cass., sez. unite, n. 19702 del 2012: ferme restando le prescrizioni annuali per la riduzione del prezzo e per la risoluzione della vendita, diventa decennale la prescrizione del diritto all'eliminazione del vizio dopo il riconoscimento dello stesso da parte del venditore.

184. Li dove, in ipotesi di comportamento doloso delle parti, il termine per la prescrizione del diritto alla provvigione del mediatore non decorre dall'atto notarile con cui si conclude l'affare, ma è sospeso fino a quando egli non ne ha avuto notizia: così, Cass. n. 24444 del 2011.

185. Termine (annuale) che, secondo Cass., sez. unite, n. 5572 del 2012, se interrotto con la domanda amministrativa del 30 ottobre 1997, non è interamente spirato alla data del ricorso amministrativo proposto il 15 gennaio 1999, che ha ulteriormente interrotto tale termine, dovendosi di converso tener conto della sospensione della prescrizione durante il tempo (di 120 giorni) per la formazione del silenzio rifiuto dell'Istituto ai sensi dell'art. 7, l. n. 533 del 1973.

186. Cass., n. 1084 del 2011, ove si legge che l'effetto interruttivo - sospensivo della instaurazione di un giudizio *ex* art. 2945 cc vale anche per giudizi aventi oggetto diverso dal diritto prescrittibile purché ricondotti ad un comportamento dell'avente diritto volto, non equivocamente, a manifestare il proprio intendimento di esercitare il diritto (la sentenza, che affronta il delicato tema del rapporto tra azioni eterogenee nell'ottica dell'effetto interruttivo-sospensivo della domanda giudiziale, è pubblicata in *Corriere giur*. 2011, p. 488, con nota di Di Majo).

187. J. Conrad, *The shadow line,* 1920, trad. D.B. Orazi, Newton Compton, 1997.

L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio

di *Roberto Pardolesi*

Il diritto all'oblio ha due anime, entrambe di origine giurisprudenziale. L'una di impronta eurounitaria, l'altra con respiro domestico. Per chi vi si accosti sull'abbrivio dell'etichetta comune, la tentazione naturale è di risolverle in un tutt'uno. Ma l'operazione finisce per avvitarsi nelle spire di corrispondenze che non s'incastrano. La sola convergenza a non sollevare dubbi è la centralità del tempo.

1. Il diritto all'oblio ha due anime, entrambe di origine giurisprudenziale. L'una di impronta eurounitaria, l'altra con respiro domestico. Per chi vi si accosti sull'abbrivio dell'etichetta comune, la tentazione naturale è di risolverle in un tutt'uno. Ma l'operazione finisce per avvitarsi nelle spire di corrispondenze che non s'incastrano. La sola convergenza a non sollevare dubbi è la centralità del tempo. Anche questa, però – e lo si scoprirà fra un momento –, è percepita diversamente.

2. La versione eurounitaria ha, per la verità, origini spagnole. Perché è proprio l'attività dell'autorità iberica per la protezione dei dati, a partire a un dipresso dal 2010, a tradursi, già l'anno successivo, in oltre novanta ingiunzioni a carico di *Google* perché provvedesse a rimuovere i *links* ad articoli di stampa. Di lì, e di rimbalzo, numerose istanze giudiziarie innanzi *all'Audiencia Nacional*[1]. Una di queste prese la via del Lussemburgo, da dove comincia questo capitolo della nostra storia.

La sentenza della Corte di giustizia nella causa *Google Spain SL e Google c. Agencia Española de Protección de Datos e Costeja González*[2] sta per il principio a tenore del quale, trascorso un certo lasso di tempo dagli avvenimenti che l'hanno vista, volontariamente o meno, nel ruolo di protagonista, la persona i cui dati figurano su una pagina *web*, anche se non c'è nulla da obiettare sulla pubblicazione in quel sito, può rivolgersi ai gestori dei motori di ricerca per impedire che l'utenza possa servirsi di tali strumenti per trovare la notizia, da mettere in quarantena perché non più attuale. Più prosaicamente: esiste il diritto a che il proprio nome non sia associato da una ricerca in rete a un qualche risultato, evento, circostanza; diritto che si traduce, operativamente, in quello alla de-indicizzazione, *de-listing,* del risultato (dunque, se non al suo oscuramento parziale, ad una sorta di «*removal of visibility*» ai fin di una reperibilità decisamente più difficoltosa).

La pronunzia è assurta al rango di *blockbuster*. A voler dar conto della letteratura ch'essa ha innescato si riempirebbero pagine e pagine[3]: senza nascondere che a questo profluvio di riflessioni ha contribuito anche

1. Per un *primer* giornalistico sulla crociata spagnola contro il re dei motori di ricerca (con particolare riguardo alla vicenda di Hugo Guidotti Russo, cui si farà cenno in seguito), v. M. Colchester e a., *Plastic Surgeon and Net's Memory Figure in Google Face-Off in Spain,* in *The Wall Street Journal,* 7 marzo 2011, (www.wsj.com).

2. Corte giust. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Foro it.*, 2014, IV, p. 295, con nota di R. Pardolesi e A. Palmieri, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*.

3. Provare per credere: l'*Academic Commentary: Google Spain,* compilato da J. Powles e R. Larsen, www.cambridge-code.org, e aggiornato a maggio 2015, conta un paio di centinaia di «*entries*».

chi scrive. Meglio, allora, dare tutto per scontato e passare senz'altro al versante della ricostruzione critica[4]. Con una doverosa premessa. L'*acquis communautaire* va preso sul serio, in tutte le sue articolazioni. Non soltanto, quindi, quelle normative. Sottovalutare gli apporti dei giudici del Kirchberg sarebbe un errore imperdonabile: in effetti, l'«ircocervo mite» – mi si passi l'irriverenza con cui soglio riferirmi alla Cgue – esercita, in forza dell'art. 234 Tfue, una «benevolenza sapiente», in una logica di cooperazione virtuosa col giudice interno, che comunque esita in una *res interpretata* sostanzialmente vincolante. Questa tecnica, con tutte le sue ambiguità, ha comunque propiziato contributi vigorosi, cui si devono significative rimeditazioni di luoghi comuni apparentemente sedimentati. Eppure, non è oro tutto ciò che promana dal Lussemburgo. Mi sottraggo alle regole letterarie e anticipo la conclusione sul punto: la sentenza *Google Spain* ha introdotto nel nostro sistema un *legal irritant*, che porta alle estreme conseguenze le contraddizioni irrisolte della corsa alla protezione dei dati personali[5].

2.1. Riprendiamo le fila del discorso svolto dalla Corte, a partire dal punto in cui non solo si riconosce che il motore di ricerca opera un trattamento autonomo dei dati – e fin qui non c'è di che sorprendersi, posta l'estrema latitudine della definizione di trattamento, in ragione della quale qualunque attività abbia in qualche modo a intercettare risvolti (e diritti) della persona rifluisce nel perimetro applicativo della disciplina sulla *privacy* informazionale[6] –, ma gli si attribuisce un ruolo sovraordinato. Più in chiaro. Se si sgancia l'attività del motore di ricerca dalla massa magmatica ch'esso sistematicamente scandaglia, si apre alla possibilità che la valutazione di (il)liceità del suo operato sia indipendente da quella relativa al sito sorgente dove l'informazione originaria è contenuta. Si prospetta, così – e non senza sgomento –, un'illiceità a geometria variabile, dove la notizia ingrata per l'interessato campeggia a pieno titolo nel *database* sorgente (nell'archivio del giornale che l'ha pubblicata a suo tempo; nel registro delle imprese[7]), ma si ammanta di negatività non appena venga catturata dal

4. Nell'impossibilità pratica di adempiere l'obbligo documentario e per non far torto a nessuno, si farà riferimento ai soli contributi stranieri di più fresca data: v., pur sempre scegliendo nel mucchio, D. Lindsay, *The «Right To Be Forgotten» by Search Engines under Data Privacy Law: A Legal and Policy Analysis of the Costeja Decision*, in A.T. Kenyon, *Comparative Defamation and Privacy Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 199 ss.; E. Cooper, *Following in the European Union's Footsteps: Why the United States Should Adopt its Own «Right To Be Forgotten» Law for Crime Victims*, p. 32; *J. Marshall J. Info. Tech. & Privacy L.* p. 185, (2016); M. Crockett (Comment), *The Internet (Never) Forgets, p.* 19, *SMU Sci. & Tech. L. Rev.* p. 151, (2016).

5. Il «rampantismo» della *informational privacy* a livello globale è un fenomeno di evidenza plateale: v. gli scritti di G. Greenleaf, a partire dal più recente, ossia *Global data privacy laws 2015; 109 countries, with European laws now a minority*, 133 *Privacy Laws & Business International Reports*, 2015. Si tratta, dunque, di una storia di successo, che pure presta il fianco a impietose revisioni critiche, come quella, fondata sulla labilità del principio consensuale e la macchinosità iniziatica della disciplina, di B.-J. Koops, *The Trouble with European Data Protection Law*, 2014, «ssrn.com».

6. Non c'è da sorprendersi, s'è detto nel testo; ma ciò non significa che un siffatto sviluppo meriti approvazione incondizionata. Il gestore del motore di ricerca riuscirà, presumibilmente, a sottrarsi alla responsabilità di cui all'art. 15 d.lgs 70/03, in quanto – come osserva, con qualche approssimazione, Trib. Napoli Nord (Aversa), ord. 10 agosto 2016, in *Foro it., Le banche dati,* archivio *Merito ed extra,* in margine a una dolorosa vicenda di cronaca) – , non intervenendo «sui contenuti generati dagli utenti che memorizza temporaneamente (come avviene nel caso di *Google web Search*) non è responsabile per quei contenuti, a condizione che esso provveda alla rimozione degli stessi o alla disabilitazione dell'accesso a quei contenuti non appena venga "effettivamente a conoscenza" del fatto che: (i) le informazioni siano state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete (ossia siano state rimosse dal sito fonte nel quale erano pubblicate) o che l'accesso a tali informazioni sia stato disabilitato dal gestore del sito fonte; ovvero (ii) un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione». Ma, da responsabile del trattamento, si troverà alle prese con gli stessi obblighi che condizionano l'attività dei siti sorgente: risultato sulla cui congruità è lecito nutrire dubbi profondi, persino per chi paventi i rischi connessi alla messa a disposizione, per gli utenti, di enormi quantità di dati, in assenza di mediazione e contestualizzazione (dimenticando che proprio in queste caratteristiche si dispiegano la novità e il pregio dell'informazione in rete).

7. Riguardo a questa ipotesi Cass., ord. 21 luglio 2015, n. 15096, *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 70, con nota di A. Mntelero, *"Right to be forgotten" e pubblici registri* (v. altresì G. Carraro, *Pubblicità commerciale e "diritto all'oblio" nella prospettiva dei diritti dell'uomo,* ibid., II, p. 634) ha sottoposto alla Cgue questione pregiudiziale, che, come si vedrà più oltre, ha ricevuto risposta sostanzialmente negativa (salvo lasciare un margine per interventi legislativi su situazioni dichiaratamente eccezionali). Mette conto notare, tuttavia, come per Carraro, cit., p. 640, piuttosto che puntare al «dato storico, che per sua natura non può essere cancellato … né tantomeno può essere rimosso dal registro», si dovrebbe guardare al «metadato estratto dal registro delle imprese, rielaborato, associato o ridiffuso, che risulta a ben vedere lesivo del diritto al rispetto della vita privata», con la conseguenza che l'istanza di tutela dovrebbe volgersi non «certo verso il conservatore del registro, ma tutt'al più verso le agenzie d'informazioni commerciali». Sull'opportunità di una diversa disciplina del "riuso" sembra convenire anche A. Mantelero, *Diritto all'oblio e pubblicità nel registro delle imprese,* in *Giur. it.,* 2015, p. 2651, pp. 2660 ss. (arg. anche *ex* Garante per la protezione dei dati personali, provv. n. 511 del 1° dicembre 2016). Nondimeno, per le ragioni che saranno sviluppate nel testo, l'idea di una disponibilità alla fonte che viene poi contingentata a livello di utilizzazione appare poco convincente, se non malaccorta. V., comunque, per ulteriori approfondimenti, F.J. Zuiderveen Borgesius, J. Gray e M. van Eechoud, *Open Data, Privacy, and Fair InformationPrinciples: Towards a Balancing Framework*, 30 *Berkeley Technology L. J.,* p. 2073, (2015).

crawler del *Google* di turno e, per questa via, messa a disposizione degli utilizzatori del motore di ricerca.

Beninteso, c'è già una qualche difficoltà concettuale ad ammettere che il motore di ricerca ci metta del suo, posto che, per definizione, esso si limita a far approdare sulla schermata dell'utilizzatore quanto abbia raccolto nelle sue ricognizioni della rete. Ma, anche accogliendo l'idea che questa passività meccanicistica possa essere superata in nome del *ranking* stabilito dall'algoritmo (o, più brutalmente, del fatto che l'informazione è resa disponibile in un luogo digitale diverso dal sito di origine), resta il disagio prodotto dal paradosso in virtù del quale la riedizione di rimbalzo della notizia incorre nella contrarietà al diritto, mentre vi si sottrae la sua versione originale: un po' come opinare che non incorra nei rigori della legge la pubblicazione di un articolo su un quotidiano, laddove vi incappa la sua riproposizione in una rassegna stampa. Viene così profilandosi un'ipocrisia discriminatoria, in ragione della quale l'immediata disponibilità del dato preoccupa molto di più della sua disponibilità *tout court*: poco importa, dunque, che l'informazione sia comunque accessibile, basta che non sia a portata di un *click* del vostro computer. Dove si scopre, per altra e inopinata via, che – come insegnava a suo tempo Marshall McLuhan - il *medium* è il messaggio; meglio, che la stessa ossessione, la quale in positivo induce a ritenere che o si figura nei primi tre posti dei risultati della *query* o non si esiste, in negativo porta a ravvisare, nell'emersione di un dato che non ci attalenta, una sorta di lettera scarlatta digitale.

Per un verso, prende così corpo l'aspirazione – teorizzata già da Joseph Kohler un secolo e mezzo fa - ad assumere il controllo dei dati riguardanti la propria persona, con la connessa tentazione di realizzare un'agiografia del sé; per l'altro, si mortifica la logica del diritto all'informazione, perché, piuttosto che stabilire l'illiceità della diffusione dell'informazione, la si bandisce, o quasi, per il *quisque de populo,* lasciandola impregiudicata per chi abbia i mezzi di andarla a reperire ov'essa risiede lecitamente.

Questo regime schizofrenico appare disperatamente incongruo. Il *world wide web* è là, con tutti i suoi prodigi e relativi gorghi. Il motore di ricerca non è il banditore inconsulto di accadimenti che vorremmo seppellire; funge, piuttosto, da filo di Arianna nel labirinto digitale, filo che permette di orientarsi, ma non muta l'ecosistema ch'esso aiuta ad attraversare[8]. Paralizzarlo nel segno di idiosincrasie private non è diverso dal censuralo perché non racconta la storia che si assume corretta. Messa diversamente: non è l'indice analitico dell'opera, quello che consente di risalire a quanto stiamo cercando, a influenzare, nel bene o nel male, il risultato dell'indagine; e non si va lontano dal vero con l'immaginare che il *search engine* funzioni come un indice analitico, ancorché in chiave dinamica. La notizia è comunque là, attingibile in ragione del regime che la governa (sì che, se davvero si aspira a limitarne la circolazione, è quello il reale livello d'intervento).

2.2. Ancor più inquietante, se possibile, il bilanciamento d'interessi pre-impostato dalla Cgue.

In estrema sintesi. La sentenza *Google Spain* sta per: *a*) la cannibalizzazione dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, ad opera del successivo art. 8, sulla protezione dei dati personali (nel solco dell'eugenetica dei diritti della personalità, propiziata dalle marea montante di leggi sulla *privacy* informazionale); *b*) per l'applicazione diretta del su citato art. 8, tramite il rinvio all'art. 6, lett. c) e d) della direttiva 95/46, in ragione del quale i dati personali devono essere adeguati, pertinenti e non eccedenti le finalità del trattamento, nonché esatti e se necessario, aggiornati (ove, per l'appunto, il diritto all'oblio transita attraverso il crivello primigenio di un qualche uso scorretto dei dati personali). La pronuncia, infatti, paventa dati inadeguati, non (più) pertinenti, eccessivi, non aggiornati, conservati troppo a lungo (e, quindi, deperiti?). Insomma, e faticosamente, s'ingegna di divisare una formula magica in termini di improprietà diacronica sopravvenuta: «[...] anche un trattamento inizialmente lecito di dati esatti può divenire, con il tempo, incompatibile con la direttiva suddetta[9]».

Sulla praticabilità di questa traiettoria torneremo fra un momento. Qui conviene sottolineare come questa impostazione preluda ad un bilanciamento fortemente compromesso degli interessi in gioco. Va da sé che di una valutazione incrociata di tal fatta non si possa fare a meno, data la materia con cui ci si misura: con tutti i rischi di paternalismo che vi sono inevitabilmente connessi. Ma spingersi oltre e preconizzare gli esiti di quel bilanciamento è impresa assai

8. Ma v., in senso affatto contrario, Trib. Milano 28 settembre 2016, *Foro it.,* 2016, I, p. 3594, a cui avviso i motori di ricerca forniscono «informazioni diverse ed assai più invasive rispetto a quelle fornite dai siti sorgente» (il che, a rigore, non risponde al vero: ma l'affermazione mira, per traslato, ad evocare un'idea di amplificazione da disponibilità allargata).

9. Ciò che una siffatta affermazione lascia nell'incertezza assoluta è perché un effetto di tal genere dovrebbe prodursi nei soli confronti della versione "googlizzata" della notizia, senza valere per la sua epifania originale.

più rischiosa. Se si può ragionevolmente convenire che l'interesse della persona a "nascondere" o "modulare" la propria presenza in rete sia normalmente destinato a prevalere su quello economico del gestore del motore di ricerca, appare assai più questionabile la pretesa che analoga prevalenza debba presumersi nei confronti dell'interesse di chi cerca l'informazione. Eppure, la Corte non sembra nutrire dubbi al riguardo: «i diritti fondamentali di cui [agli art. 7 e 8 cit.] prevalgono, in linea di principio, [...] anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona[10]».

Prescindendo, per un attimo, dal temperamento introdotto subito dopo, vien fatto di ipotizzare che la Corte traduca il bilanciamento in un confronto tra l'idiosincrasia dell'interessato (e la sua aspirazione a costruire il profilo con cui vuole apparire al prossimo, sino a lasciar spazio, come qualcuno ha sarcasticamente rilevato, solo ad *authorized biographies*, per definizione risolutamente *sanitized*) e la morbosità di chi accede per caso a un bagaglio informativo e apprende notizie che suonano come *gossip*. Sennonché, per questa via si va oltre il segno: se tale fosse davvero la linea prevalente, dovremmo rassegnarci all'eclisse dei media. Mentre l'art. 11 di quella medesima Carta riconosce dignità di diritto fondamentale anche alla manifestazione del pensiero, includendovi «la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee»; e il fatto che questa libertà possa essere sfruttata malaccortamente non toglie ch'essa sia uno dei pilastri della nostra organizzazione sociale e democratica. Nulla, dunque, che si possa pretermettere semplicemente perché l'euristica della disponibilità porta in primo piano le incursioni di chi spigola nel mucchio col solo scopo di soddisfare curiosità men che edificanti. Il diritto ad essere informati si fonda su esigenze generali, non sulle sbavature di margine, che vanno sì corrette, ma non a colpi di scure sull'informazione. Eppure proprio a questo eccesso porta la sentenza, là dove mette in chiaro che l'implementazione del diritto all'oblio prescinde dalla natura pregiudizievole dell'informazione che l'interessato vuole deindicizzare. Quanto dire che, agli occhi della Corte di giustizia, l'idiosincrasia personale e l'auto-indulgenza dominano il campo.

Col solo correttivo del carattere pubblico del personaggio[11]. Perché allora, si spiega in sentenza, «l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, mediante l'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi[12]». Troppo poco, troppo semplice[13]. Ma una scelta così draconiana non sembra scalfire le certezze del giudice europeo.

2.3. Per inciso, i riferimenti normativi su cui fa leva la sentenza si rivelano alquanto labili. La pretesa inadeguatezza del dato, derivante dallo scorrer del tempo, si scontra con la sua incontestabilità nel sito di origine. E la situazione non è destinata a migliorare col nuovo Reg. europeo n. 2016/79 (in vigore dal 25 maggio 2016, ma caratterizzato da una disperante «efficacia solo parzialmente differita»[14], in forza della quale la disciplina comincia a dispiegare da subito taluni suoi effetti, ma non abroga la direttiva 46/95 fino al 25 maggio 2018, anche se ne condiziona sin d'ora, in via ermeneutica, l'applicazione), che pure prevede, all'art. 17, un'espressa disciplina del diritto all'oblio, *sub specie* di diritto alla cancellazione. Vi si legge, infatti, che l'interessato può chiederla quando i dati non siano più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti, oppure siano stati trattati illecitamente, etc., senza sostanziare in alcun modo la "deperibilità speciale" da emersione nel motore di ricerca e, anzi, dettando in maniera puntuale le circostanze in cui l'istanza non può essere accolta.

Delle due, l'una. O il dato è disponibile *across the board,* oppure si deve intervenire alla fonte sulla sua ostensibilità, immaginando che si possano dare ragionevoli giustificazioni al suo accesso. Tutto, insomma, meno che un regime a due facce contrapposte per la stessa fattispecie.

2.4. I contraccolpi della sentenza sono stati clamorosi. Si è scatenata una saga dell'amnesia forzosa in salsa digitale, una versione millenaristica delle

10. Corte giust. 13 maggio 2014, causa C-131/12, cit., § 97.

11. Declinato, si direbbe, sul solo versante soggettivo. Che dire, allora, delle circostanze in cui il rilievo pubblico non dipende dalla particolare qualifica dell'interessato, ma si connette a circostanze oggettive? V., sul punto, le considerazioni sul "diritto alla storia" di M. Rizzuti, *Il diritto all'oblio,* in *Corriere giur.,* 2016, p. 1077, p. 1080 ss.

12. Corte giust. 13 maggio 2014, causa C-131/12, cit., § 97.

13. Non a caso, si è per tempo articolato, a livello di *Article 29 Data protection Working Party*, il tentativo di meglio definire i limiti di un diritto all'oblio formulato in modo in modo sin troppo assolutizzante: v. infatti le *Guidelines* adottate il 26 novembre 2014 dalle autorità europee preposte alla protezione dei dati personali.

14. Così la definisce F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati. Il regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, II, p. 10.

memory holes di orwelliana memoria. I numeri alluvionali delle richieste di *de-listing* mettono in seria discussione il diritto a ricordare[15] (anche se, poi, serpeggia il convincimento che la rete non dimentichi mai). Ma, guardando al nostro quadrante domestico[16], la ricezione giurisprudenziale della versione digitale del diritto all'oblio esibisce indizi di cauta titubanza. Nel primo caso di cui si è avuta notizia[17], il Tribunale di Roma, a fronte della richiesta di deindicizzazione di quattordici *links* (poi ridotti a una decina), si sottrae alle suggestioni dell'insegnamento euro-unitario schermandosi dietro la brevità del «tempo trascorso» e la conseguente attualità della notizia. L'indagine, relativa a vicende del 2012/2013 (che avevano visto l'attore coinvolto unitamente ad altri personaggi romani, alcuni esponenti del clero ed altri ricondotti alla criminalità della cd. banda della Magliana, relativamente a presunte truffe e guadagni illeciti) è recente, «di sicuro interesse pubblico, (...), verosimilmente non ancora conclusa, stante la mancata produzione da parte dell'istante di documentazione in tal senso»; i dati personali risultano trattati nel pieno rispetto del principio di essenzialità: «nell'ottica del (...) menzionato bilanciamento, l'interesse pubblico a rinvenire sul *web* attraverso il motore di ricerca gestito dalla resistente notizie circa il ricorrente deve prevalere sul diritto all'oblio dal medesimo vantato». Si obietterà che il diniego di rimozione dei *links* è poco significativo, perché condizionato dalla mancata ricorrenza, nel caso di specie, dei presupposti del diritto dell'oblio. Ma non si può dire altrettanto del passaggio in cui il tribunale capitolino smentisce la tesi dell'autonomia del trattamento dei dati, ad opera del motore di ricerca, rispetto a quello nel sito sorgente. Il ricorrente, si osserva, non ha titolo a dolersi dell'eventuale falsità delle «notizie riportate dai siti visualizzabili per effetto della ricerca a suo nome, non essendo configurabile alcuna responsabilità al riguardo da parte del gestore del motore di ricerca (nella specie, *Google*), il quale opera unicamente quale *caching provider ex* art. 15 d.lgs 70/03»; in effetti, egli «avrebbe dovuto agire a tutela della propria reputazione e riservatezza direttamente nei confronti dei gestori dei siti terzi sui quali è avvenuta la pubblicazione del singolo articolo di cronaca, qualora la predetta notizia non sia stata riportata fedelmente, ovvero non sia stata rettificata, integrata od aggiornata coi successivi risvolti dell'indagine, magari favorevoli all'odierno istante». Di scorcio, vien fatto di osservare che il giudice capitolino non sembra punto disposto ad avallare una richiesta di rimozione dei *links* che non sia legata ad un qualche pregiudizio ai diritti della personalità dell'interessato; traluce, sembrerebbe, una palpabile sintonia col monito, intimato di recente dalla Corte di legittimità, che «[i]l diritto ad esigere una corretta gestione dei propri dati personali, pur se rientrante nei diritti fondamentali di cui all'articolo 2 Cost., non è un *totem* al quale possano sacrificarsi altri diritti altrettanto rilevanti sul piano costituzionale[18]»

Più vicino all'ortodossia comunitaria una recente pronuncia del Tribunale di Milano[19], che accredita l'idea di motori di ricerca capaci di fornire «informazioni diverse ed assai più invasive rispetto a quelle fornite dai siti sorgenti» (affermazione implausibile, con la quale, in realtà, si allude non già ad un contenuto diverso, quanto alla maggiore accessibilità del dato), senza però praticarla, posto che, nel caso concreto, l'originaria pubblicazione era stata rimossa, a seguito di accordo transattivo, dall'archivio storico del quotidiano (salvo rifluire in un *blog* esterno e di lì rimbalzare nella ricerca di *Google*. Per altro verso, mette conto rimarcare come, piuttosto che fondarsi sull'obsolescenza delle informazioni (che era stata negata da *Google* nel procedimento seguito alla richiesta di *de-listing,* come pure dal Garante per la protezione dei dati), la pronuncia meneghina preferisca far leva

15. Sul fronte della *de-listing policy* adottata da *Google* (che si è trovata a vagliare centinaia di migliaia di ricorsi), la novità dell'ultim'ora è rappresentata dalla decisione, a seguito delle pressioni delle autorità nazionali di settore – quella francese in testa – , di estendere la preclusione degli Uri, decisa a seguito dell'accoglimento dell'istanza dell'interessato, ai domini esteri (incluso .com) laddove la richiesta di accesso avvenga da un IP del Paese dal quale è provenuta l'istamza.nNon, dunque, la neutralizzazione assoluta, ma un passo rilevante in quella direzione.

16. Per le prime ricadute giudiziali fuori dai confini nazionali, v., in Spagna, *Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional,* 29 dicembre 2014 (18 sentenze), www.poderjudicial.es; in Francia, *Trib. Grande instance Paris*, ord. 19 dicembre e 24 novembre 2014, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 540, con nota di G. Giannone Codiglione, *La deindicizzazione dei contenuti in Francia*, nonché *Trib. Grande instance Toulose*, ord. 21 gennaio 2015, *Franck J. c. Google France e Google Inc.*; nei Paesi Bassi, *Rechtbank Amsterdam* 11 marzo 2015, C/13/563401; in Belgio, *Cour de cassation*, 29 aprile 2016, C. 15.0052.F (dove, però, la sentenza *Google Spain* resta sullo sfondo, mentre viene valorizzato l'art. 10 Cedu).

17. Trib. Roma 3 dicembre 2015, *Foro it.*, 2016, I, 1040, con nota di P. Pardolesi, nonché in *Danno e resp.,* 2016, p. 299, con nota di F. Russo; in *Resp. civ. prev.,* 2016, p. 583, con nota di G. Citarella.

18. Cass. 20 maggio 2015, n. 10280, *Foro it.,* Rep. 2015, voce *Persona fisica,* n. 91, in motivazione, § 8.1.

19. Trib. Milano,28 settembre 2016, *Foro it.,* 2016, I, p. 3594.

sul carattere non veritiero, e perciò sostanzialmente diffamatorio, dei dati oggetto di contesa: di qui, si direbbe, l'impulso a sciogliere il nodo del bilanciamento tra oblio e informazione nel senso della prevalenza del primo, in vista dell'inaffidabilità, nella specie, della seconda. Il che, tutto sommato, sembra confermare la riluttanza dei nostri giudici ad avallare una precostituzione valutativa in favore dell'istanza di de-indicizzazione, a prescindere da un qualsiasi *vulnus,* alla sfera della personalità del soggetto interessato.

A queste due pronunce se ne potrebbero affiancare altre, che pure evocano i *dicta* degli eurogiudici[20]. Ma non si tarda a scoprire che quelle pronunzie appartengono a un'altra tradizione giurisprudenziale, cui conviene ora rivolgere l'attenzione. Con un'avvertenza: tracciare una linea discretiva sulla base della ricognizione dell'esistente non implica che il reale sia razionale. Solo che lo steccato non si supera facendo di tutte le erbe un fascio, magari evocando il succedersi di diverse stagioni dello stesso istituto giuridico. Le due anime, cui si cennava in esordio, esprimono "filosofie" diverse e, al fondo, conflittuali.

3. La versione domestica del diritto all'oblio ha una storia risalente, che s'interseca (e, talora, si confonde) con quella del diritto alla riservatezza. Non a caso, e a prescindere dalla sconfinata letteratura accademica in materia, l'uno e l'altro sono il frutto di elaborazione giurisprudenziale. Il vero tratto distintivo, comunque, è inequivocabile: per il diritto all'oblio gioca un ruolo cruciale il decorso del tempo.

3.1. L'aspirazione all'oblio presuppone un pregresso di pubblicità. Quale che sia la motivazione sottostante, lusinghiera o aberrante, si ha a che fare con vicende che hanno catalizzato l'attenzione del pubblico: le luci della ribalta, alla cui invadenza ci si vorrebbe sottrarre. Si dà, dunque, un momento, t^0, in cui l'*Interessenabwägung* si risolve a favore del diritto di cronaca, sì che l'informazione corre in piena legittimità e, magari, con grande risalto; e un altro, t^1, in cui si rapportano e confrontano i medesimi interessi, ma, in ragione del tempo trascorso da t^0 a t^1 (e il silenzio sopravvenuto), si vuole che l'esito valutativo sia capovolto e quell'informazione non possa più circolare liberamente. Procedendo per "tipi ideali", da rapportare a casistica emblematica, è dato prospettare due situazioni.

A partire da quella della figura pubblica che decide di ritirarsi nell'ombra, come accadde nel celebre caso *Sidis*[21].Non lo racconteremo – altri lo ha fatto, prima e meglio[22] –; ma la vicenda del *wonder child*, l'*ex* bambino e poi ragazzo prodigio (non solo per vocazione, ma per disperante pungolo paterno), che, approdato alla laurea in legge di Harvard (e quale altra, sennò?) e all'agognata emancipazione dalle cure genitoriali, sparisce nel nulla, per poi essere ripescato da un'indagine giornalistica del genere «*where are they now?*»*;* la vicenda di William James Sidis, dicevamo, è davvero indicativa di un'ansia di anonimato sociale che il passar del tempo colora di determinazione e, a conti fatti, sfocia nell'idea di *privacy* in guisa di anelito «*to be let alone*», a esser lasciati in pace. Quest'identificazione tendenziale induce allora a ritenere che, se c'è un *proprium* del diritto all'oblio, esso va cercato altrove.

L'altra articolazione tipologica (che ha riscontri assai diffusa in chiave comparativa[23]) è presto detta. Corrisponde alla pretesa di un individuo di essere dimenticato**,** o meglio, di non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca[24]. Essa si radica sul rilievo per cui l'interesse pubblico alla conoscenza di un fatto è racchiuso nello spazio temporale necessario ad informarne la collettività, mentre con il trascorrere del tempo si affievolisce fino a scomparire: in sostanza, con il trascorrere del tempo il fatto esce dal pubblico dominio, per riacquisire l'originaria natura di fatto privato. La prima traccia di un'impostazione così orientata si vuole ri-

20. Per es., Cass. 24 giugno 2016, n. 13161, *Foro it.,* 2016, I, p. 2729 (ma si tratta, davvero, di una citazione di margine, posto che la sentenza non tocca il problema del *de-listing*).

21. *Sidis v. F-R Publishing Corp.,* 113 F 2d 806 (2d Cir., 1940).

22. All'accenno, relativamente *soft,* di P. Rescigno, *Il diritto di essere lasciati soli,* in *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz,* vol. IV, Napoli, 1964, p. 494, p. 498, possono essere contrapposte le ruvide pagine di Robert M. Pirsig, *Lila, trad. it.,* Milano, 1995.

23. Un esempio assai alto è fornito da BGH 8 maggio 2012, VI ZR 217/08, che si pronuncia meditatamente «[z]ur Zulässigkeit des Bereithaltens nicht mehr aktueller Beiträge in dem für Altmeldungen vorgesehenen Teil eines Internetportals (Online-Archiv), in denen ein verurteilter Straftäter namentlich genannt wird» (riguardo alla richiesta di uno dei soggetti condannati per l'efferata esecuzione – a martellate! – del noto attore Walter Sedlmayr).

24. A margine di questa riflessione si potrebbe aprire – ma in queste note si eviterà di farlo - il fronte della *legal forgiveness* in campo penalistico: versante sul quale si è cimentata anche la Corte costituzionale (cfr., comunque, sent. 8 ottobre 2010, n. 287, in *Giur. costit.,* 2011, p. 1985, con nota di Z. Secchi.

monti a Trib. Roma 15 maggio 1995[25]; ma il suggello ufficiale viene da Cass. 9 aprile 1998, n. 3679[26], che ai tradizionali criteri di verità, pertinenza e continenza, atti a garantire la liceità della divulgazione di una notizia altrimenti diffamatoria o comunque lesiva della personalità dell'interessato[27], aggiunge quello della «attualità della notizia, nel senso che non è lecito divulgare nuovamente, dopo un consistente lasso di tempo, una notizia che in passato era stata legittimamente pubblicata», perché sussiste il «giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata». Ovvio che anche in questo caso sia in gioco un profilo attinente alla *privacy,* che mette comunque capo ad una valutazione comparativa con l'interesse pubblico *(*non a caso si avverte, sin dall'esordio, che ove «il fatto precedente per altri eventi sopravvenuti ritorn[i] di attualità, rinasce un nuovo interesse pubblico alla informazione – non strettamente legato alla stretta contemporaneità fra divulgazione e fatto pubblico – che si deve contemperare con quel principio[28])»: solo che, nella circostanza, il fattore tempo funge da ago della bilancia, ricordando la saggezza pratica dei giornalisti che vedono nella notizia una merce che invecchi in fretta e perde man mano di rilevanza (consentendo, quindi, di valorizzare le istanze contrapposte di tutela della persona).

Quest'epifania del diritto all'oblio, in contrapposizione dialettica alla libertà di manifestazione del pensiero *sub specie* di diritto di cronaca, può dirsi oggi saldamente ricevuta[29], anche se, come si vedrà tra un momento, i risvolti applicati risultano, per certi risvolti, assai controversi. Va registrata, inoltre, una strisciante tendenza a rivederne l'*imprinting,* che punta a una riconduzione entro il paradigma dell'identità personale.

3.2. Come si è anticipato, non è tutt'oro quel che luccica. L'elaborazione giurisprudenziale in materia di diritto all'oblio, pur nella versione matura che abbiamo testé delineato, registra sbandamenti anche vistosi.

Partiamo da Cass. 24 giugno 2016, n. 13161[30]. A una prima lettura, la sentenza sembrerebbe dettare un precetto del seguente tenore: dopo due anni e mezzo di permanenza nel sito *web* di un quotidiano *on line*, una notizia di cronaca (relativa a una vicenda giudiziaria di natura penale, non ancora approdata a definizione) ha ormai fatto il suo corso e va messa nel dimenticatoio. Precetto che suona alquanto inquietante, posto che, nell'indeterminatezza dei termini temporali idonei ad attivare il diritto all'oblio, una sua operatività in tempi così rapidi non era mai stata ventilata[31]. Ma c'è dell'altro. Nella specie, nessun'ombra si proiettava sull'originaria pubblicazione della notizia (si trattava di una storia di lame e sangue, oggetto goloso di cronaca e attenzione pubblica). Né, chiosa

25. *Foro it.,* 1996, I, p. 2566 (altre avvisaglie, a livello di tutela cautelare urgente, in Trib. Roma, ord. 21 novembre 1996, in *Dir. informazione e informatica,* 1997, p. 335: «La riproduzione di vicende attinenti alla vita privata del condannato è suscettibile di produrre un danno ingiusto al diritto all'oblio dei familiari in difetto di un interesse pubblico attuale alla conoscenza di tali vicende»). Ma, come rileva M. G. Daga, *Diritto all'oblio: tra diritto alla riservatezza e diritto all'identità personale,* in *Danno e resp.,* 2014, p. 274, i prodromi dell'inclinazione a favorire il riscatto del reo si rinvengono in pronunzie decisamente più datate: v., ad es., Cass. 13 maggio 1958 n. 1563, *id.,* 1958, I, p. 1116, dove si discute, sia pure per negarne la ricorrenza nella fattispecie, di un «diritto al segreto del disonore».

26. *Foro it.,* 1998, I, 1834, con nota di P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede).*

27. Da ultimo, riassuntivamente, G.E. Vigevani, *Diritto all'informazione e* privacy *nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni,* in *Dir. informazione e informatica,* 2016, p. 473.

28. La chiave della "riattualizzazione" sembra emergere, ad es., nel Provv. 21 aprile 2016, n. 186, del Garante per la protezione dei dati personali.

29. Ne dà meditata testimonianza Cass. 26 giugno 2013, n. 16111, *Foro it.,* 2013, I, p. 2442, che, dopo aver intimato che «[l]a rievocazione di vicende personali ormai dimenticate dal pubblico trova giustificazione nel diritto di cronaca soltanto se siano recentemente accaduti fatti che trovino diretto collegamento con quelle vicende, rinnovandone l'attualità», ha confermato la pronuncia di merito con cui, in ragione della ritenuta arbitrarietà dell'accostamento, era stata considerata illecita la divulgazione, in alcuni articoli pubblicati su un quotidiano, di notizie riferite all'appartenenza a un gruppo terroristico di una persona che vi aveva militato molti anni prima, in concomitanza con il ritrovamento di un arsenale di armi nella zona di residenza dell'ex terrorista. V. altresì Cass. pen., 7 luglio 2016-22 settembre 2016, n. 39452, *ibid.,* II, 621; e Trib. Napoli Nord (Aversa), ord. 10 agosto 2016, cit. («una volta che del fatto il pubblico sia stato informato con completezza, cessa l'interesse pubblico in quanto la collettività ha ormai acquisito il fatto. Non vi è più una notizia. Riproporre l'accadimento sarebbe inutile, poiché non vi sarebbe più un reale interesse della collettività da soddisfare. Non solo inutile per la collettività, ma anche dannoso per i protagonisti in negativo della vicenda. Il diritto all'oblio è quindi la naturale conseguenza di una corretta e logica applicazione dei principi generali del diritto di cronaca. Come non va diffuso il fatto la cui diffusione (lesiva) non risponda ad un reale interesse pubblico, così non va riproposta la vecchia notizia (lesiva) quando ciò non sia più rispondente ad una attuale esigenza informativa»).

30. *Foro it.,* 2016, I, p. 2734, con nota di chi scrive.

la Cassazione, sulla sua successiva conservazione e archiviazione informatica. La criticità riguarda «il mantenimento del diretto ed agevole accesso a quel risalente servizio giornalistico ... e della sua diffusione sul *web*, quanto meno a far tempo dal ricevimento della diffida ... per la rimozione di questa pubblicazione dalla rete» (rimozione che, peraltro, era sollecitamente avvenuta, nel corso del giudizio). La Corte lascia intendere che, nel bilanciamento tra diritti della personalità e diritto all'informazione, il tempo valga a rendere recessiva l'«esigenza informativa e conoscitiva dei lettori», avallando la valutazione del Tribunale per il quale «dalla data della pubblicazione fino a quella della diffida stragiudiziale [era] trascorso sufficiente tempo perché le notizie divulgate con [l'articolo] potessero soddisfare gli interessi pubblici sottesi al diritto di cronaca giornalistica». Ciò implica che la liceità della pubblicazione, anche quando riferita a fatti di rilievo penale, abbia un elevato livello di obsolescenza (dipendente dal tipo e, quindi, dalla rilevanza sociale del crimine) e che, pertanto, buona parte dell'informazione giornalistica scivoli, col tempo, oltre i confini dell'essenzialità che garantisce immunità a chi eserciti il diritto-dovere di cronaca. Diritto che, secondo la pronunzia, vanta i suoi tre quarti di nobiltà costituzionale, ma arrugginisce in fretta, a fronte dell'aspirazione dell'interessato a che le sue tracce vengano coperte e rese inaccessibili.

Fin qui, le ragioni del dissenso rimangono, per così dire, contenute. Ma esse escono dal solco e diventano impellenti non appena si considerino le ricadute sul piano rimediale: le conseguenze dell'illecito accertato, secondo il collegio, non si fermano alla de-indicizzazione, ma si spingono sino alla cancellazione del dato. Non importa che non vi sia più illecito, che l'archiviazione sia legittima e non lasci margine per ulteriori violazioni. Il rimedio — ineluttabilmente sovradimensionato — travolge tutto e, nel segno dell'oblio violato per qualche (breve) tempo, porta alla condanna definitiva della memoria. Il difetto di proporzionalità nel risultato si coglie con più evidenza se lo si riconduce alla dimensione tradizionale del supporto cartaceo: trasponendo la direttiva della sentenza, la pagina (del giornale ormai archiviato) che reca l'articolo andrebbe strappata. Si tratta, con ogni probabilità, di una «*unintended consequence» (come definire, altrimenti, la cancellazione di dati che figurano legittimamente in un archivio consentito dalla legge per fini storici?). Magra consolazione, rispetto a quando i libri si bruciavano in odio* ...

3.3. Non meno plateale la deviazione impressa da Cass. 5 aprile 2012 n. 5525[32]. Nella circostanza, il ricorrente – a fronte di un articolo di cronaca, successivamente approdato nell'archivio del quotidiano, accessibile via internet, in cui si dava notizia dell'arresto in cui era incorso – non contestava la veridicità del contenuto dello scritto, né il fatto ch'esso potesse considerarsi ancora di pubblico interesse; si lagnava, piuttosto, del fatto che non recasse la notizia che l'inchiesta si era poi conclusa con il suo proscioglimento. Salta così agli occhi luce un problema delicato, che anche in altri quadranti desta preoccupazioni, per il *vulnus* che viene così indebitamente inflitto al «patrimonio intellettuale, etico, ideologico, professionale», in una all'identità della vittima di un gogna mediatica da informazione monca. Ma è proprio questo il punto. In situazioni del genere[33], di là dalle molte riserve suscitate dal rimedio che la corte ha inteso divisare nella circostanza[34], non è in gioco l'aspirazione a restare nel cono d'ombra che il tempo ha ispessito. Anzi, il volgere del tempo, che è il vero motore dell'oblio, risulta pressoché irrilevante, perché quello che davvero preme è l'ingiusto stigma riveniente dalla mancata rettifica dell'informazione originaria. Sennonché, in molti non sembrano essersene dati per inteso: con la conseguenza di allargare

31. Da notare, per converso, come un lasso di tempo di quattro anni dalla definizione della vicenda giudiziaria (esitata in condanna su richiesta per reati gravi in danno della sanità regionale) e di un decennio dai fatti oggetto di cronaca sia parso "breve", e perciò inidoneo a supportare la richiesta di *de-listing* rispetto a contenuti giornalistici pubblicati su importanti organi di stampa e su un sito istituzionale, al Garante per protezione dati personali nel provv. 6 ottobre 2016, n. 400.

32. *Foro it.,* 2013, I, 205, con nota di E. Tucci.

33. Rapidamente assurte a classico della materia: si veda, a mo' di riscontro esemplare, il caso del chirurgo plastico spagnolo – Hugo Guidotti Russo, di cui si diceva alla nt. 1 - che (nello stesso torno di tempo in cui l'avv. Corteja si lagnava del collegamento del suo nome, quando digitato in *Google*, con le pagine del (sito del) giornale catalano *La Vanguardia* dove si annunciava la vendita all'incanto di suoi beni per il mancato pagamento di contributi dovuti) denunciava l'emersione, in rete, della notizia di un procedimento di *malpractice* a suo carico, senza riferimento alcuno alla successiva assoluzione.

34. *Amplius*, sul punto, F. Di Ciommo e R. Pardolesi, *Trattamento dei dati personali e archivi storici in rete: dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica - è la rete, bellezza!,* in *Danno e resp.,* 2012, p. 701. Per un caso in cui l'editore resistente aveva provveduto ad inserire, in calce agli articoli oggetto di ricorso, una nota relativa all'intervenuta archiviazione, ma con modalità ritenute inidonee a rendere immediatamente percepibile, già in sede di anteprima, l'aggiornamento sugli sviluppi della vicenda, v. Garante protezione dati personali, provv. 20 ottobre 2016, n. 430.

il quadro, sì, ma di diluirne la salienza. Quanto dire: un diritto all'oblio collegato all'identità personale, ma spogliato della sua identità primigenia.

3.4. Pur collegandosi idealmente a questo filone, fa storia a sé il conflitto, cui già si è accennato di scorcio in precedenza, tra aspirazione all'oblio e presenza di dati personali nel registro delle imprese, cui si riferisce Cass., ord. 15096/15, cit. All'origine della vicenda giudiziale l'azione intentata dall'amministratore unico di una società immobiliare nei confronti della Camera di commercio di Lecce, responsabile – a suo dire – di non aver provveduto a rimuovere dal registro delle imprese la menzione del suo passato quale amministratore e liquidatore di altra società, fallita nel 1992 e cancellata dal registro stesso nel 2005. Omissione dalle conseguenze gravemente lesive della sua immagine commerciale (tradottesi, a dire dell'attore, nella pratica impossibilità di vendere le unità di un complesso turistico realizzato dall'impresa a lui affidata, a causa dell'ineluttabile emersione, nel corso delle trattative, delle vicende pregresse, per effetto del "riuso" dei dati del registro ad opera di agenzie d'informazione professionale). Il Tribunale salentino avallava la richiesta, disponendo l'anonimizzazione dei dati personali dell'attore e sottolineando la dubbia utilità del permanere di quelle informazioni a tre lustri anni di distanza dalla definizione del fallimento e a due anni dall'intervenuta cancellazione della società. Di qui il ricorso per cassazione, imperniato sull'interrogativo se i dati personali, conservati per mandato legislativo dalla Camera di commercio nel Registro delle imprese, debbano essere, dopo un certo lasso di tempo, sottratti alla pubblica disponibilità.

Era, allora, il turno della Corte di legittimità, la quale sottolineava che la disciplina dell'informazione societaria[35] – e qui si radica la differenza rispetto alla contrapposizione evidenziata nelle pagine precedenti[36] – esprime una matrice obbligatoria, di ordine pubblico; valorizza, cioè, l'interesse della collettività a «conoscere taluni atti essenziali dell'impresa che attengono all'esistenza stessa di ciascun centro d'imputazione di attività economica organizzata e al suo modo di essere, tra cui in special modo le generalità delle persone che hanno il potere di obbligarle»[37]. C'era quanto bastava perché il Collegio statuisse che «l'*ex* amministratore e liquidatore di una società, il cui fallimento sia stato annotato nel Registro delle imprese, e successivamente chiuso con la conseguente speculare annotazione, seguita dalla liquidazione e dalla cancellazione della società dal Registro delle imprese, non ha diritto ad ottenere dalla competente Camera di commercio la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati relativi all'iscrizione delle predette cariche, rispondendo le relative iscrizioni alla funzione della pubblicità commerciale, in adempimento dei compiti pubblicistici al detto ente affidati ed in ragione della tassatività delle iscrizioni e cancellazioni degli atti dal Registro delle imprese"[38].

Sennonché, la riflessione della Corte non si chiude qui. Perché, dopo aver così argomentato, l'ordinanza rilancia il dubbio che il diritto all'oblio possa metter campo a un tempo limite per la disponibilità delle informazioni nel registro e/o a un qualche contingentamento della sua accessibilità. Ecco, allora, gli interrogativi sottoposti alla Corte di giustizia. Il primo riguarda la compatibilità con la disciplina europea in tema di *privacy* del sistema di pubblicità attuato dal Registro delle imprese. Il secondo rovescia inopinatamente la prospettiva: rimonta alla prima direttiva 68/151/Cee sulla pubblicità delle società di capitali (ora codificata dalla direttiva 2009/101/Ce del 16 settembre 2009) e chiede se essa lasci margine per una limitazione temporale/soggettiva della disponibilità dei dati, «in base ad una valutazione casistica affidata al gestore del dato». Un ribaltamento di approccio[39], questo, che ha profondamente condizionato la risposta dei giudici del Kirchberg.

La risposta è venuta da una pronuncia resa quando questo scritto era già composto. Corte giust. 9 marzo

35. Sul Registro delle imprese e dintorni cfr., riassuntivamente, C. Ibba, *Profili della pubblicità legale delle imprese (l'apporto di Antonio Pavone La Rosa),* in *Riv. dir. comm.,* 2016, p. 259; 'M. Cian, *Registro delle imprese ed altri strumenti pubblicitari*, in *Nuova giur. civ.,* 2016, p. 793, e S. Luoni e M. Cavanna, *Il registro delle imprese, vent'anni dopo. Un panorama dottrinario*, in *Giur. it.,* 2015, p. 1016.

36. La cifra caratterizzante il dibattito europeo (e non solo) sta, infatti nella relazione/giustapposizione tra *privacy* e libertà di manifestazione del pensiero: cfr., esemplificativamente, S. Kulk e F.J. Zuiderveen Borgesius, *Privacy, freedom of expression, and the right to be forgotten in Europe,* (2017), www.ssrn.com.

37. Così Carraro, cit., p. 637, che evoca il *refrain* Cedu, atto a paralizzare l'anelito di *privacy*, di «*besoin social impérieux*».

38. «È del resto impensabile», chiosa Carraro, CIT., P. 639, «che il fallimento di una società, fatto giuridico che genera conseguenze radicali sulla capacità patrimoniale e sui rapporti obbligatori coi terzi e che tendenzialmente conduce all'estinzione della persona giuridica …, non sia d'interesse per il benessere economico della collettività: un interesse invero perenne, così come perenne è l'interesse alla ricostruzione dello stato civile delle persone fisiche, per quanto defunte»).

39. Di vero e proprio iato motivazionale parla Mantelero, *Right to be forgotten* cit., pp. 76 ss., rilevando come la Cassazione, palesemente contraria all'idea di cancellazione/blocco dei dati si mostri assai più aperta alla possibilità di interventi incidenti sulla loro ostensibilità.

2017, causa c-398/15[40] ha buon giuoco a statuire, in vista dell'affidamento dei terzi rispetto ai rischi connessi all'interazione con società di capitali, da un lato, e la consapevolezza, per le persone fisiche che agiscono per il loro tramite, circa l'obbligo di rendere pubbliche le proprie generalità, che il bilanciamento va risolto nel senso della normale prevalenza dell'interesse dei terzi alla trasparenza e al buon funzionamento del mercato interno. Insomma: niente diritto all'oblio per i dati personali iscritti nel Registro delle imprese.

Rimane, nondimeno, uno spiraglio, propiziato dall'art. 14, comma 1°, lett. a) della dir. 95/46, che facoltizza l'individuo ad opporsi in qualsiasi momento e per motivi preminenti e legittimi, al trattamento di dati che lo riguardano, salva contraria disposizione di legge. Non può escludersi, dunque, che in via eccezionale l'accesso ai dati personali riversati nel Registro possa essere limitato, dopo un lasso di tempo sufficientemente lungo dallo scioglimento della società, a chi dimostri di avere un interesse specifico alla loro consultazione. Con due precisazioni: *a*) perché ciò sia possibile, occorre una specifica indicazione normativa; *b*) l'interesse fatto valere nel caso di specie (difficoltà a vendere immobili di un complesso turistico perché i potenziali acquirenti hanno accesso, di solito mediato dalle agenzie d'informazione commerciale, al registro delle imprese e possono acquisire contezza della precedente esperienza fallimentare dell'attuale amministratore unico della società venditrice) non ha connotati di preminenza sufficienti a prevalere su quello dei terzi a disporre di tali informazioni.

La pronuncia rivaleggia con i giochi di prestigio. Ammette che, nella ruvidità dell'arena economica, per la disponibilità di certe informazioni non possono fissarsi date di scadenza; ma non si rassegna a riconoscere la subordinazione in assoluto dell'istanza a stender cortine di silenzio su un passato che non garba. La cautela esibita, nella circostanza, dalla Corte di giustizia si tocca quasi con mano, specie nel *caveat* (altrimenti insignificante nella sua ovvietà) disperso nella massima, dove si precisa: «allo stato attuale del diritto dell'Unione». Con una sorta di (minacciosa) riserva mentale: domani si vedrà!

4. Il diritto all'oblio – avvertivamo all'esordio – ha due anime, che non si sovrappongono. In entrambe conta il volger tempo. Ma solo nella seconda esso diventa il motore immobile – si fa per dire, perché *tempus fugit* in ogni caso... – della dialettica fra l'aspirazione dell'individuo alla *privacy* e le tante sfaccettature (destinate ad esercitare un peso volta a volta differente) dell'interesse pubblico alla circolazione dell'informazione. Vale la pena di aggiungere che questa seconda impostazione non è resa obsoleta dalla rivoluzione digitale. La rete ha stravolto le modalità, ma non i valori. L'informazione era disponibile anche prima, sia pure al costo di aprire un libro o di accedere a un archivio. E la tentazione di neutralizzarla – meglio ancora: di sopprimerla –, quando non si allinei a un qualche disegno sovraordinato è in circolo da sempre: la biblioteca di Alessandria è bruciata tre volte e mai per autocombustione. Nella prospettiva qui considerata, la novità dell'era informatica sta tutta nella maggiore percezione dell'individuo circa la sua partecipazione al processo di costruzione della "storia di sé". I fatti sono lì, come ieri e prim'ancora. Ma appaiono più vividi nello specchio magico del *monitor* che interroghiamo per sapere che cosa gli altri pensano di noi. La notizia in internet non è più capillare di quella veicolata, mettiamo, dalla televisione o dal giornale a larga diffusione. Semmai, essa è contraddistinta da una latenza passiva, che però dilata la sfera della disponibilità virtuale, che sarà attivi tata dalla curiosità, volta a volta di Ulisse oltre le colonne d'Ercole o del *voyeur* sociale. Tutto ciò, per tagliar corto, può anche esasperare le idiosincrasie soggettive, senza che, per questo, si debba dar ingresso a un'eugenetica privata e arbitraria di quanto la collettività può ricordare. Al netto dei suoi tanti (e inevitabili) contorcimenti, il diritto all'oblio, nella sua versione *time-honored* – quella che declina la contrapposizione di *privacy* e libertà d'informazione, riallacciandosi a una tradizione risalente ma in via di continua ridefinizione –, appare in grado di fronteggiare la ricerca di equilibri accettabili anche in un mondo di nativi digitali.

40. ECLI:EU:C:2017:197.

Per una quantificazione economica della lesione del diritto all'oblio

di *Alice Pisapia*

L'articolo illustra i profili normativi europei per la protezione dei dati personali, con particolare riferimento alla garanzia del diritto all'oblio, alla luce dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento n. 679/2016. Il diritto all'identità personale in quanto diritto del soggetto a controllare la propria immagine sociale, include la cancellazione del riferimento da parte dei *media* di eventi risalenti nel tempo. Tuttavia gli strumenti moderni, come internet e i *social media*, rendono particolarmente difficile garantire il profilo di riservatezza. L'autore invoca l'intervento del giudice per il riconoscimento di rilevanti quantificazioni di danno risarcitorie che possano rendere efficace la normativa.

1. Premessa

Il presente contributo mira ad illustrare i profili normativi di rango sovranazionale per la protezione dei dati personali, con particolare riferimento alla garanzia del diritto all'oblio, sancita dapprima in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e cristallizzata, infine, nel recente strumento regolatorio n. 679/2016 (Gdpr)[1]. Con diritto all'oblio si fa tradizionalmente riferimento al diritto dell'individuo a non vedere pubblicate alcune notizie relative alla propria identità rispetto alle quali è ormai trascorso un notevole lasso di tempo[2]. È necessario interrogarsi circa gli effetti prodotti dal trascorrere del tempo o, comunque, dal mutamento delle situazioni che possono rendere illecita la pubblicazione di dati personali che erano stati legittimamente pubblicati all'epoca dei fatti. Il diritto all'oblio, proprio come quello all'identità personale è un frutto d'epoca moderna, derivante dalla comunicazione e dalle novità tecnologiche[3]. Il diritto all'identità personale in quanto diritto del soggetto a controllare la propria immagine sociale, tema già affrontato nel 2009 dal Garante nella sua relazione annuale, arriva ad includere la cancellazione del riferimento da parte dei *media* di alcuni eventi risalenti che devono quindi essere coperti dall'oblio. Internet e i social media rendono oggi più difficile garantire questo profilo di riservatezza, ma proprio per questo tale tutela risulta ancora più urgente e necessaria, anche eventualmente attraverso il riconoscimento di quantificazioni di danno risarcitorie che possano avvicinarsi, con tutte le necessarie distinzioni derivanti dall'ordinamento giuridico nazionale, all'istituto dei danni puntivi[4].

1. Regolamento (Eu) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 Aprile 2016 sulla protezione delle persone con riferimento al trattamento dei dati personali e alla loro circolazione, in sostituzione della Direttiva 95/46/CE (*General Data Protection Regulation*) (Guue, L. 119, 04.05.2016).

2. In dottrina sul diritto all'oblio v. E. Gabrielli (a cura di), *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Napoli, Jovene 1999; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, Jovene 2009.

3. G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio,* in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2010, Fasc. 3, pp. 391-404.

4. I danni punitivi sono un istituto giuridico degli ordinamenti di *common law*, particolarmente utilizzato nel sistema statunitense, in applicazione del quale, in caso di responsabilità extracontrattuale, è riconosciuto al danneggiato un risarcimento ulteriore rispetto a quello

Il quadro normativo europeo applicabile alla tutela dei dati personali è stato oggetto di una crescente produzione normativa che ha portato dall'adozione della direttiva 95/46/EC[5] alla definizione in via giurisprudenziale di principi generali, fino al riconoscimento del diritto di disporre dei propri dati personali come diritto fondamentale della persona sancito dal diritto primario all'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Ue (Tfue) e dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali[6]. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, sancendo espressamente la vincolatività della Carta, ha provveduto a chiarire definitivamente la base giuridica vincolante per la tutela dei dati personali in qualità di diritto fondamentale[7]. La protezione offerta dal diritto europeo ai diritti fondamentali è stata progressivamente ampliata dalla giurisprudenza europea traendo spunto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri[8]. Il diritto alla protezione dei propri dati personali, benché qualificato come diritto fondamentale della persona, deve essere bilanciato con gli altri diritti fondamentali e, in particolare, con il diritto all'informazione e alla trasparenza. Proprio nel procedere alla valutazione, caso per caso, del bilanciamento d'interessi è fondamentale la guida fornita dall'interpretazione della Corte di vertice del sistema europeo. Tuttavia, è essenziale, nel definire il quadro generale, non trascurare il ruolo fondamentale che il giudice nazionale assolve nell'applicare il diritto dell'Unione, al fine di attuarlo e garantire che la protezione sancita in via teorica possa diventare strumento concreto di diritto nelle aule di giustizia di tutto il territorio dell'Unione.

Pertanto lo scopo del presente articolo è quello, non solo di ricostruire la tutela alla cancellazione dei dati personali dagli archivi elettronici e la responsabilità del motore di ricerca, ma anche quello di sollecitare i giudici nazionali, qualora dovessero riscontrare una violazione del diritto all'oblio, a procedere alla rilevante quantificazione economica per lesione di un diritto fondamentale riconoscendo al risarcimento del danno una funzione deterrente e sanzionatoria oltre che meramente riparatoria, come indicato dalla stessa Corte di cassazione[9].

2. La cancellazione dei dati diffamatori dagli archivi elettronici

Una prima declinazione del diritto all'oblio sulla quale reputo sia importante riflettere attiene alla questione degli articoli pubblicati su quotidiani, successivamente valutati discriminatori da un tribunale, ma rimasti comunque accessibili tramite la rete negli archivi elettronici del giornale. La corte Edu nel 2013 ha precisato come bilanciare gli interessi tutelati da un lato dall'art. 8 e dall'altro dall'art. 10 della Convenzione, ovvero, rispettivamente il diritto al rispetto della vita

necessario per compensare il danno subito (*compensatory damages*), se prova che il danneggiante ha agito con dolo o colpa grave. La funzione risarcitoria tipica dell'illecito civile viene a sovrapporsi con la funzione punitiva tipica dell'illecito penale.

5. Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 Ottobre 1995 sulla protezione delle persone con riferimento al trattamento dei dati personali e alla loro circolazione (Guce L 281, 23.11.1995, p. 31).

6. Per un generale inquadramento v. B. Cortese, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona,* in *Dir. Un. eur*., 2013, pp. 313-336; S. CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di giustizia e riforma del sistema Ue di protezione dei dati,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2015, p.834; C. Focarelli, *La privacy: Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, Il Mulino, 2015; C. Kuner, *European Data Protection Law*, Oxford, Oup, 2007; R. Leenes, P. De Hert (Eds.), *Reforming European Data Protection Law*, Dordrecht, Springer, 2015, pp. 125-145. Si v. inoltre *Handbook on European Data Protection Law*, pubblicato dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali disponibile al link http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-law-2nd-ed_en.pdf [ultimo accesso 20 novembre 2016].

7. F. Bestagno, *Validità ed interpretazione degli atti dell'Ue alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Dir. Un. Eur*., 2015, pp. 25-56; A. Scirocco, *The Lisbon Treaty and the Protection of Personal Data in the European Union*, in *Dataprotectionreview.eu*, Issue, 5 febbraio 2008.

8. G. Gonzalez Fuster, *The emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the Eu*, Dordrecht, Spinger, 2014, pp. 163-206. Si ricordi che la protezione ai propri dati personali viene annoverata per la prima volta tra i diritti fondamentali negli anni 80, in particolare nel documento di lavoro della Commissione per gli affari istituzionali del Parlamento europeo contenente il "*White Paper*" sullo stato dei diritti fondamentali nella Comunità, Rapporteur Mr. K. de Gucht, PE 115.274, 16 luglio 1987.

9. La sentenza della Cassazione n. 7613 del 15 aprile 2015 ha espressamente affermato che *«è noto come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o prevenzione generale dei fatti illeciti [...] e la sanzione. Si riscontra, dunque, l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente, sulla base di vari indici normativi [...]»*. Si veda inoltre l'ordinanza n. 9978 del 16 maggio 2016 che ha rimesso alle Sezioni unite la questione relativa alla possibile delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento di danni punitivi.

privata e familiare e la tutela della libertà di espressione[10]. Nella vicenda avanti alla Corte di Strasburgo le persone diffamate avevano scoperto un anno dopo il giudizio nazionale reso in loro favore che qualificava l'articolo come diffamatorio che l'articolo diffamatorio era ancora ben visibile su internet[11]. Le persone offese avevano quindi presentato una nuova denuncia chiedendo ai giudici nazionali polacchi di imporre la rimozione dei dati già qualificati come diffamatori nel precedente processo. Tuttavia, i responsabili del sito *web* avevano sostenuto l'impossibilità di procedere a tale rimozione in quanto l'archivio del sito costituiva una fedele riproduzione del quotidiano cartaceo. Vedendosi negata la tutela effettiva derivante dalla qualificazione dell'articolo come diffamatorio, le persone offese avevano proceduto con un ricorso avanti alla Corte Europea per la tutela dei diritti dell'uomo invocando la violazione della Polonia – Stato denunciato – al rispetto alla vita privata e, in particolare, alla loro reputazione *ex* art. 8 della Convenzione. La memoria della rete secondo l'interpretazione dei giudici nazionali pareva essere illimitata[12]. Tuttavia, si ricorda che la memoria della rete non è un archivio e pertanto non strutturata, piuttosto le informazioni appaiono attraverso parole chiave per via evocativa e associativa[13]. Precisato ciò risulta ancora più evidente l'esigenza di garantire una tutela per i singoli, attraverso la rimozione dei dati diffamatori o almeno attraverso l'integrazione e la precisazione degli stessi, ma anche di garantire una corretta informazione consentendo alle informazioni la loro corretta contestualizzazione. Atteso che il rischio di danno via internet è certamente superiore a quello creato dalla stampa tradizionale cartacea è necessario operare una differenziazione tra le regole per la diffamazione a mezzo stampa e via internet[14]. La Corte Edu ha quindi sancito che spetta alla normativa nazionale e al giudice adito prevedere dei rimedi adeguati per bilanciare gli interessi contrapposti.

Proprio nella scia interpretativa delineata a livello europeo si è inserita la pronuncia della Corte d'appello di Milano che ha imposto all'archivio informatico di una testata giornalistica di procedere all'aggiornamento e alla rettifica dell'informazione disponibile *on-line* con menzione dell'accertamento del carattere diffamatorio e della relativa condanna risarcitoria nel rispetto del diritto all'immagine del soggetto interessato[15]. Il riconoscimento del carattere diffamatorio di una notizia determina la condanna dell'autore, del direttore responsabile e dell'editore del quotidiano al risarcimento del danno arrecato con la pubblicazione. Il diritto all'aggiornamento della notizia a seguito di sentenza di condanna trova il proprio fondamento nel diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela dell'identità personale e morale del singolo[16]. Nella vicenda in esame il Tribunale di Milano non riconosceva le richieste della Fidinam Group Holding S.a. di danni avverso la RCS Quotidiani SpA – editrice del *Corriere della Sera* – per il mantenimento negli archivi *on-line* di un articolo ritenuto diffamatorio in forza di una sentenza del 2007 già passata in giudicato. In primo grado venivano quindi negati i danni non patrimoniali poiché il Tribunale reputava che l'inserimento dell'articolo nella banca dati elettronica non costituisse una nuova pubblicazione o una ripubblicazione del medesimo testo diffamatorio non realizzando pertanto un nuovo illecito[17]. Il giudice

10. Sentenza della Corte Edu, *Wegrzynowski and Smolczewski v. Polonia*, o. 33846/07, 16 luglio 2013.

11. F. Buffa, *Cedu, cancellazione di dati diffamatori dagli archivi internet*, in Osservatorio internazionale, *Questione Giustizia on-line*, disponibile al link www.questionegiustizia.it/articolo/cedu-cancellazione-di-dati-diffamatori-dagli-archivi-internet_19-08-2013.php [ultimo accesso 21/12/2016].

12. V. Mayer–Shonberger, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Egea, Milano, 2010.

13. G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2007, pp. 511-531; V. Zeno-Zencovich, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2007, pp. 263-275; V. Zeno-Zencovich, *La "comunione" di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2009, pp. 5-22.

14. Sentenza della Corte Edu, *Comité de Rédaction de Pravoye Delo e Shtekel v. Ukraine*, o. 33014/05, 5 maggio 2011.

15. Corte d'appello di Milano, sez. II civ., sentenza n. 335 del 27 gennaio 2014, in *Foro It.*, 2014, I, p. 2612.

16. M. Bassini, *La Corte d'appello di Milano sulla contestualizzazione delle notizie diffamatorie sugli archivi on-line dei giornali*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2014, pp. 831-849.

17. G. Citarella, *Aggiornamento degli archivi online, tra diritto all'oblio e rettifica "tipica"*, in *Responsabilità civ. e previdenza*, n. 4/2012, p. 1155; F. Di Ciommo- R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e resp.*, n. 7/2012, p. 701; F. Ferola, *Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul* web*, L'esperienza applicativa italiana*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 6/2012, p. 1001.

di prime cure reputava quindi che il riconoscimento al primo risarcimento del danno con la sentenza del 2007 coprisse già tutti i danni patiti dal danneggiato, non potendo altro pretendere per il protrarsi delle conseguenze pregiudizievoli. Avverso tale sentenza veniva proposto appello. La Corte d'appello riconosce che è «*indefettibilmente necessario che l'informazione e il dato trattato risultino debitamente integrati e aggiornati*». Infatti, la notizia accessibile tramite internet, non può continuare a risultare isolatamente trattata e non contestualizzata. Al fine di tutelare la proiezione sociale dell'identità personale dell'individuo è necessario garantire che la notizia risulti sostanzialmente vera. Tale garanzia si sostanzia nel dovere dell'editore del quotidiano di procedere all'aggiornamento della notizia inserendo un collegamento che si attivi automaticamente ogni volta in cui l'articolo giudicato diffamatorio sia consultato. Tale aggiornamento deve riportare testualmente il dispositivo della sentenza, passata in giudicato, che lo condanna come diffamatorio. Il dovere di aggiornamento della notizia costituisce quindi attuazione di diritto fondamentale dell'individuo quale il diritto alla propria immagine e alla proiezione sociale della stessa. La Corte d'appello di Milano recepisce, fa proprie e sviluppa le indicazioni formulate dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 5525 del febbraio 2012 nella quale venivano esposte tra le finalità di una corretta e completa archiviazione non solo la tutela dell'interessato, ma anche l'informazione corretta ed esatta del pubblico[18].

Prima di passare ad analizzare la responsabilità del prestatore di servizi che gestisce un motore di ricerca, si reputa necessario interrogarsi sulla quantificazione della sanzione per le violazioni sopra ricordando che tali violazioni ledono un diritto fondamentale dell'individuo. È sufficiente che l'interessato, leso in un suo diritto fondamentale, richieda la cancellazione o, in subordine, la contestualizzazione della notizia lesiva? Al fine di consolidare e rafforzare il modello di tutela di cui gode l'identità personale, specialmente in considerazione del dirompente impatto della Rete, non è forse necessario quantificare in maniera rilevante i profili di danno non patrimoniali che il soggetto ha subito per la lesione di un diritto fondamentale[19]? Ancora, quale allegazione dovrà produrre il soggetto leso? Non sarebbe forse possibile, attraverso il ricorso all'inversione probatoria prevista dall'art. 15 d.lgs n. 196/2003, stabilire che danneggiato abbia onere probatorio solo limitatamente al fatto dannoso e al titolare del trattamento dei dati personali.

3. La sentenza *Google Spain*: il riconoscimento della responsabilità del motore di ricerca

Proseguendo l'analisi delle declinazioni assunte dal diritto all'oblio, è certamente essenziale ricordare che nel maggio 2014 la Corte di giustizia ha avuto l'opportunità di precisare la responsabilità dei gestori dei motori di ricerca con riferimento al trattamento di dati personali[20]. Rispetto alla precedente impostazione del Garante che collocava il loro ruolo in posizione secondaria rispetto alla fattispecie analizzata nel paragrafo precedente dei gestori degli archivi *on-line*, la giurisprudenza europea individua invece una responsabilità precisa rispetto all'attuazione del diritto all'oblio. I gestori del motore di ricerca hanno infatti un ruolo strategico nel garantire che le informazioni, ormai obsolete, o comunque rispetto alle quali non vi è alcuna rilevanza per la collettività, siano cancellate dal *web* per tutelare i diritti della personalità[21]. Nel caso in oggetto un cittadino spagnolo, inserendo

18. A. Mantelero, Right to be forgotten *ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio*, in *Nuova giurisp. civ. comm.*, n. 10/2012, p. 843; G. E. Vigevani, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando da Milano*, in *Danno e resp.*, n. 7/2014, p. 742.

19. Considerata l'immaterialità del danno alla personalità derivante da un'alterazione del rapporto tra identificazione/conoscenza/stima la liquidazione del danno dovrà basarsi sui criteri previsti dagli artt. 1226 – valutazione equitativa – e 2056 – valutazione dei danni – cc.

20. Sentenza 13 maggio 2014, causa C–131/12, *Google Spain SL et Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, in ECLI:EU:C:2014:317.

21. P. A. Dubois, *Search Engines and Data Protection: A Welcome Practical Approach by the Advocate General*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2013 pp. 206-208; M. Castellaneta, *Così l'oblio mette a rischio la libertà di espressione*, in *Guida al Diritto* 2014 n. 24 pp. 21-24; C. Castets-Renard, *Google et l'obligation de déréférencer les liens vers les données personnelles ou comment se faire oublier du monde numérique*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, n. 106/2014 p. 68-75; H. Crowther, *Remember to Forget Me: The Recent Ruling in Google v AEPD and Costeja*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2014 pp. 163-165; H. Crowther, *Data protection: Google v Spain: is there now a 'right to be forgotten'?*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2014 pp. 892-893; B. Hardy, *Application dans l'espace de la directive 95/46/CE: la géographie du droit à l'oubli*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014 pp. 879-897; J. F. Henrotte, *Arrêt Google Spain: la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli*, in *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2014 pp. 1183-1191; E. Kelsey, *Case Analysis - Google Spain SL and Google Inc. v AEPD and Mario Costeja González: Protection of personal data, freedom of information and the*

il proprio nome e cognome in *Google*, visualizzava link mirati ad articoli risalenti connessi ad un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali. La multinazionale, rifiutandosi di operare una deindicizzazione degli articoli dal proprio database, negava all'individuo la cancellazione dal motore di ricerca ledendo così un diritto fondamentale. La Corte individua una precisa responsabilità del motore di ricerca nei confronti dell'individuo poiché egli è il solo soggetto che possa correttamente garantire l'esercizio del diritto all'oblio. Nel bilanciare l'interesse del singolo all'oblio con quello della collettività all'informazione, con quello del gestore del motore di ricerca all'interesse economico, la Corte reputa prevalente il primo. La Corte, nel riconoscere un ruolo di responsabilità ai gestori dei motori di ricerca, attribuisce loro una funzione di natura «paracostituzionale», ritenuta eccessiva da parte di alcuni commentatori[22]. Tuttavia, la posizione assunta dai giudici di Lussemburgo ha determinato un radicale cambiamento di posizione di *Google* che, per assicurare il pieno rispetto della normativa a tutela della *privacy*, ha consentito ai cittadini dell'Unione di presentare richieste per la deindicizzazione dei propri dati personali.

4. Il Regolamento europeo n. 679/2016

Il nuovo Regolamento europeo n. 679/2016 in materia di trattamento di dati personali sarà direttamente applicabile in tutto il territorio dell'Unione a partire da aprile 2018. In virtù di questo strumento un individuo deve avere il diritto di ottenere la rettifica dei propri dati personali e il diritto alla cancellazione se la conservazione di tali dati viola il Regolamento o, comunque, il diritto dell'Unione. Si dedica inoltre particolare attenzione al trattamento di quei dati raccolti o trattati o per i quali è stato prestato consenso quando l'interessato era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento. Per rafforzare il diritto all'oblio nella Rete, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi *link* verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali. Nel fare ciò, è opportuno che il titolare del trattamento adotti misure ragionevoli tenendo conto della tecnologia disponibile e dei mezzi a disposizione del titolare del trattamento, comprese misure tecniche, per informare della richiesta dell'interessato i titolari del trattamento che trattano i dati personali. In generale il Regolamento n. 679/2016 prevede un forte innalzamento dei livelli di responsabilità attribuiti ai titolari del trattamento dei dati personali, imponendo loro una valutazione di *risk assessment* sui dati trattati e la garanzia di *accountability* nei confronti degli individui i quali non godono più di un semplice e generico diritto alla *privacy*, ma piuttosto sono riconosciuti come gli esclusivi titolari dei rispettivi dati personali che vengono concessi in uso ai titolari del trattamento. I *data processor* dovranno quindi garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali tra i quali anche il diritto all'oblio.

A seguito dell'*iter* giurisprudenziale sopra illustrato[23], nonché grazie all'importante lavoro svolto

---

"right to be forgotten", in *European Human Rights Law Review*, 2014 pp. 395-400; H. Kranenborg, *Google and the Right to Be Forgotten (Case C-131/12, Google Spain)*, in *European Data Protection Law Review*, Vol.1/2015 pp. 70-79; F. Melis, *Il diritto all'oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015 pp. 171-177; A. Morgan, *A recent judgement of the European Court of Justice could represent the birth of a whole new sub-species of data protection jurisprudence*, in *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, 2014 p.0; N. Nie Shuibhne, *To strive, to seek, to Google, to forget*, in *European Law Review* 2014 pp. 293-294; G. Resta, V. Z. Zencovich (Eds.), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre Press, 2015; D. Ordonez Solis, *El derecho al olvido en Internet y la sentencia Google Spain*, in *Revista Aranzadi Unión Europea*, 6/2014 pp. 27-50; R. Toman, *Limited Liability of Internet Search Engine Service Providers for Data Protection of Personal Data Displayed on Source Web Pages*, in *European Law Reporter*, 2013 pp. 286-289; P. Salen, *La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit «à l'oubli numérique»: une fausse innovation, de vraies questions*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, n. 109/2014, pp. 35-44; I. Spiecker, *A new framework for information markets: Google Spain*, in *Common Market Law Review*, 2015 pp. 1033-1057; J. Steven, *The Right to Privacy Catches Up with Search Engines: The Unforgettable Decision in Google Spain v AEPD*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2014 pp.130-133; A. Strowel, *Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche: droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives"*, in *Journal des tribunaux*, 2014 pp. 457-459; P. Van Den Bulck, *Arrêt "Google Spain": l'étendue du droit à l'oubli*, in *Journal de droit européen*, 2014 n. 211 pp. 289-290; A. Wiebe, *Data protection and the internet: irreconcilable opposites? The Eu Data Protection Reform Package and Cjeu case law*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2015 pp. 64-68.

22. O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel* reasoning *di Google Spain*, *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2014, pp. 569-589.

23. V. conclusioni AG Bot dell'8 settembre 2016, causa C-398/15, *Manni*, nelle quali l'interpretazione delle disposizioni italiane vengono interpretate in modo tale da garantire il diritto all'oblio. «*L'art. 2, par. 1, lett. d) e j), nonché l'art. 3 della prima direttiva 68/151/Cee*

dal gruppo di lavoro *ex* art. 29 composto dalla Commissione europea, dall'Autorità garante europea per la protezione dei dati personali (Edps) e dalle Autorità garanti nazionali[24], il diritto alla cancellazione è divenuta espressa previsione normativa con l'art. 17 del Regolamento n. 679/2016 in base al quale: «*L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti:*

- *i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;*
- *l'interessato revoca il consenso [...];*
- *l'interessato si oppone al trattamento[...];*
- *i dati personali sono stati trattati illecitamente;*
- *i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento;*
- *i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'art. 8, par. 1.*».

Il par. 3 del menzionato art. 17 stabilisce che le disposizioni non si applichino nel caso in cui sia necessario per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione, affidando all'interprete il bilanciamento tra gli interessi contrapposti. In conclusione, con il Regolamento europeo il diritto ad essere dimenticati non è più solo ricavato in via interpretativa dal generale diritto alla *privacy*, ma viene sancito a livello normativo come diritto autonomo.

5. Il ruolo del giudice nazionale

Pur ritenendo opportuno attribuire un elevato livello di responsabilità ai titolari del trattamento dei dati personali, certamente nella pratica assicurare il diritto all'oblio pare questione di non semplice realizzazione[25]. È però necessario innalzare il livello di tutela garantito alla tutela dell'identità personale nella realtà virtuale proprio perché così potenzialmente lesiva non solo in intensità, ma anche in durata ovvero, potenzialmente, una lesione che si reitera ogni giorno senza termine. Nel panorama delineato è quindi fondamentale interrogarsi sul ruolo del giudice nazionale. Egli è il primo attuatore della normativa europea ed è certamente il soggetto più idoneo a ripristinare, il più rapidamente possibile, l'incolumità virtuale dell'identità della persona. Dopo aver sancito il carattere diffamatorio di una notizia come può il giudice nazionale contribuire a garantire l'attuazione del diritto all'oblio?

Come sopra accennato, considerando che la lesione in questione attiene un diritto fondamentale dell'individuo si reputa necessario che il giudice nazionale proceda con una considerevole quantificazione dei danni non patrimoniali sofferti dal soggetto. Tale misura, insieme ad un provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 cpc, pare essere lo strumento solo realmente efficace per rispondere alle esigenze di *accountability* sancite anche dal nuovo Regolamento *privacy*. Circa la quantificazione del danno non patrimoniale operata in via equitativa dal giudice si richiama la giurisprudenza della Corte suprema, chiamata a statuire in ordine al risarcimento del danno alla reputazione che si è espressa precisando che:*«Unica forma di liquidazione per ogni danno che sia privo delle caratteristiche della patrimonialità è quella equitativa, sicché la ragione del ricorso a tale criterio è insita nella natura stessa di tale danno e nella funzione del risarcimento realizzato mediante la dazione di una somma di denaro, che non è reintegratrice di una diminuzione patrimoniale, ma compensativa di un pregiudizio non economico, con la conseguenza che non si può fare carico al giudice di non aver indicato le ragioni per le quali il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare — costituente, in linea generale, la condizione per il ricorso alla valutazione equitativa (art. 1226 cc) — giacché intanto una precisa quantificazione pecuniaria è possibi-*

---

del Consiglio del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società a mente dell'art. 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, come modificata dalla direttiva 2003/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2003, e l'art. 6, par. 1, lettera e), nonché l'art. 7, lett. c), e) e f), della direttiva 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in combinato disposto con gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che i dati personali iscritti nel registro delle imprese possano, dopo un certo periodo di tempo e su richiesta della persona interessata, essere cancellati, resi anonimi o bloccati, oppure resi accessibili unicamente ad una cerchia di terzi, ossia a coloro che comprovano un interesse legittimo all'accesso a siffatti dati».

24. Sul gruppo di lavoro si v. http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083.

25. European Union Agency for Network and Information Security, *The right to be forgotten – between expectations and practice*, 2011, 2.

le, in quanto esistano dei parametri normativi fissi di commutazione, in difetto dei quali il danno non patrimoniale non potrà mai essere provato nel suo preciso ammontare, fermo restando, tuttavia, il dovere del giudice di dar conto delle circostanze di fatto da lui considerate nel compimento della valutazione equitativa e del percorso logico che lo ha condotto a quel determinato risultato»[26]. Infatti una volta raggiunta la prova sull'esistenza dell'evento dannoso, la natura non patrimoniale del pregiudizio conseguente alla diffamazione, riguardando soltanto gli aspetti relazionali dell'onore e della reputazione lesi, non può non aversi in via meramente equitativa[27]. Dovrà essere quantificata la sofferenza psichica causata dalla lesione della reputazione personale e professionale, il contesto in cui le dichiarazioni sono state rese, la gravità del fatto nel contesto sociale di riferimento, il rilievo sociale del soggetto ed, infine, la diffusione delle dichiarazioni offensive[28].

Conclusioni

Il presente contributo, oltre a ripercorrere le varie declinazioni assunte dal diritto all'oblio, è anche appello ai giudici nazionali che, nel farsi garanti dei diritti fondamentali degli individui, possono incidere in maniera rilevante sulla effettività ed efficacia della tutela offerta contro le violazioni degli stessi. In conclusione le istanze dei singoli per violazione di un diritto fondamentale quale la lesione della propria reputazione potranno ben essere rigettate qualora la comunicazione non sia obiettivamente diffamatoria. Tuttavia, qualora invece il carattere diffamatorio sia accertato, è di primaria importanza quantificare la violazione in modo tale da garantire che il modello di tutela delineato a livello europeo trovi, anche nella quantificazione economica operata dal giudice nazionale, un rafforzamento. Così come è avvenuto per la responsabilità medica e la quantificazione del danno biologico attraverso il sistema liquidatorio basato sulle tabelle di creazione giurisprudenziale, i giudici sono chiamati ora, in materia di trattamento dei dati personali, ad aggiungere un tassello fondamentale al modello di tutela europeo svincolandosi da criteri e schemi meramente tabellari e giungendo a risultati economici ben superiori, recuperando un più ampio margine di flessibilità valutando in via equitativa il danno non patrimoniale. Nella proposta flessibilità della valutazione in via equitativa si reputa debba trovare spazio anche il fatto che la violazione attenga ad un diritto fondamentale sancito dal diritto primario europeo.

26. Sentenze della Cassazione del 12 maggio 2006, n. 11039/2006; del 19 agosto 2013, n. 19183; del 21 maggio 2013, n. 12402.

27. V. tra le altre sentenza della Cassazione del 12 maggio 2006, n. 11039.

28. V. Zeno-Zencovich, *Analisi di 320 sentenze sulla lesione della personalità rese dal Tribunale di Roma (2003-2008)*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2009, pp. 263-348.

Délai raisonnable del processo innanzi alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo: tutela rimediale, efficienza e qualità della giustizia

di *Francesco De Santis di Nicola*

Traendo spunto da alcune recenti sentenze del tribunale dell'Unione europea e da profili d'interesse di altre pronunce dell'anno in corso, il lavoro s'interroga sull'ipotetico rimedio utilizzabile per il caso di violazione del *délai raisonnable* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Lo studio si sofferma altresì sull'esame delle principali misure adottate a livello internazionale per ridurre, sotto un profilo sistemico, i tempi di decisione della Corte di Strasburgo, nell'esigenza di ovviare al paradosso di una giustizia internazionale inflessibile verso i ritardi delle giurisdizioni interne eppure a volte non meno lenta nella sua operatività quotidiana (finendo con il divenire così «vittima del suo successo»), ed in vista della imprescindibile necessità di bilanciare rapidità e qualità nella risposta giurisdizionale alla domanda di giustizia individuale.

1. Le sentenze del Tribunale dell'Ue nelle cause Gascogne e altre

Nel primo scorcio del 2017 il Tribunale dell'Unione europea, con tre distinte sentenze[1], ha condannato l'Unione europea a risarcire i danni cagionati alle parti (private) di processi svoltisi davanti allo stesso Tribunale (in diversa composizione) e protrattisi oltre il *délai raisonnable* ai sensi dell'art. 47, co. 2, della Carta di Nizza[2]. I tre processi in questione traevano tutti origine dall'impugnativa della decisione C(2005) 4634, volta a sanzionare un cartello anticoncorrenziale di imprese (tra cui la società *Gascogne*) operanti nel settore dei sacchi industriali ed erano durati circa cinque anni e nove mesi, di cui circa tre anni e dieci mesi intercorsi tra la fine della fase scritta e l'apertura della fase orale. Nel febbraio del 2017, peraltro, il Tribunale ha rigettato un'analoga domanda risarcitoria, ritenendo ragionevole la durata di quattro anni e tre mesi (di cui circa due anni e un mese intercorsi tra la fine della fase scritta e l'apertura della fase orale) con riguardo ad un processo originato dall'impugnativa proposta dalla *Aalberts Industries NV* contro la decisione C(2006) 4180, pure recante sanzioni per pratiche anticoncorrenziali[3].

Tali pronunce presentano svariati motivi di interesse.

In primo luogo, esse segnano in concreto il completamento del percorso di individuazione del rimedio effettivo in relazione alla tutela del diritto al *délai raisonnable* del processo innanzi alle giurisdizioni di Lussemburgo. Nell'ormai risalente caso *Baustahlgewebe*[4],

1. Trib. Ue, sent. 10 gennaio 2017, causa T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne c. Unione europea (rappresentata dalla Corte di Giustizia)*; Trib. Ue, sent. 1° febbraio 2017, causa *T-479/14, Kendrion c. Unione europea (rappresentata dalla Corte di Giustizia)*; Trib. Ue, sent. 17 febbraio 2017, T-40/2015, *Plásticos Españoles, SA (ASPLA) e Armando Álvarez, SA c. Unione europea (rappresentata dalla Corte di Giustizia)*.

2. Giova ricordare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, è entrata a far parte del diritto primario dell'Unione per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

3. Trib. Ue, sent. 1° febbraio 2017, causa T-725/14, *Aalberts Industries NV contro Unione europea (rappresentata dalla Corte di Giustizia)*.

infatti, il riconoscimento del *délai raisonnable* (non ancora codificato nella Carta di Nizza) quale principio generale del diritto comunitario aveva indotto la Corte di giustizia – adita in sede di impugnazione contro la sentenza del Tribunale – a ritenere che la violazione di tale principio ad opera del Tribunale potesse essere rimediata tramite la riduzione della sanzione irrogata dalla Commissione per pratica anticoncorrenziale[5] e, dunque, nell'ambito del medesimo processo avente ad oggetto l'impugnativa di tale sanzione. Un approccio diverso si era, invece, profilato nel caso *Der Grüne Punkt*, nel quale – in assenza di una sanzione da ridurre (perché la ricorrente aveva fatto oggetto di ingiunzione di astenersi dall'abusare della sua posizione dominante) – la Corte aveva indicato nell'azione per responsabilità extra-contrattuale dell'Unione (*ex* artt. 268 e 340, co. 2, Tfue) l'unico rimedio esperibile per ottenere ristoro per il pregiudizio sofferto in conseguenza dell'irragionevole durata dal processo di primo grado. Infine, proprio nel pronunciarsi in sede di impugnazione nell'ambito dei processi originati dalla suddetta decisione C(2005) 4634 relativa al cartello dei sacchi industriali, la Grande sezione della Corte di giustizia[6] aveva smentito la possibile coesistenza dei due diversi rimedi poc'anzi divisati e aveva stabilito che «la violazione da parte di un giudice dell'Unione del suo obbligo, derivante dall'art. 47, secondo comma, della Carta, di decidere le controversie ad esso sottoposte entro un termine ragionevole deve essere sanzionata in un ricorso per risarcimento danni presentato dinanzi al Tribunale, ricorso che costituisce un rimedio effettivo»[7], precisando che «la domanda intesa ad ottenere il risarcimento del danno causato dalla violazione, da parte del Tribunale, del termine ragionevole del procedimento non può essere presentata direttamente alla Corte nel contesto di un'impugnazione, ma deve essere proposta dinanzi al Tribunale stesso», in autonomo processo[8].

In secondo luogo, nelle pronunce *Gascogne* e altre relative al cartello dei sacchi industriali, la Grande sezione della Corte di giustizia aveva statuito che la violazione del *délai raisonnable ex* art. 47, co. 2, della Carta di Nizza costituisce di per sé «una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli», vale a dire uno degli elementi che concorrono all'insorgere dell'obbligazione risarcitoria dell'Unione *ex* art. 340, co. 2 Tfue unitamente alla sussistenza di un danno effettivo ed al nesso di causalità tra condotta illecita e danno. Non solo, ma essa aveva aggiunto che i processi innanzi al Tribunale relativi all'impugnativa della decisione C(2005) 4634 avevano violato il *délai raisonnable*. Dal canto suo, nei successivi processi aventi ad oggetto l'azione risarcitoria per violazione del *délai raisonnable* intentati dalla *Gascogne* e dalle altre società del cartello dei sacchi industriali parti alla controversia conclusa dalla Grande sezione, il Tribunale ha proceduto nuovamente alla analitica valutazione dello svolgimento e della durata dei processi in questione, malgrado una delle parti avesse eccepito che la violazione dell'art. 47, co. 2, Carta di Nizza e, dunque, la sussistenza di uno dei presupposti della responsabilità aquiliana dell'Unione costituisse punto pregiudiziale (in virtù, per l'appunto, delle statuizioni della Grande sezione)[9].

In terzo luogo, va sottolineato come nelle sentenze di inizio 2017 relative alla violazione del *délai raisonnable* nel processo del cartello dei sacchi industriali – così come in quella che ha, invece, rigettato la domanda risarcitoria proposta dalla *Aalberts Industries NV* – il Tribunale abbia ribadito, sulle orme delle indicazioni offerte dalla Corte di giustizia a far tempo dal caso *Baustahlgewebe*, che la valutazione del carattere ragionevole della durata del processo deve essere compiuta alla luce delle concrete circostanze del caso di specie, tenuto conto dell'importanza della causa per la parte ricorrente, della complessità del caso e del comportamento delle parti; al contrario, «il carattere ragionevole di una [certa] durata non può essere esaminato assumendo come termine

4. Corte di giustizia Ue, sent. 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commissione*.

5. *Rectius*: nella compensazione tra l'indennizzo spettante per violazione del *délai raisonnable* e la sanzione irrogata dalla Commissione.

6. Corte di giustizia Ue, sentenze 26 novembre 2013, cause C-40/12 P (*Gascogne SackDeutschland c. Commissione*), C-50/12 P (*Kendrion c. Commissione*); C-58/12 (*Groupe Gascogne SA c. Commissione*).

7. Così, per tutte, Corte di giustizia Ue, *Groupe Gascogne SA c. Commissione*, punto 83.

8. Corte di giustizia Ue, *Groupe Gascogne SA c. Commissione*, punto 84.

9. Trib. Ue, sent. *Kendrion c. Unione europea*, cit., punto 38: «*La requérante soutient en premier lieu que, dans l'arrêt du 26 novembre 2013, Kendrion/Commission [...], la Cour a déjà décidé que la condition relative à l'existence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers était remplie en ce qui concerne le délai de jugement de l'affaire T54/06. Il ne serait donc pas nécessaire d'examiner plus avant les critères d'appréciation du caractère raisonnable d'un délai de jugement, ni leur application au cas d'espèce*».

di paragone un limite massimo preciso, determinato in maniera astratta»[10].

Più nel dettaglio, il Tribunale ha riconosciuto che tutte le cause in questione avessero una importanza «reale» per le società ricorrenti, colpite da onerose sanzioni *antitrust*, senza dimenticare che «l'esigenza fondamentale di sicurezza giuridica di cui debbono beneficiare gli operatori economici così come l'obiettivo di assicurare che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno rivestono un interesse considerevole non solo per la parte ricorrente ed i suoi concorrenti, ma ugualmente per i terzi, in ragione del gran numero delle persone coinvolte e degli interessi finanziari in gioco»[11]. Il Tribunale ha, quindi, focalizzato la sua attenzione sull'unico periodo di apparente inattività, vale a dire quello intercorrente tra la chiusura della fase scritta e l'apertura della fase orale nelle cause in esame, indicando, all'interno di questo intervallo, in quindici mesi il tempo ragionevolmente necessario all'ufficio per procedere alla sintesi degli argomenti delle parti, all'analisi in fatto e diritto della causa ed alla preparazione della fase orale, visto che le cause in materia di concorrenza sono caratterizzate da fascicoli voluminosi e da una elevata complessità in fatto e in diritto. Tenuto, poi, conto della necessità di trattare le cause in questione (delle quali si denunciava la durata irragionevole) in parallelo con altre cause originate dall'impugnativa delle stesse decisioni della Commissione in materia *antitrust*[12], e che presentavano lingue processuali parzialmente diverse, il Tribunale ha aggiunto *forfettariamente* al *délai raisonnable* di quindici mesi, come sopra identificato, un mese per ogni causa connessa.

Se questi sono i tratti comuni alle varie pronunce del Tribunale qui in rassegna, le diverse conclusioni raggiunte sul punto della violazione del *délai raisonnable* con riguardo al caso *Gascogne* e alle altre cause del cartello dei sacchi industriali rispetto al caso *Aalberts Industries NV* si spiegano sia con l'oggettiva diversità dell'intervallo tra chiusura della fase scritta e inizio della fase orale (quarantasei mesi per le prime contro i venticinque mesi per le seconde) sia con la sussistenza di circostanze di particolare complessità del caso *Aalberts Industries NV* sia, ed infine, con la considerazione che quest'ultima aveva contribuito all'allungamento dei tempi, superando più volte, nei propri scritti difensivi, i limiti dimensionali contenuti nelle istruzioni pratiche del Tribunale alle parti[13] ed appesantendo, così, le difese di controparte e l'attività dell'ufficio.

In quarto luogo, degne di nota paiono le statuizioni relative all'*an* e *quantum* dei danni asseritamente conseguenti alla violazione del *délai raisonnable*. Per quanto concerne il danno patrimoniale, il Tribunale procede ad una analitica selezione del pregiudizio risarcibile alle società attrici, soprattutto per il tramite di un rigoroso vaglio del nesso di causalità e del rispetto dell'*onus probandi*. In particolare, il Tribunale esclude il risarcimento degli interessi moratori corrisposti dalle società attrici per il ritardato pagamento delle sanzioni, e ciò anche per il periodo successivo al superamento del *délai raisonnable*, giacché esse non avevano dimostrato che tale pregiudizio fosse stato superiore rispetto al vantaggio derivante dall'aver disposto della somma (corrispondente all'ammenda non versata) per tutta la durata del processo. Viene riconosciuto, invece, il danno patrimoniale consistente nelle spese sostenute per la garanzia bancaria accesa in luogo del versamento dell'ammenda, per il periodo successivo al superamento del *délai raisonnable* e fino alla data della sentenza del Tribunale che aveva concluso il processo presupposto[14].

Per quanto concerne il danno non patrimoniale[15], si afferma che il protrarsi della durata del processo oltre il *délai raisonnable* ha prolungato quella situazione di incertezza normalmente provocata dal-

10. Così, in particolare, Trib. Ue, sent. *Aalberts Industries c. Unione europea*, cit., punto 38.

11. Così, per tutte, Trib. Ue, sent. *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne c. Unione europea*, cit., punto 62.

12. Rispettivamente, la decisione C(2005) 4634 per il cartello dei sacchi industriali e la decisione C(2006) 4180 per ciò che interessava la società Aalberts Industries NV.

13. Del 14 marzo 2002, pubblicate nella Guce 2002, L 87, p. 48.

14. Cfr., per tutte, Trib. Ue, sent. *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne c. Unione europea*, cit., punti 119-120: «*au moment où les requérantes ont introduit leurs recours dans les affaires T-72/06 et T-79/06, le 23 février 2006, et au moment où Gascogne a constitué une garantie bancaire, en mars 2006, la violation du délai raisonnable de jugement était imprévisible. En outre, Gascogne pouvait légitimement s'attendre à ce que lesdits recours soient traités dans un délai raisonnable. Deuxièmement, le dépassement du délai raisonnable de jugement dans les affaires T-72/06 et T-79/06 est intervenu postérieurement au choix initial de Gascogne de constituer une garantie bancaire*».

15. Il cui risarcimento, peraltro, non era stato richiesto nel caso *Plásticos Españoles, SA (ASPLA) e Armando Álvarez, SA* ed al quale non ha quindi riferimento la relativa sentenza.

la pendenza di un processo, influenzando la gestione della società. Tuttavia, precisa il Tribunale, tale pregiudizio può essere riconosciuto in capo alla società e non ai suoi amministratori o dipendenti, sia perché – sotto il profilo della legittimazione – essi non hanno conferito mandato alla società per agire in loro nome e conto sia perché, comunque, non era risultato provato un loro pregiudizio distinto da quello della società. Peraltro, la somma da liquidare a titolo di danno non patrimoniale non può essere di importo tale dal condurre, indirettamente ed in via di compensazione, all'abbattimento della sanzione *antitrust* ormai definitiva[16] né tantomeno essere computata moltiplicando una percentuale di tale sanzione per ogni anno di ritardo[17]. Vengono, così, attribuiti in via equitativa ed al fine di conservare l'effettività del rimedio, rispettivamente, 5.000 e 6.000 euro.

Infine – ed anche se si tratta di una questione evidentemente preliminare – nelle sentenze passate in rassegna il Tribunale, rigettando l'eccezione proposta a riguardo dalla convenuta, precisa che il termine di prescrizione (quinquennale: art. 46 dello Statuto della Corte di giustizia) dell'azione per il risarcimento danni da violazione del *délai raisonnable* è da individuarsi nella data di deposito della sentenza che chiude il processo presupposto, non potendo – per evidenti ragioni di certezza del diritto – cominciare a decorrere in una data in cui il fatto generatore del danno non ha ancora esaurito la sua portata lesiva.

2. Motivi di interesse, da Lussemburgo a Strasburgo

I più evidenti motivi d'interesse delle esaminate pronunce del Tribunale dell'Unione, che si sono evidenziati nel paragrafo precedente, risultano per lo più già prefigurati e, quindi, discussi in dottrina con precipuo riguardo all'ordinamento euro-unitario ed al contenzioso in seno alle giurisdizioni di Lussemburgo, unitamente al profilo probabilmente decisivo in tale contesto: i dubbi circa l'imparzialità del Tribunale dell'Unione nei giudizi di responsabilità per violazione del *délai raisonnable* ... asseritamente consumatasi davanti al medesimo Tribunale[18].

All'attento lettore non saranno sfuggite, peraltro, armonie e disarmonie tra le statuizioni del Tribunale dell'Unione (relative al *délai raisonnable* innanzi alle giurisdizioni di Lussemburgo) e il *corpus* normativo e giurisprudenziale relativo alla tutela (rimediale) del «termine ragionevole» del processo nel nostro ordinamento. Armonie: si pensi, ad esempio, alle ragioni che hanno condotto le Sezioni unite a negare che il diritto all'«equa riparazione» *ex lege* 89/2001 fosse assoggettabile al termine ordinario di prescrizione in pendenza del processo presupposto[19] oppure alla circostanza che la «corte di appello Pinto» può liquidare l'«equa riparazione» per il solo periodo eccedente il «termine ragionevole» del processo[20]. Ma anche disarmonie: si consideri, sempre a titolo di esempio, come, a far tempo dalla riforma del 2012, la l. 89/2001 (in particolare, il suo art. 2, co. 2-*bis*) predetermini rigidamente una durata in astratto ragionevole per categorie assai generali di processi (processo di cognizione, processo esecutivo e procedure concorsuali)[21], perseguendo il chiaro intento di indurre il giudice dell'«equa riparazione» ad un rapido calcolo aritmetico piuttosto che ad una valutazione puntuale della ragionevolezza della durata di ogni processo sottoposto al suo esame. Ed ancora, tenendo a mente il dibattito sulla natura – indennitaria o risarcitoria – del diritto all'«equa riparazione» *ex lege* 89/2001, si può rilevare come *in subiecta materia* l'ordinamento euro-unitario, al pari di altri ordinamenti stranie-

16. Cfr. Trib. Ue, sent. *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne c. Unione europea*, cit., punto 161.

17. Cfr. Trib. Ue, sent. *Kendrion c. Unione europea*, cit., punti 112 e 131.

18. Cfr., per tutti ed anche per ulteriori riferimenti, D. Domenicucci, *Il diritto a un processo equo entro un termine ragionevole nell'ordinamento dell'Ue:* much ado about nothing*?* , in *Federalismi.it* (11 novembre 2015); A. Maffeo, *Il* délai raisonnable *nel contenzioso dell'Unione Europea*, Napoli, 2016, pp. 38 ss. e *passim*.

19. Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16783, in *Foro it*., 2012, I, 2981, con nota di D. Piombo e *Corr. giur*., 2013, pp. 809 ss., con la nota di M. F. Ghirga, *L'infrazionabilità dell'equa riparazione dovuta per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo.*

20. Cfr. l'art. 2, co. 3, lett. a), l. 89/2001, parzialmente trasfuso, con la riforma del 2012 (art. 55, comma 1°, dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134) nell'art. 2-bis, co. 1, l. 89/2001.

21. Senza procedere, ad esempio, ad una più analitica selezione per categorie di contenzioso (controversie di lavoro, di famiglia ecc. ecc.). Il che ha originato la parziale declaratoria di incostituzionalità della novellata disciplina «nella parte in cui si applica alla durata del processo di primo grado previsto dalla legge n. 89 del 2001»: Corte cost. 19 febbraio 2016, n. 36.

ri[22], smentisca l'assioma secondo cui la violazione del *délai raisonnable* non può essere fonte di responsabilità aquiliana perché l'attività giudiziaria «non diviene illecita per il fatto del suo, sia pure eccessivo, protrarsi»[23].

Di questi temi, rievocati dalle pronunce del Tribunale dell'Unione di inizio anno, chi scrive si è già occupato in tempi non troppo risalenti[24]. Dopo aver registrato che la violazione del *délai raisonnable* si può verificare anche al *Kirchberg* e che l'ordinamento dell'Unione europea vi offre rimedio, sembra, allora, più proficuo in questa sede volgere lo sguardo verso Strasburgo, alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'obiettivo non è tanto quello di comparare il *modus operandi* del Tribunale con quello seguito dalla Corte di Strasburgo quando è chiamata a pronunciarsi su doglianze di violazione del *délai raisonnable ex* art. 6 §1 Cedu. In proposito, ci si limita qui ad evidenziare che le pronunce di inizio 2017 del giudice "lussemburghese" – nella parte in cui vi si procede ad analitico e puntuale esame dei processi in questione alla luce dei criteri della condotta delle parti (e delle autorità), della complessità della causa e della "posta in gioco" – non trovano pieno corrispettivo nella giurisprudenza di Strasburgo delineatasi a far tempo dalle (tristemente) note sentenze *Bottazzi*, *A.P.*, *Ferrari* e *Di Mauro* del 1999[25] e consolidatasi, al di là del "contenzioso italiano", dopo il *grand arrêt Frydlender c. Francia* del 2000[26]: negli anni più recenti le sentenze della Corte Edu, dopo aver proceduto ad una sommaria illustrazione dello svolgimento del processo in esame (se non a indicarne alcune essenziali informazioni, quali durata complessiva e gradi di giudizio, in una tabella in appendice) si limitano, spesso, a ricordare in motivazione di aver esaminato moltissimi ricorsi nei quali si è concluso per la violazione del *délai raisonnable* ovvero a richiamare il *leading case* in tale materia per il Paese considerato, concludendo che nulla consente di pervenire ad una diversa valutazione nel caso di specie[27].

Piuttosto – ed anche in considerazione del fatto che il *modus operandi* della Corte di Strasburgo appena divisato affonda, verosimilmente, le sue radici in esigenze di economia processuale – ci si chiede: è possibile che la durata del processo innanzi alla Corte di Strasburgo risulti irragionevole? E, in tal caso, le parti dispongono di un rimedio per ottenere ristoro, analogamente a quanto si è in concreto verificato per le giurisdizioni dell'Unione europea all'inizio di quest'anno?

3. Tutela rimediale in caso di violazione del *délai raisonnable* da parte della Corte di Strasburgo?

Per quanto ciò comporti un'inversione dell'ordine logico delle questioni sollevate, conviene iniziare

22. Si consideri, ad esempio, che nell'ordinamento francese il rimedio per violazione del *délai raisonnable* è costituito dall'azione per responsabilità civile dell'Amministrazione (fondata sull'art. L-141-1 del *Code de l'organisation judiciaire*, per quanto concerne i processi incardinati innanzi ai giudici ordinari, e sui principi generali dell'ordinamento per quanto concerne le giurisdizioni amministrative): cfr. J. Andriantsimbazovina, *Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice*, in *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 88 ss.; P. Gilliaux, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, 2012, pp. 747 ss.

23. Così Cass. 11 agosto 2002, n. 11573, alla base della configurazione indennitaria dell'«equa riparazione» *ex lege* 89/2001 ancor oggi prevalente.

24. Cfr. F. De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli, 2013, ove i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza. L'ulteriore novella della l. 89/2001, operata con l'art. 1, comma 777, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208 (su cui cfr. M. Negri, *Legge Stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001, cd. Legge Pinto*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 5 ss.; G. Scarselli, *Le modifiche alla cd. legge Pinto poste in essere dalla legge di stabilità 2016*, in *Foro it.*, 2016, V, 1 ss.; P. Sandulli, *Le modifiche apportate dalla "legge di stabilità" alla procedura di risarcimento del danno derivante dalla eccessiva durata del processo*, in *La Nuova procedura civile* (19 gennaio 2016); V. Gaeta, *Le ennesime modifiche alla legge Pinto: luci e ombre*, in *Questione Giustizia on line* 22.1.2016, www.questionegiustizia.it/articolo/le-ennesime-modifiche-alla-legge-pinto_luci-e-ombre_22-01-2016.php, ruota intorno alla configurazione di «rimedi acceleratori», cui il legislatore subordina la proponibilità della domanda di «equa riparazione», e che risultano, invece, estranei al panorama delineato dalle pronunce del Tribunale dell'Unione, da cui traggono spunto le presenti notazioni (vedi, comunque, F. De Santis di Nicola, *Istanza di prelievo e altri "rimedi preventivi" per la ragionevole durata del processo*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1975 ss., spec. pp. 1979 ss.

25. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sentenze 28 luglio 1999, *Bottazzi c. Italia* (ric. n. 34884/97), *A.P. c. Italia* (ric. n. 35265/97), *Ferrari c. Italia* (ric. n. 33440/96) e *Di Mauro c. Italia* (ric. n. 34256/96). In tali sentenze la Corte concludeva che la reiterazione delle violazioni del *délai raisonnable* nel nostro Paese era tale da far ritenere integrata una «pratica incompatibile» con la Convenzione.

26. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 27 giugno 2000 (ric. n. 30979/96), *Frydlender c. Francia*.

27. Cfr., sul punto, F. Edel, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2007, pp. 35 ss.; F. De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, cit., pp. 187 s. Come esempi più

dalla risposta al secondo interrogativo: seccamente negativa.

Infatti, ove si immaginasse di rivolgere davanti al giudice nazionale la richiesta indennitaria per violazione del *délai raisonnable* ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo contro la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, tale richiesta, che trarrebbe origine da un'attività posta in essere nell'esercizio delle funzioni tipiche della Corte, s'infrangerebbe contro l'immunità dalla giurisdizione da riconoscersi alla Corte o, meglio, all'organizzazione internazionale del Consiglio d'Europa, nell'ambito del quale opera la Corte e con cui essa presenta «legami istituzionali [...] fortissimi»[28]. E tale immunità opererebbe sia in sede di cognizione sia – nella non creduta ipotesi che qualche tribunale nazionale abbia accolto la pretesa indennitaria *de qua* contro la Corte o il Consiglio d'Europa – in sede di esecuzione di un'ipotetica condanna al risarcimento dei danni[29].

Contro ostacoli forse ancor più evidenti si scontrerebbe la domanda risarcitoria proposta contro la Corte (o il Consiglio d'Europa)... per il tramite di un ricorso individuale innanzi alla stessa Corte *ex* art. 34 Cedu. Se è vero, infatti, che la Corte è istituita «[p]er assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla [...] Convenzione e dai suoi Protocolli» (art. 19 Cedu) e che sono «le Alte Parti contraenti» a dover assicurare «ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della [...] Convenzione» (art. 1 Cedu): la Corte non avrebbe *potestas iudicandi* su un ricorso *ex* art. 34 Cedu rivolto contro di essa (o, meglio, contro il Consiglio d'Europa), che sarebbe dichiarato inammissibile in quanto incompatibile *ratione personae*[30].

Ugualmente infruttuoso si rivelerebbe, poi, il tentativo di risolvere i problemi finora accennati (che sorgerebbero in caso di proposizione della pretesa indennitaria nei confronti della Corte o il Consiglio d'Europa) dirigendo contro gli Stati parte al Consiglio d'Europa la richiesta indennitaria derivante dalla violazione del *délai raisonnable* nel processo innanzi alla Corte di Strasburgo.

Iniziando, stavolta, dal caso in cui tale pretesa fosse veicolata per il tramite di un ricorso *ex* art. 34 Cedu, si potrebbe forse cercare di distinguere questo caso da quelli in cui gli Stati membri erano stati convenuti davanti alla Corte per altre violazioni dell'art. 6 §1 Cedu asseritamente perpetrate dai tribunali amministrativi interni di organizzazioni internazionali[31], compreso il Consiglio d'Europa[32]. In quei casi la

---

recenti di tale *modus operandi* vedi le sent. 15 novembre 2016, ric. n. 41722/14, *Matić c. Serbia*, e 16 febbraio 2017, ric. n. 15642/07, *Tkachenko e altri c. Ukraina*. Non mancano, peraltro, recenti sentenze che seguono la "vecchia" struttura argomentativa (per cui, oltre alla già citata *Frydlender c. Francia*, cfr., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, sent. 7 ottobre 1994, ric. n. 12539/86, *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*), che si ritrova anche nelle sentenze del Tribunale dell'Unione dell'inizio 2017: cfr., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, sent. 14 febbraio 2017, ric. n. 24143/11, *Franz Maier GmbH c. Austria*.

28. Cfr., per tutti, G. Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2005, pp. 87 e 97, il quale ricorda come i funzionari della cancelleria della Corte appartengano alla pianta organica dei funzionari del Consiglio d'Europa e che (*ex* art. 50 Cedu) le spese di funzionamento della Corte sono a carico del Consiglio d'Europa.

29. In particolare, ai sensi dell'art. 3 de *l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe*, «*[l]e Conseil, ses biens et avoirs, quels que soient leur siège et leur détenteur, jouissent de l'immunité de juridiction, sauf dans la mesure où le Comité des Ministres y a expressément renoncé dans un cas particulier. Il est toutefois entendu que la renonciation ne peut s'étendre à des mesures de contrainte et d'exécution*». Precisa, poi, l'art. 4 del medesimo testo: «*Les locaux et bâtiments du Conseil sont inviolables. Ses biens et avoirs, où qu'ils se trouvent et quel que soit leur détenteur, sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation, ou de toute autre forme de contrainte administrative ou judiciaire*».

30. Cfr. Corte eur. dir. uomo, decisione 9 dicembre 2008, ric. n. 73274/01, *Connolly c. 15 Stati membri dell'Unione europea*. Nel caso di specie la ricorrente, che era stata colpita da sanzioni disciplinari da parte della Commissione europea presso cui prestava servizio come funzionario, lamentava davanti alla Corte di Strasburgo la violazione, sotto vari profili, dell'art. 6 § 1 da parte di Tribunale e Corte di Giustizia, innanzi ai quali essa aveva impugnato tali sanzioni. Osserva la Corte di Strasburgo: «*Quant à une responsabilité éventuelle de l'Union européenne, elle rappelle que cette organisation internationale n'a pas adhéré à la Convention et qu'elle ne peut donc voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci*». Cfr., altresì, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, decisione 2 maggio 2007, ric. nn. 71412/01 e 78166/01, *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, spec. §§ 144 ss.: premesso *(a)* che le violazioni della Convenzione rimproverate agli Stati convenuti in Kosovo erano in realtà da imputarsi (alla KFOR e alla amministrazione provvisoria della regione sotto egida Onu, dunque in ultima istanza) all'Onu e *(b)* che l'Onu ha una personalità giuridica distinta da quella degli Stati membri, il ricorso è stato dichiarato irricevibile in quanto incompatibile *ratione personae*.

31. Oltre a Corte eur. dir. uomo, decisione *Connolly c. 15 Stati membri dell'Unione europea*, cit., cfr. la decisione 9 settembre 2008, ric. n. 73250/01, *Boivin c. 34 Stati membri del Consiglio d'Europa* (a proposito del tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro).

32. Corte eur. dir. uomo, decisione 13 luglio 2006, ric. n. 36099/06, *Beygo c. 46 Stati membri del Consiglio d'Europa* (con riguardo all'asserito difetto di imparzialità del tribunale amministrativo del Coe).

Corte ha dichiarato i ricorsi irricevibili per incompatibilità *ratione personae*, osservando come «à aucun moment l'un ou l'autre des Etats mis en cause n'est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige» e rilevando che nella specie «*aucune action ou omission de ces Etats ou de leurs autorités qui serait de nature à engager leur responsabilité au regard de la Convention*»; ebbene – si potrebbe *in thesi* obiettare – non è forse per colpa (omissiva) degli Stati membri che la Corte non dispone dei mezzi necessari per decidere in tempi ragionevoli? Evidentemente l'argomento prova troppo: ammesso che la scarsità di mezzi possa essere identificata quale causa determinante della violazione del *délai raisonnable* a Strasburgo (in luogo, ad esempio, dell'eccesso di domanda ovvero, sempre a titolo di mera ipotesi di scuola, di una eventuale neghittosità di giudici e funzionari), va ricordato che la Corte dipende finanziariamente dal Consiglio d'Europa (art. 50 Cedu)[33], sicché l'eventuale scarsità di mezzi (*in thesi* causa determinante della violazione del *délai raisonnable*) sarebbe da imputarsi alle decisioni di bilancio assunte dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, organo statutario di tale organizzazione distinto dagli Stati membri.

Gli stessi argomenti dovrebbero, del resto, condurre al rigetto della pretesa indennitaria *de qua* ipoteticamente rivolta contro gli Stati membri (non davanti alla Corte, bensì) davanti al giudice nazionale, anche qualora tale giudice, ponendosi nel solco di (ma forse anche forzando in parte) Corte cost. 238/2014[34], non avesse in via pregiudiziale rifiutato di pronunciare sul merito di tale pretesa a cagione dell'immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile.

Per di più, non va trascurato che alla base di questi ipotetici tentativi, volti ad ottenere ristoro per violazione del *délai raisonnable* consumatasi nel processo innanzi alla Corte Edu, vi è un presupposto *in iure* tutt'altro che dimostrato: che il *délai raisonnable*, cioè, costituisca un principio fondamentale del processo innanzi ai tribunali internazionali[35] e che, dunque, la Corte Edu sia giuridicamente obbligata a rispettarlo anche se essa non è parte alla Cedu e, dunque, non è giuridicamente tenuta al rispetto del suo art. 6 §1. Solo così si potrebbe sperare di concludere che la violazione del *délai raisonnable* a Strasburgo integri quel «danno ingiusto» civilisticamente risarcibile secondo il fondamentale principio del *neminem laedere*.

Insomma, le sentenze del Tribunale dell'Unione da cui hanno tratto le mosse le presenti notazioni dovrebbero ricordarci che, in quella sede, il ristoro pecuniario conseguente alla violazione del *délai raisonnable* si è fondato su precise norme giuridiche (l'art. 47 Carta di Nizza che positivizza il principio del *délai raisonnable*, l'art. 340, co. 2, Tfue che stabilisce la sanzione per la violazione del *neminem laedere* da parte di Istituzioni ed agenti dell'Unione e l'art. 268 Tfue che individua il giudice competente per le relative azioni) all'interno di un vero e proprio ordinamento giuridico autonomo rispetto a quello degli Stati membri e affatto peculiare rispetto alle altre organizzazioni internazionali. Ciò che non può affermarsi, invece, per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Strasburgo.

4. Di alcuni casi di apparente violazione del *délai raisonnable* da parte della Corte di Strasburgo

Resta, dunque, l'altro interrogativo: può darsi che la Corte di Strasburgo non si pronunci in tempi ragionevoli? Per restare fedeli alla premessa metodologica secondo cui il rispetto del *délai raisonnable* deve essere valutato alla luce dei concreti svolgimenti del processo in questione e secondo i criteri della condotta delle parti (e delle autorità), della complessità del caso e della posta in gioco per il ricorrente, la risposta a tale quesito dovrebbe essere offerta *case by case* e, comunque, non solo sulla base della considerazione del mero dato temporale. È anche vero, nondimeno, che gli snodi fondamentali del procedimento, delineati per l'essenziale dal regolamento di procedura della Corte[36], renderebbero più semplice tale valutazione: in linea generale, le attività processuali delle parti si riducono allo scambio di

33. Vedi già *retro*, nota 28.

34. Come noto, infatti, con la celebre sent. 22 ottobre 2014, n. 238, la Corte costituzionale ha ritenuto contrastare con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale la regola dell'immunità dello Stato estero, nella parte in cui impone al giudice di declinare la propria giurisdizione civile in riferimento ad atti «che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona».

35. Il che non sembra essere affermato, ad esempio, nell'opera di R. Kolb, *General principles of procedural law*, in A. Zimmermann, C. Tomuschat e K. Oellers-Frahm (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2006, pp. 793 ss., spec. pp. 809 ss.

36. Per i quali cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, *p.* 418 ss. C. Dubois, E. Penninckx, *La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Ministres*, Waterloo, 2016, pp. 53 ss., spec. pp. 77 ss.

osservazioni sulla ricevibilità e il merito del ricorso (laddove questo non sia stato dichiarato irricevibile *de plano*) nonché alla richiesta di *satisfaction équitable* da parte del ricorrente (cui può seguire una replica del Governo), il tutto entro termini assegnati dalla Corte[37]. Ne discende che, in linea di principio, la durata del processo dipenderà dal grado di complessità fattuale e/o giuridica del ricorso e dai tempi e carichi di lavoro della Corte, da mettere poi in relazione (ai fini della valutazione di ragionevolezza) con la "posta in gioco" per il ricorrente[38].

Se ciò è vero, sembrerebbe, ad esempio, irragionevole la durata del processo: *a)* nel caso *Nistor c. Romania*[39] (ricorso proposto nell'aprile 2005, comunicato al Governo nell'ottobre 2009 e deciso nel novembre 2010), per il quale il testo della sentenza non mostra elementi di particolare complessità fattuale o giuridica e nel quale era, però, in gioco la concreta impossibilità per la madre e i nonni di esercitare il proprio diritto di visita, rispettivamente, della figlia e della nipote, ovvero (*b*) nel caso *Mesut Deniz c. Turchia*[40] (ricorso proposto nell'agosto 2007, comunicato al Governo nell'aprile 2010 e deciso nel novembre 2013), ove la Corte, risolvendo in base ai documenti versati agli atti una *quaestio facti* non proprio lineare (ma neanche di straordinaria complessità) ha accertato che il ricorrente era stato torturato e, facendo applicazione di principi consolidati, ha concluso che le autorità non avevano rispettato neanche gli obblighi procedurali derivanti dall'art. 3 Cedu. Analogamente, e per quanto non si tratti di materie altrettanto sensibili, desta una certa impressione il tempo trascorso tra la proposizione del ricorso (gennaio 2004), la sua comunicazione (gennaio 2007) e la sua decisione da parte della Corte (gennaio 2014) nel caso *Pascucci c. Italia*[41] ovvero la circostanza che alcuni dei ricorsi definiti con la sentenza *Zucchinali e altri c. Italia* del 21 ottobre 2014[42], relativi alla violazione del *délai raisonnable ex* art. 6 § 1 innanzi al tribunale di Bergamo, erano stati depositati a Strasburgo tra il 1998 e il 1999[43].

5. Efficienza e lotta all'arretrato vs. accesso alla Corte e qualità della decisione?

Ad ogni buon conto, abbandonata (perché infruttuosa) la prospettiva rimediale, pare più utile chiedersi se la Corte Edu abbia un problema strutturale nell'offrire risposta in tempi ragionevoli alla domanda di giustizia che le viene rivolta.

In proposito, si può iniziare con il ricordare che i problemi del numero delle sopravvenienze, dell'arretrato, dei carichi lavoro della Corte e degli strumenti per rendere la sua attività più efficiente sono al cuore del processo di riforma del meccanismo di tutela dei diritti umani istituito dalla Convenzione, quantomeno a far tempo dal Protocollo XI, aperto alla firma degli Stati parte alla Convenzione nel

37. Ed è sempre entro i termini assegnati dalla Corte (di solito all'atto della comunicazione del ricorso al Governo convenuto) che si deve concludere il tentativo di addivenire ad una conciliazione giudiziale tra le parti, ai fini della definizione del ricorso *ex* art. 39 Cedu, a seguito di regolamento amichevole.

38. Per simili considerazioni con riguardo al contenzioso dell'Unione europea cfr. D. Domenicucci, *op. cit.*, 29, spec. nota 115; A. Maffeo, *op. cit.*, pp. 71 ss.

39. Corte eur. dir. uomo, sent. 2 novembre 2010, ric. n. 14565/05.

40. Corte eur. dir. uomo, sent. 5 novembre 2013, ric. n. 36716/07.

41. Corte eur. dir. uomo, sent. 10 gennaio 2014, ric. n. 1537/04 (violazione dell'art. 1 Prot. 1 per espropriazione indiretta).

42. Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2014, ric. n. 17760/03 e altri.

43. Occorre, d'altra parte, ricordare che la trattazione dei ricorsi italiani relativi alla violazione del *délai raisonnable*, introdotti sul finire degli anni '90, ha risentito delle vicende successive all'introduzione della l. 89/2001: in prima battuta i ricorrenti furono "invitati" a esperire il rimedio "Pinto", giovandosi della clausola di cui all'art. 6 l. 89/2001 che consentiva di "riassumere" in sede nazionale i ricorsi già pendenti a Strasburgo e non ancora dichiarati ricevibili; successivamente, si iniziarono a palesare dubbi circa l'idoneità del rimedio a privare i ricorrenti della qualità di vittima *ex* art. 34, dubbi ricollegabili all'insufficienza degli importi liquidati dalle «Corti di appello Pinto» e che generarono una prima reazione della Corte nella decisione *Scordino c. Italia* (del marzo 2003); infine, con 9 pronunce del marzo 2006 la Grande Camera chiarì quale era la soglia minima dell'indennizzo per violazione del *délai raisonnable*, sufficiente a privare il ricorrente della qualità di vittima (per tali vicende cfr. A. G. Lana, *I tempi del processo e l'equa riparazione a quattro anni dall'entrata in vigore della cd. legge Pinto*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, Milano, 2006, pp. 509 ss.; F. De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, cit., pp. 46 ss., pp. 70 ss.). Sicché dei quattordici (o quindici) anni di durata di alcuni dei procedimenti incardinati innanzi alla Corte Edu e definiti con la sentenza *Zucchinali e altri*, circa cinque anni sono da imputarsi alla necessità di operare una valutazione uniforme e coerente del rimedio Pinto e, in buona sostanza, del suo grado di concreta effettività nel dialogo tra Roma e Strasburgo.

maggio del 1994 ed entrato in vigore nel novembre 1998[44]. All'obiettivo della riduzione dei nuovi ricorsi e dell'arretrato nonché dell'incremento della capacità di definizione dei ricorsi ad opera della Corte è senz'altro rivolto il Protocollo XIV alla Convenzione (aperto alla firma nel maggio 2004 ed in vigore nel giugno del 2010). Nel dicembre del 2005, su invito del Segretario generale del Consiglio d'Europa nonché del Presidente della Corte, veniva presentato un accurato studio volto ad analizzare i carichi e i metodi di lavoro della Corte e ad individuare le possibili misure per incrementarne l'efficienza[45]. Nel maggio del 2005, i Capi di Stato e di Governo istituivano un «Gruppo di Saggi» al fine di esaminare la questione dell'efficacia a lungo termine del meccanismo di controllo della Convenzione, ivi compresi gli effetti del Protocollo XIV[46]. A far tempo dalla conferenza di Interlaken del febbraio del 2010, i più alti rappresentanti delle istituzioni (nazionali e internazionali) chiamate ad agire nel o interagire con il sistema di tutela di Strasburgo si riuniscono annualmente per fare il punto sull'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo e progettare le ulteriori riforme necessarie soprattutto per far sì che essa non collassi sotto il peso delle sopravvenienze e dell'arretrato e che la sua credibilità non sia minata dall'eccessiva durata del suo processo. Parallelamente, anche i metodi di lavoro in seno alla Cancelleria della Corte hanno conosciuto profondi cambiamenti per le stesse ragioni e per gli stessi fini.

Esula dall'obiettivo e dall'economia delle presenti notazioni offrire una analisi del complesso di misure adottate nell'ambito di tale processo di riforma[47]. Ciò che più direttamente ci interessa è, invece, evidenziare come – nell'ultimo lustro – la situazione potrebbe apparire, a prima vista, migliorata: la Corte «non è più vittima del suo successo», affermava il suo Presidente *pro tempore*, Dean Spielmann, in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013.

Ed invero, se agli inizi del 2012 la curva delle pendenze a Strasburgo aveva toccato il suo record storico, superando i 150.000 ricorsi, già a fine 2012 (e a parità di sopravvenienze rispetto all'anno precedente[48]) le pendenze si erano ridotte a 128.100, iniziandosi una curva discendente costante: 99.900 a fine 2013, 69.900 a fine 2014, 64.850 a fine 2015[49]. E tuttavia i dati sembrano dimostrare che tale spettacolare riduzione delle pendenze si spieghi, per l'essenziale e ripetendo ancora una volta le parole di Dean Spielmann, con il fatto che «la procedura in Giudice unico», introdotta con il Prot. XIV, «è stata utilizzata appieno»: 47.000 ricorsi sono stati definiti dal Giudice unico nel 2011, circa 82.000 nel 2012, circa 80.000 nel 2013, circa 78.000 nel 2014 … e solo 36.000 nel 2015 e 31.000 nel 2016(*sic!*). A tali dati corrispondono quelli dei ricorsi pendenti innanzi al Giudice unico alla fine dell'anno giudiziario di riferimento: circa 60.000 a fine 2012, 26.500 a fine 2013, circa 8.000 a fine 2014 e 3.150 a fine 2015. Insomma, negli ultimi anni si è abbattuto il numero dei casi pendenti e

44. Nel rapporto esplicativo di tale Protocollo (che – è forse superfluo ricordarlo – ha soppresso il dualismo Commissione/Corte nonché le competenze in sede di cognizione del Comitato dei Ministri a favore di un'unica Corte, competente per esaminare ricevibilità e merito dei ricorsi), si legge: «*[l]a question d'une réforme du mécanisme de contrôle est à l'étude depuis le début des années 1980, mais la nécessité d'une réforme est apparue de plus en plus urgente en raison du nombre croissant de plaintes déposées devant la Commissione et de l'adhésion de nouveaux Etats au système*» (punto 19); «*[l]e retard accumulé dans l'examen des affaires pendantes devant la Commission est considérable*» (punto 21); «*[l]e but principal de la réforme proposée est donc d'aboutir à une restructuration du système pour réduire la durée des procédures à Strasbourg*».

45. Lord H. K. Woolf (di e a cura di), Étude des méthodes de travail de la Cour européenne des Droits de l'Homme (www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_FRA.pdf).

46. Il Gruppo dei Saggi presenterà, poi, il suo rapporto nel novembre del 2006. Tale documento, al pari di tutti gli altri relativi al processo di riforma della Corte cui si farà riferimento di seguito nel testo, è reperibile sul sito della Corte: www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=fre#n13740489754493224534507_pointer.

47. Per una panoramica cfr., comunque, L. R. Glas, *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lesson to be Drawn*, in *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 671 ss.; D. Milner, *Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the context of the perennial process of reform*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2014, fasc. 1, pp. 19 ss.; E. Fribergh – R. Liddell, *From Protocol N° 11 to 2025 – a Court in constant change*, in AA.VV., *El Tribunal Europeo des Derechos Humanos. Una vision desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia, 2015, pp. 493 ss.

48. 64.500 nel 2011, 65150 nel 2012, 65.900 nel 2013. Queste informazioni statistiche, al pari di quelle che seguono, sono tratte dall'apposita sezione del sito della Corte di Strasburgo (www.echr.coe.int).

49. Nel 2016, invece, la tendenza alla riduzione delle pendenze si è invertita (79.750 a fine anno), essenzialmente a causa del significativo incremento delle sopravvenienze nello stesso periodo (53.500 ricorsi sopravvenuti, in luogo dei 40.650 dell'anno 2015, e ciò essenzialmente a ragione dell'esplosione del contenzioso per le condizioni di detenzione in Ungheria e Romania, oltre che per le conseguenze della crisi turca: così il Presidente Raimondi, nel suo discorso in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017).

"battezzati" come irricevibili, *ex* artt. 34 e 35 Cedu, senza bisogno di ulteriore esame e negli stessi anni al Giudice unico sono da ricondursi il 90 % del totale dei provvedimenti resi dalla Corte[50]; la decisione del Giudice unico costituisce, ormai, parte integrante del meccanismo di filtraggio dei ricorsi e della celere definizione (secondo la pratica del «*one in, one out*») di quelli irricevibili «senza bisogno di ulteriore esame» (per richiamare la formulazione dell'art. 27 Cedu)[51]. Provvedimenti definitivi ed inoppugnabili, quelli del Giudice unico; provvedimenti alla cui motivazione né il ricorrente né il suo avvocato possano avere accesso[52], il che ha originato molte critiche[53] ed anche esiti forse imprevisti innanzi ad altri organismi internazionali per la tutela dei diritti umani[54].

Non si può trascurare, per altro verso, come, sfruttando l'altra principale innovazione del Prot. XIV (vale a dire l'attribuzione alla decisione di un Comitato di tre giudici dei ricorsi che sollevino questioni già oggetto di giurisprudenza consolidata della Corte), la Corte abbia ugualmente «iniziato ad affrontare il nodo dei ricorsi ripetitivi, che costituiscono circa la metà di tutti i ricorsi pendenti». A tal fine, a far tempo dall'autunno 2014, «la Corte ha adottato dei nuovi metodi di lavoro, che le permettono di trattare tali ricorsi in modo rapido e semplificato», anche grazie ad un avanzato sistema informatico di *workflow*, il che – negli auspici del *Comité directeur des droits de l'homme* del Consiglio d'Europa – dovrebbe consentire di risolvere il problema dell'arretrato anche per questa categoria di ricorsi[55].

A fronte di tali innovazioni, relative al procedimento di Giudice unico e di Comitato, parte della dottrina ha espresso sentiti timori per un approccio esclusivamente quantitativo ed industriale del lavoro della Corte, che potrebbe andare a detrimento della qualità dell'esame e della decisione di alcune categorie (numericamente assai significative) di ricorsi[56].

A ciò si aggiunga, infine, il mutamento dell'art. 47 del Regolamento di procedura della Corte, per effetto del quale, se il ricorso non è redatto nel pedissequo rispetto dei requisiti di forma-contenuto ivi indicati (tra cui: l'utilizzo di un formulario *pdf* editabile, con stretti limiti dimensionali) e non è assortito da tutti i documenti necessari al suo esame, esso non sarà assegnato ad una formazione giudicante della Corte: il ricorso potrà essere riproposto ma non avrà impedito la decadenza ricollegata al termine dei sei mesi *ex* art. 35 Cedu (che sarà abbreviata a quattro con l'entrata in vigore del Prot. XV). L'applicazione di questa rego-

---

50. Cfr. E. Lambert Abdelgawad, *The Economic Crisis and the Evolution of the System Based on the ECHR: Is There Any Correlation?*, in *European Law Journal*, 2016, fasc. 1, p. 82.

51. Cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *op. cit.*, pp. 372 ss.

52. Il che segna la principale differenza rispetto alla prassi seguita nel sistema anteriore al XIV Protocollo, quando le decisioni di irricevibilità oggi attribuite ad un Giudice unico erano rese da un Comitato di tre giudici; peraltro non si sono ancora inverati gli auspici contenuti nel Plan d'Action allegato alla Dichiarazione di Bruxelles del 27 marzo 2015, punto 1 c): la Conferenza «*salue l'intention exprimée par la Cour de motiver, de manière brève, ses décisions d'irrecevabilité de juge unique, et l'invite à le faire à partir de janvier 2016*».

53. Cfr., fra gli altri, N. Hervieu, *Embellie strasbourgeoise sur le front européen des droits de l'homme*, in *Lettre «Actualité Droits-Libertés du CREDOF* (30 gennaio 2013); J. Gerards, *Inadmissibility decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning*, in *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 1 ss.; A. Maffeo, *La recente prassi della Corte di Strasburgo in tema di inammissibilità dei ricorsi individuali: un obbligo di motivazione a contenuto variabile?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, pp. 195 ss.; A.M. Mengual I Mallol, *El nou article 47 del Reglament del Tribunal i el procediment de jutge únic: filtres legitíms o obstacles desmesurats?*, in AA.VV., *El Tribunal Europeo des Derechos Humanos. Una vision desde dentro*, cit., pp. 172 ss.; P. Spinosi, *L'approche d'un praticien français face à la procédure d'examen de la recevabilité des requêtes*, in P. Dourneau-Josette, E. Lambert Abdelgawad, *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2011, pp. 250 ss.

54. Il riferimento è alla constatazione di violazione del 27 marzo 2013 del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nel caso *Maria Cruz Achabal Puertas c. Spagna*, della quale riferiscono diffusamente J. Gerards e A. Maffeo, nelle *op. cit.* alla nota che precede. La sig.ra Achabal Puertas aveva adito la Corte di Strasburgo denunciando di aver subito una violazione dell'art. 3 Cedu, ma il suo ricorso era stato dichiarato irricevibile in Giudice unico; successivamente, sulla base del Protocollo addizionale al Pidcp (ratificato dalla Spagna) aveva rivolto la medesima doglianza al Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite. Sebbene ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. *a*), del Protocollo addizionale al Pidcp, quale interpretato da molti Stati (tra cui la Spagna), il Comitato non possa esaminare alcuna comunicazione laddove la medesima istanza sia già stata decisa da un altro Organismo internazionale, nel caso di specie il Comitato dei diritti dell'uomo ha ritenuto di potersi pronunciare nel merito della comunicazione individuale della cittadina spagnola, ritenendo di non poter individuare, dal tenore della motivazione della lettera con cui la Corte di Strasburgo aveva comunicato alla ricorrente l'irricevibilità della sua istanza, sufficienti elementi che potessero fare ritenere che la stessa questione fosse stata «già esaminata» nel merito da altra giurisdizione.

55. Cfr. *Rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme* dell'11 dicembre 2015 (CDDH(2015)R84 Addendum I), p. 33.

56. Cfr., ad es., N. Hervieu, *op. loc. ult. cit.*; E. Lambert Abdelgawad, *The Economic Crisis and the Evolution of the System Based on the ECHR*, cit. pp. 87 ss.; V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *op. cit.*, p. 28.

la, di cui parte della dottrina ha denunciato i pericoli di eccessivo formalismo[57], conduce a «rigettare "in via amministrativa", senza controllo giudiziario, circa un ricorso su quattro»[58].

Adottate queste misure, negli ultimi anni la Corte ha sempre più orientato le sue risorse verso la comunicazione e la definizione dei ricorsi prioritari, in considerazione dell'importanza e dell'urgenza delle questioni sollevate (art. 41 del Regolamento di procedura della Corte) e, più precisamente, appartenenti alle prime 3 categorie indicate dalle *guidelines* della Corte[59]. Ma questa scelta, che ha consentito di ridurre i tempi di definizione di tali ricorsi e di incamminarsi, almeno per essi, verso il rispetto dei *time-frames* indicati nella dichiarazione di Brighton[60], rischia di lasciare indietro tutti quei «ricorsi potenzialmente fondati» (dunque non dichiarati subito irricevibili in Giudice unico) e, al contempo, non ripetitivi (dunque non attribuiti al Comitato ed alla procedura "semplificata" ma ad una Camera della Corte), che non vertano sugli artt. 2, 3, 4 e 5 §1 Cedu. Se è vero che per il *Comité directeur des droits de l'homme* del Consiglio d'Europa «[l]*a capacité de la Cour à traiter ces affaires est l'un des défis les plus importants posés au système*», dovendo essere, peraltro, assicurato che «*la rapidité de l'examen de telles affaires ne soit pas réalisée au détriment de sa qualité*», non va trascurato che nel 2016 il numero dei ricorsi pendenti innanzi ad una Camera è complessivamente aumentato, sicché – avvisa il report di analisi dei dati statistici del 2016 – la Corte e la sua Cancelleria, dovranno «*continuer à réfléchir à de nouvelles méthodes de travail et à de nouvelles approches pour rationaliser encore les procédures pour les différentes catégories de requêtes*».

Conclusioni

Il quadro che si è delineato può apparire preoccupante. Invero, chi si rivolge alla Corte europea dei diritti dell'uomo, magari dopo essere passato per una defatigante vicenda giudiziaria a livello nazionale per esaurire le vie di ricorso interne, non dovrebbe fare i conti soltanto con lunghi tempi di decisione (che si riducono soltanto per i casi "prioritari") e con l'assenza di ogni rimedio per l'irragionevole durata di tale processo. Il problema, forse più grave, potrebbe piuttosto risiedere nei rischi connessi al formalismo, in una risposta alla domanda di giustizia individuale non conforme alle garanzie del giusto processo o, comunque, frutto di efficientismo piuttosto che di qualità dell'analisi.

Tali impressioni non debbono far dimenticare come rimedi ben più drastici siano stati, in un passato recente, proposti eppure respinti[61]; in quanto impressioni, esse andranno senz'altro riconsiderate all'esito di più approfondita e completa analisi, non possibile in questa sede. Assumendole a mo' di provvisoria conclusione, va, comunque, sin d'ora sottolineato come, per unanime convinzione, alla radice dei problemi qui prospettati vi è senza dubbio l'eccesso di contenzioso risultante dall'inottemperanza (o dall'imperfetta ottemperanza) degli Stati alle sentenze della Corte, in

57. Cfr. N. Hervieu, *Une Cour européenne des droits de l'homme maîtresse de son destin*, in *La revue des droits de l'homme, Actualités Droits-libertés* (12 mai 2014), http://revdh.revues.org/658, §§ 18-30; A. Tickell, *More « efficient » justice at the European Court of Human Rights: but at whose expense?*, in *Public Law*, 2015, pp. 206 ss.; per una valutazione positiva cfr., invece, A.M. Mengual I Mallol, cit., pp. 167 ss.

58. Cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *op. cit.*, p. 372.

59. Cfr. Il documento «La politique de prioritisation de la Cour» www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf: «*I. Les requêtes urgentes (risque pour la vie ou la santé du requérant, autres circonstances liées à la situation personnelle ou familiale du requérant, surtout quand le bien-être d'un enfant est en jeu, application de l'article 39 du Règlement de la Cour) ; II. Les requêtes qui soulèvent des questions susceptibles d'avoir une incidence sur l'efficacité du système de la Convention (et notamment les situations structurelles ou endémiques que la Cour n'a pas encore examinées, procédure de l'arrêt pilote) ou les requêtes soulevant une question importante d'intérêt général (et notamment une question grave qui pourrait avoir des implications majeures pour les systèmes juridiques internes ou pour le système européen), et les affaires interétatiques ; III. Les requêtes dont, à priori, le grief principal soulève des questions sous l'angle des articles 2, 3, 4 ou 5 § 1 de la Convention («noyau dur»)*, qu'elles soient ou non répétitives, et qui impliquent des menaces directes pour l'intégrité physique et le respect de la dignité des personnes»

60. Cfr. *Rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., 34. Secondo la Dichiarazione di Brighton la decisione se comunicare o meno un ricorso dovrebbe essere presa entro l'anno dalla sua proposizione, mentre la pronuncia definitiva dovrebbe essere adottata entro due anni dalla sua comunicazione.

61. Si pensi, ad esempio, alla proposta – ventilata in vista della Conferenza di Brighton – di introdurre nella disciplina del procedimento di ricorso individuare una "*sunset clause*", vale a dire la previsione di automatica cancellazione dal ruolo di tutti i ricorsi non comunicati entro un certo termine, che la Corte aveva da subito fermamente contrastato: cfr. *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012*, punto 33 (www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Opinion_ENG.pdf).

specie quando esse abbiano individuato un problema sistemico nell'ordinamento considerato. Ed ancora, va riconosciuto che difficilmente la Corte di Strasburgo potrebbe confezionare, su larga scala e per tutti i ricorsi che le vengono proposti, un "prodotto" diverso con le risorse che le vengono messe a disposizione (formalmente dal Consiglio d'Europa, ma in ultima istanza) dagli Stati, risorse che negli ultimi quindici anni non sono mai cresciute proporzionalmente rispetto all'incremento dei carichi di lavoro[62]. Al contrario – tornando per un attimo alle vicende di Lussemburgo da cui abbiamo iniziato queste notazioni – si può ricordare come, sul finire del 2015 e anche a seguito dell'introduzione delle azioni risarcitorie per violazione del *délai raisonnable* innanzi al Tribunale dell'Unione, sia stata approvata una riforma destinata nell'arco di un triennio a rafforzarne con ventuno unità il numero dei giudici che lo compongono (cui vanno aggiunti i rispettivi referendari e lo *staff* amministrativo)[63]. Tale riforma – si legge nel comunicato stampa che la annuncia[64] – era necessaria per far fronte ad un incremento di sopravvenienze di circa 300 cause in quattro anni (dal 2010 al 2014), mentre il suo costo era stimabile in 13,5 milioni di euro annui: circa un quinto dell'intero *budget* della Corte di Strasburgo per il 2015[65].

62. Cfr. E. Lambert Abdelgawad, *The Economic Crisis and the Evolution of the System Based on the ECHR*, cit., pp. 79 ss.

63. Cfr. il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 62/15 del 18 novembre 2015 recante modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

64. www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/12/03-eu-court-of-justice-general-court-reform.

65. Circa 69 milioni di Euro, mentre per il 2016 e il 2017 esso supera di poco i 71 milioni di Euro.

Giudicato civile e identità nazionale (appunto con contrappunto sul caso *Taricco*)

di *Remo Caponi*

La tradizione ci ha consegnato l'idea che la sentenza definitiva di merito è l'unico mezzo per l'accertamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio: l'eventuale divergenza tra il diritto sostanziale preesistente e la situazione accertata dalla sentenza passata in giudicato è un fenomeno privo di rilevanza giuridica. Tale idea, già entrata in tensione con la dimensione costituzionale nazionale, è chiamata attualmente a confrontarsi con i piani del diritto internazionale e sovranazionale. Il giudicato civile, come aspetto fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'Unione europea, al di là delle diversità con cui esso si manifesta nei vari ordinamenti nazionali. La protezione del giudicato civile è esposta al bilanciamento con altre garanzie costituzionali. La conformazione che il giudicato assume negli ordinamenti processuali degli Stati membri rientra nella identità nazionale insita nella struttura fondamentale politica e costituzionale di questi ultimi, che deve essere rispettata dall'Unione europea.

1. Premessa

Nell'ambito di una raccolta di saggi dedicati a taluni profili della rilevanza del tempo nel diritto, la direzione della rivista *Questione giustizia* mi ha chiesto di scrivere un breve contributo[1]. Ho pensato di intervenire su un tema di diritto processuale civile meno distante possibile dal caso *Taricco*, poiché mi sembra che quest'ultimo costituisca l'occasione, nonché l'asse portante, di questa raccolta di saggi.

Con la sentenza Taricco[2] la Corte di giustizia dell'Unione europea ha accertato la potenziale incompatibilità della disciplina italiana sulla prescrizione dei reati con il principio della effettività e della dissuasività delle sanzioni che gli Stati hanno l'obbligo di applicare al fine di combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (art. 325 Tfue). Di conseguenza, qualora il giudice ritenga che l'applicazione di tale disciplina pregiudichi l'effettività delle sanzioni «in un numero considerevole di casi», egli è chiamato a non applicarla[3]. Nel frattempo, la Corte costituzionale italiana ha chiesto ulteriori spiegazioni alla Corte di giustizia[4].

La scelta dell'argomento è caduta pertanto, quasi in modo inevitabile, sulla crisi del giudicato civile per effetto di pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

---

1. Le ricerche che hanno condotto a questo contributo hanno ricevuto finanziamenti nell'ambito del progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN) 2012 (2012SAM3KM) sulla «Codificazione dei procedimenti amministrativi», finanziato dal Miur (coordinatore: Prof. Jacques Ziller, Università di Pavia).

2. ECLI:EU:C:2015:555.

3. Riprendo quasi testualmente questa sintesi della pronuncia dal saggio più limpido che mi sia capitato di leggere su questa vicenda: E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali,* a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, pp. 45 ss.

4. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24.

2. Tradizione

Inserisco il punto attuale nella linea che proviene dal passato.

Il processo civile di cognizione si conclude fisiologicamente con l'emanazione di una sentenza che dichiara chi ha ragione e chi ha torto fra le parti e risolve nel merito la controversia in ordine al diritto fatto valere in giudizio. La decisione giurisdizionale della controversia, a partire da un momento determinato nel tempo, non può essere più rimessa in discussione, se non per motivi eccezionali: ci si riferisce – nell'ordinamento italiano – all'acquisto dell'autorità di cosa giudicata, previsto dall'art. 2909 cc, conseguente alla relativa immutabilità della pronuncia, che si verifica con la preclusione dei mezzi ordinari d'impugnazione ai sensi dell'art. 324 cpc. Il processo produce dunque, di regola, un risultato che si caratterizza per la particolare stabilità dei propri effetti.

La tradizione ci ha consegnato l'idea che la sentenza definitiva di merito è l'unico mezzo per l'accertamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio: l'eventuale divergenza tra il diritto sostanziale preesistente e la situazione accertata dalla sentenza passata in giudicato è un fenomeno privo di rilevanza giuridica. L'ingiustizia della sentenza assume rilievo nella pendenza dei mezzi di impugnazione, che sono appunto gli strumenti posti a disposizione dell'ordinamento per rimuovere tale ingiustizia, ma diventa irrilevante una volta che la sentenza sia passata in giudicato. La negazione della rilevanza giuridica della sentenza ingiusta è il dato dogmatico fondamentale della teoria tradizionale del giudicato. Pensiamo alla dottrina classica tedesca, in cui è scoppiata l'accesa contrapposizione tra teoria processuale e teoria sostanziale del giudicato. Gli studiosi erano divisi sulla spiegazione del modo di operare del giudicato, ma un punto era fermo per tutti. Il giudicato è per l'appunto il giudicato. Oltretutto nella lingua tedesca il termine *Rechtskraft* (letteralmente «forza di diritto», «vigore giuridico») esprime plasticamente l'idea che il giudicato guarda l'ordinamento giuridico ad altezza d'occhio: costituisce la quintessenza dell'attuarsi dell'ordinamento nel caso concreto.

3. Crisi

La crisi della dottrina della irrilevanza giuridica della sentenza ingiusta non scoppia solo con il rigoglioso sviluppo odierno delle Corti internazionali. Già dalla metà del secolo XX si è scoperto ciò che è naturale: l'ordinamento giuridico conforma e dimensiona il giudicato, molto più di quanto il primo sia conformato dal secondo. Lo si è riscoperto innanzitutto nell'ipotesi del ribaltamento dell'ordinamento giuridico che aveva incisivamente conformato il giudicato. Il riferimento è a casi storici estremi, ma pur presenti nella realtà storica del secolo XX, quando sotto lo schermo della legalità formale si sono perpetrati i delitti più gravi nei confronti dell'umanità.

Inoltre, come tradizionale presidio di stabilità dell'applicazione giudiziale della legge, il giudicato è chiamato a confrontarsi con il moltiplicarsi dei piani di legalità: sopra a quello della legge ordinaria, si staglia quello della Costituzione e del correlativo controllo affidato ad una Corte costituzionale. Se la legge che il giudice ha applicato per risolvere la controversia viene successivamente dichiarata incostituzionale, che ne deve essere di quel giudicato? È opinione comune che il giudicato civile resista alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata dal giudice. In realtà sul problema non si è riflettuto abbastanza, poiché si è rimasti ancorati all'idea tradizionale dei rapporti esauriti, cioè dei rapporti definiti in modo irretrattabile, sottovalutando la novità di questa ipotesi, che difficilmente può essere appiattita su quella del contrasto del giudicato con una legge sopravvenuta retroattiva.

In questo appiattimento sono parzialmente incorso trent'anni fa nello studiare per il mio primo libro[5]. *Quae iudicata transacta finitave sunt, rata maneant*: è questa la formula del senato-consulto Orfiziano, in cui nella disciplina della successione delle leggi nel tempo non si fa questione di retroattività o di irretroattività della legge, ma di individuazione di quei rapporti che, essendo "esauriti", sono sottratti all'azione dello *ius superveniens*. Trovavo continuamente il riferimento a questo passo del Digesto nella letteratura di diritto intertemporale che trattava dei limiti della legislazione retroattiva. Rimasi vittima di un preconcetto: che si dovesse in ogni caso affermare l'intangibilità del giudicato e che il vero problema consistesse nel trovare una persuasiva giustificazione attuale di questa conclusione. In fondo, era una conclusione costantemente affermata nel corso della storia del diritto, a partire dall'esperienza giuridica romana. Eppure bizzarra e un poco inquietante sarebbe dovuta apparirmi fin da allora la persistenza di questa affermazione nel corso del tempo, nell'avvicendarsi spesso traumatico di epoche storiche, di modelli di società, di regimi politici, di concezioni del diritto.

L'intangibilità del giudicato nei confronti della successiva dichiarazione di incostituzionalità può es-

5. Cfr. R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo,* Milano, 1991, pp. 43 ss.

sere accreditata in modo convincente solo elevando a sua volta la protezione del giudicato al livello di garanzia costituzionale, poiché difficilmente un istituto privo di copertura costituzionale può frapporsi agli effetti della sentenza della Corte costituzionale. Vi sono diversi modi per accreditare la tesi che il giudicato sia protetto da garanzia costituzionale. Il migliore fa leva sulla tutela dell'affidamento delle parti sul carattere definitivo del risultato del processo (art. 3 e 24 Cost.). In effetti il giudicato è un aspetto connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite e risponde essenzialmente all'interesse delle parti, prima di essere un elemento della funzione sovrana dello Stato di rendere giustizia. Il giudicato è, si potrebbe dire, una istituzione sociale prima che statale. Quando le parti domandano ed ottengono un giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo gode di garanzia costituzionale, non per una ragion di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse comune delle parti (vittoriose o soccombenti) a essere lasciate in pace (la parte vittoriosa nel godimento del bene riconosciuto dalla sentenza; la parte soccombente nel non essere più destinataria di ulteriori pretese). L'autorità di cosa giudicata nel settore civile è in via di principio protetta dalla Costituzione, in funzione della tutela della certezza e affidamento che discendono dalla garanzia dello Stato di diritto, non solo nei confronti di successivi interventi retroattivi del legislatore, ma anche nei confronti di successive dichiarazioni di incostituzionalità delle norme applicate dal giudice.

Stato di diritto significa, da un lato, effetto utile del potere esercitato in forma giuridica. Stato di diritto significa, dall'altro lato, anche limite imposto dal diritto al potere. Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base della quale il giudice ha emanato la sua pronuncia.

La soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare tuttavia troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, la garanzia costituzionale del giudicato deve poter essere bilanciata con il valore costituzionale che chiede di essere realizzato attraverso la sentenza della Corte costituzionale, cosicché, certamente in ipotesi particolarmente gravi, si dischiude la prospettiva di un cedimento del giudicato.

4. Giurisdizioni internazionali e sovranazionali

Il tema della crisi del giudicato si arricchisce di un nuovo capitolo con la sovrapposizione di giurisdizioni internazionali e sovranazionali a quella statale.

In questo quadro di ulteriore moltiplicazione dei piani di normatività, si lanciano alle decisioni dei giudici nazionali le sfide più recenti e impegnative. L'idea del giudicato, già entrata in tensione con il sovrapporsi della dimensione costituzionale nazionale e del controllo di costituzionalità affidato alle Corti costituzionali nazionali, è chiamata attualmente a confrontarsi con i piani del diritto internazionale e sovranazionale, il cui rispetto è affidato parimenti al controllo di Corti giudiziarie. Sorge il problema se il giudicato civile possa venire meno per effetto di una pronuncia di una Corte internazionale o sovranazionale la quale accerti che quel giudicato contrasta con il diritto internazionale, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con il diritto dell'Unione europea.

Limito il discorso alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea. Non è possibile in questa la sede esaminare di nuovo le pronunce che, nel corso dell'ultima decade, hanno introdotto eccezioni alla intangibilità del giudicato[6].

Un rinnovato rapido sguardo consente tuttavia di impostare il problema.

5. Giudicato come elemento delle tradizioni costituzionali comuni

Il giudicato civile, come aspetto fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'Unione europea, al di là delle diversità con cui esso si manifesta nei vari ordinamenti nazionali[7]. Pertanto esso fa parte del diritto dell'Unione in quanto principio generale (art. 6, comma 3 Tue). La giurisprudenza della Corte di giustizia considera il giudicato un cardine, al fine di assicurare la certezza del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una buona amministrazione della giustizia. La protezione del giudicato civile è però esposta al confronto e bilan-

6. A quanto mi consta, l'ultima pronuncia di questa serie è *Klausner*, ECLI:EU:C:2015:742. Per un'analisi della giurisprudenza fino al 2009, si rinvia a R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, pp. 239 ss.

7. Cfr. per tutti R. Stürner, *Rechtskraft in Europa*, in *Festchrift für Rolf A. Schütze*, München, 1999, p. 913.

ciamento con altre garanzie costituzionali. Il valore della definitiva composizione della controversia e l'affidamento che le parti vi ripongono possono essere compressi in circostanze eccezionali. In relazione al diritto dell'Unione europea, si può intravvedere il lento consolidamento di una tendenza verso la compressione del giudicato civile nazionale dinanzi ad esigenze di ordine pubblico dell'Unione (tendenza già matura nel settore del divieto degli aiuti di Stato).

La conformazione che il giudicato assume negli ordinamenti degli Stati membri rientra nella identità nazionale insita nella struttura fondamentale politica e costituzionale di questi ultimi, che deve essere rispettata dall'Unione europea (art. 4, comma 2, Tue). Tuttavia, la salvaguardia della identità nazionale degli Stati membri non è frutto di opera solitaria delle istituzioni dell'Unione, ma di leale cooperazione tra Unione e Stati membri (art. 4, comma 3, Tue). Uno strumento fondamentale di questa opera dialogica di ricostruzione dell'identità nazionale, ove entri in gioco il rapporto tra Corte di giustizia e Corti nazionali, è il rinvio pregiudiziale (art. 267 Tfue)[8].

Il rispetto della identità nazionale deve essere sottratto a una sterile contrapposizione frontale del potere di dire l'ultima parola e non deve essere oggetto di una specie di riserva di sovranità nazionale che si impone dall'esterno sul diritto dell'Unione europea (idea che è ancora frequentemente propria della dottrina dei controlimiti). Esso deve essere invece consegnato al piano pragmatico di una fruttuosa e schietta collaborazione, vissuta nella quotidianità dei rapporti tra Corti nazionali e Corte di giustizia (nonché, se del caso, Corte europea dei diritti dell'uomo), caratterizzata in un circuito di apprendimento reciproco, nonché da una disputa discorsiva tesa alla ricerca della soluzione migliore, calibrata sul caso concreto che si offre a giudizio[9].

L'identità nazionale è un qualcosa di essenzialmente dinamico, essendo sottoposta a evoluzione, derivante non solo dai cambiamenti della realtà sociale e normativa di un dato ordinamento statale, ma anche (e forse soprattutto, in questo momento storico) dall'appartenenza di quest'ultimo all'Unione europea, nonché, in ultima analisi, dagli stessi risultati dell'apprendimento reciproco generato dal dialogo tra Corti nell'occasione del caso concreto.

Non ho le competenze tecniche dello studioso di diritto dell'Unione europea, né di diritto penale, né di diritto costituzionale. Non mi affretto quindi a prendere posizione nel cantiere affollato di voci sul caso Taricco. Mi illudo però che le conclusioni appena raggiunte possano indicare un approccio utile anche in tale vicenda.

8. I. Pernice, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischer Union*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 136 (2011), pp. 185 ss., specie p. 214.

9. Per un più ampio discorso, v. R. Caponi, *La tutela della identità nazionale degli stati membri dell'Ue nella cooperazione tra le Corti: addio ai "controlimiti"?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, pp. 915 ss.

La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea

di *Paolo Ferrua*

Il tema della ragionevole durata del processo è oggetto di due importanti precetti sovraordinati: l'art. 111, comma 2, Cost. secondo cui la «La legge [...] assicura la ragionevole durata [del processo]» e l'art. 6, par. 1, Cedu in base al quale «Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge»

1. Il principio della ragionevole durata del processo nella Costituzione

Il tema della ragionevole durata del processo è oggetto di due importanti precetti sovraordinati: l'art. 111, comma 2, Cost. secondo cui la «La legge [...] assicura la ragionevole durata [del processo]» e l'art. 6, par. 1, Cedu in base al quale «Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge»[1].

Sono precetti ispirati ad una logica ben diversa sia dal punto di vista strutturale sia sotto il profilo degli obblighi che ne derivano e del sindacato sulla loro inosservanza.

Nella Costituzione il principio della ragionevole durata è espresso come connotato oggettivo di un processo svolto nel contraddittorio, davanti a giudice terzo ed imparziale. Letteralmente intesa, la formula riguarderebbe, nel settore penale, solo il processo in senso stretto, che inizia con l'esercizio dell'azione; ma logicamente la previsione va estesa al processo in senso ampio, che include anche gli atti dell'indagine preliminare (per la quale il codice di rito prevede termini di durata massima). Rispetto alla corrispondente formula della Convenzione europea si nota una differenza di notevole rilievo: mentre nella prima la garanzia è costruita come un diritto soggettivo, immediatamente azionabile («Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole...»), la disposizione costituzionale impegna «la legge [ad] assicura[re] la durata ragionevole [del processo]».

La formula è conseguente al tipo di controllo svolto dalla Corte costituzionale; la quale non può sindacare la durata del singolo processo, ma esclusivamente disposizioni che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue, non giustificate né da esigenze repressive né da garanzie difensive. Con risultati esigui, nel complesso: il controllo della Corte, salvo i casi di scelte palesemente irrazionali, incontra un limite nel potere discrezionale del legislatore di scandire tempi e modi delle fasi processuali[2]; e la cronica lentezza della nostra giustizia, più che dalla disciplina legale, dipende da difetti di gestione, da insufficienza delle strutture, insomma da ragioni "organizzative" (per le quali si

1. Una formula sostanzialmente analoga a quella della Cedu è contenuta nell'art. 14, par. 2, del Patto internazionale: «Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: [....] *c)* ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo».

2. La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che «il legislatore, nel regolare il funzionamento del processo, dispone della più ampia discrezionalità, sicché le scelte concretamente compiute sono sindacabili soltanto ove manifestamente irragionevoli» (così ord. 32 del 2001; ord. 7 del 1997).

dovrà sempre, in via di principio, ricorrere alla Corte europea cui compete valutare in concreto i tempi del processo)[3].

Il precetto costituzionale, pur vincolando il legislatore, resta di fatto programmatico[4] e privo di indicazioni sulle concrete modalità di attuazione del principio; le quali, naturalmente, dovrebbero svilupparsi più in positivo, attraverso misure volte ad accelerare il corso del processo, che in negativo, tramite sanzioni per l'irragionevole durata. Da questo punto di vista, come si vedrà[5], nonostante l'idea sia più volte affiorata, dovrebbe escludersi la possibilità di sanzionare con l'improcedibilità il superamento di determinati termini fissati per le varie fasi del processo. Del tutto giustificata, pur nella difficile compatibilità con le risorse, è, invece, la previsione, contenuta nella legge Pinto[6], di un indennizzo all'imputato il cui processo abbia subito ingiustificati ritardi processuali; né, in ipotesi del genere, sarebbe incompatibile con i principi del sistema un'eventuale riduzione della pena al condannato.

L'impegno alla ragionevole durata non rappresenta soltanto un diritto della persona coinvolta nel processo, ma anche una garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia. Qualcuno ritiene arbitraria questa lettura della ragionevole durata; si tratterebbe di «una interpretazione che stravolge la gerarchia dei valori costituzionali e trasforma il principio dello *speedy trial*, sorto in funzione di garanzia dell'individuo contro gli abusi derivanti dal protrarsi ingiustificato del processo, in una sorta di congegno al servizio della difesa sociale, idoneo a prevalere sui diritti dell'imputato, con buona pace della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e di tutte le altre Carte internazionali»[7].

L'intento da cui muove la critica parrebbe lodevole: evitare che in nome della speditezza processuale si vanifichi l'inviolabile diritto di difesa. Rischio degno della massima attenzione che occorre guardarsi dal sottovalutare; come, peraltro, non va neppure sottovalutato l'opposto rischio – eloquentemente documentato, per chi ne dubitasse, da diversi disegni di legge presentati in passato, come il progetto sul cd. "processo lungo"[8] – che l'incontrollata proliferazione delle "garanzie difensive" finisca di fatto per paralizzare il corso dei processi.

Sennonché si può tranquillamente escludere che una corretta impostazione del tormentato rapporto tra garanzie difensive e ragionevole durata possa essere raggiunta, negando a quest'ultima la natura di canone oggettivo; altro, ovviamente, è sostenere, con solido fondamento, che essa sia *anche* un diritto dell'imputato. Per almeno due ragioni.

Anzitutto, l'opinione è in netto contrasto con la direttiva dell'art. 111, 2° co., Cost., come si ricava dal raffronto col diverso tenore della Convenzione europea che esprime il medesimo valore in chiave di semplice diritto soggettivo. «La legge ne [del processo] assicura la ragionevole durata», dice il primo testo. «Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole», recita il secondo. Difficilmente si troverebbe un esempio migliore per illustrare come una stessa garanzia possa essere alternativamente formulata in senso oggettivo e soggettivo; con la differenza che la formulazione "oggettiva" non esclude, ma assorbe quella "soggettiva", in quanto ciò che oggettivamente è connotato del processo diventa di per sé *anche* diritto dell'imputato, mentre non vale di regola l'inverso[9]. Nulla di male a preferire la versione "soggettiva"; ma, poiché a torto

3. Sul punto v. M.G. Aimonetto, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 38.

4. Espressivo di una «retorica del desiderabile»', secondo le parole di Franco Cordero, *Procedura penale*, cit., 1295.

5. *Infra*, par. 5.

6. L. 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile).

7. E. Amodio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 797 ss.; Id., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1422, dove si polemizza con «l'erronea qualificazione» della ragionevole durata «come garanzia oggettiva dettata nell'interesse dell'ordinamento». Nello stesso senso, S. Maffei, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, La Tribuna, Piacenza, 2003, pp. 290 ss.

8. Così il ddl S/2567 d'iniziativa dei deputati Lussana, e altri approvato dal Senato il 29 luglio 2011 recante *Modifiche agli articoli 190, 238-bis, 438, 442 e 495 del codice di procedura penale e all'articolo 58-quater della legge 26 luglio 1975, n. 354*, il cui art. 1, comma 2, riconosce al giudice il potere di escludere solo le prove «vietate dalla legge e [...] quelle manifestamente non pertinenti» (dunque, non quelle manifestamente superflue).

9. Sulla ragionevole durata come garanzia «oggettiva» v., già con riguardo all'analoga formula del progetto approvato dalla Commissione bicamerale, P. Ferrua, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, pp. 169 ss.; in rapporto all'art. 111 Cost., cfr. V. Grevi, *Alla ricerca di un processo*, cit., p. 326 ss.; Id., *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto*

o a ragione è prevalsa quella oggettiva, bisogna prenderne atto. Anche al *wishful thinking* c'è un limite, per lo meno tecnico, rappresentato dalla chiara lettera della Costituzione[10].

La seconda ragione è che la dimensione oggettiva della ragionevole durata è così strutturalmente congenita al processo che, seppure la Costituzione non l'avesse specificamente espressa, discenderebbe dal più generale principio di ragionevolezza enucleabile dall'art. 3 Cost. Che la durata del processo debba essere "ragionevole" corrisponde – pur nell'indeterminatezza del predicato – ad una elementare condizione di efficienza, mancando la quale il processo negherebbe se stesso. In questo senso si è più volte pronunciata la Corte costituzionale ben prima della riforma dell'art. 111 Cost.[11]; così, ad esempio, già con la sentenza 353 del 1996 in tema di rimessione del processo, quando censurò l'assenza nella disciplina codicistica di un «equilibrio fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice, (...) posto che il possibile abuso processuale determina la paralisi del procedimento, tanto da compromettere il bene costituzionale dell'efficienza del processo, qual è enucleabile dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, e il canone fondamentale della razionalità delle norme processuali».

Sostenere che lo svolgimento del processo in tempi ragionevoli sia semplicemente un diritto della parte e non *anche* un'obiettiva esigenza di buona amministrazione della giustizia non significa soltanto proporre una tesi contraddetta dall'art. 111 Cost., ripetutamente smentita dalla Corte costituzionale e priva di ogni fondamento razionale. Equivale, di fatto, a indebolire pericolosamente la linea di resistenza contro gli attacchi alle garanzie difensive, proprio nella parte in cui illusoriamente si pretende di negare *a priori* ogni possibile conflitto tra queste e l'istanza di ragionevole durata, eludendo la ricerca, difficile ma proficua, dei criteri di priorità e di equilibrio tra i diversi valori del "giusto" processo.

2. Ragionevole durata e garanzie del giusto processo: il bilanciamento tra principi

Il vero problema, dunque, è quello di definire il rapporto tra la ragionevole durata e le altre garanzie del "giusto" processo. Un punto fermo deriva dalla distinzione dworkiniana tra principi e regole [12].

I principi sono proposizioni normative ad elevato grado di genericità (a fattispecie aperta), applicabili nella forma del "più-o-meno", quindi con la massima espansione o restrizione; ad esempio, sono principi quelli fissati dal comma 2 dell'art. 111 Cost. (il contraddittorio, genericamente inteso come diritto di difesa, la terzietà-imparzialità del giudice, la parità tra le parti, la ragionevole durata). Le regole sono proposizioni normative ad elevata specificità (a fattispecie chiusa, secondo il modello «Se A, allora segue B»),

processo» penale, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3204 ss.; E. Marzaduri, *La riforma dell'art. 111 Cost.*, cit., pp. 773 ss.; A. Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1540 ss.; F. Siracusano, *La durata ragionevole del processo*, cit., pp. 757 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 6ª ed., Milano, 2005, p. 45; P. Ferrua, *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in *Questione giustizia* (edizioni Franco Angeli), 2003, pp. 453 ss.; Id. *Il 'giusto processo'*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 108 ss. Per un'ampia analisi dei rapporti tra prescrizione e ragionevole durata del processo v. D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 507 ss.; Id., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, *ibidem*, pp. 951 ss.

10. Ma – si obietta – «vi sono altre norme costituzionali redatte nella stessa forma dell'art. 111, 2° co., Cost. rispetto alle quali, pur in mancanza di una precisa indicazione dell'imputato quale destinatario della tutela, nessuno ha mai pensato di parlare di garanzia oggettiva. Si veda ad esempio, l'art. 13, ult. co., Cost. in cui si prevede che «la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva» (così E. Amodio, *Ragionevole durata del processo*, cit., p. 797, nota 4); e, ancora, nella nostra Costituzione «tutte le norme concernenti il processo penale sono concepite come garanzie della persona chiamata a rispondere di un fatto di reato (presunzione di non colpevolezza; libertà personale, diritto di difesa, precostituzione del giudice naturale)» (*ibidem*, p. 798). Discorso poco convincente, perché proprio quegli esempi rafforzano, semmai, l'opposta conclusione. È difficile sostenere che le garanzie costituzionali sulla libertà personale – inclusa quella relativa ai limiti massimi di custodia cautelare – corrispondano soltanto a diritti dell'imputato e non anche a garanzie oggettive di giustizia. Altrettanto dicasi per il principio del giudice naturale precostituito per legge che nel processo penale, data l'indisponibilità della *res iudicanda*, assume inevitabilmente il doppio volto di diritto e di garanzia oggettiva; per la presunzione di non colpevolezza dalla quale derivano regole di trattamento processuale e criteri di giudizio che corrispondono ad altrettante esigenze oggettive di giustizia; e, in certa misura, persino per la difesa dell'imputato, se è vero che l'assistenza del difensore rappresenta, come affermato dalla Corte costituzionale (sent. 125 del 1979 e sent. 188 del 1980), una garanzia oggettiva per il corretto svolgimento del giudizio.

11. Al riguardo v. ampiamente P. Gaeta, *Durata ragionevole del processo e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia (*edizioni Franco Angeli*)*, 2003, pp. 1135 ss.

12. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* [1977], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 93 ss. La distinzione è ripresa, nei rapporti tra diritto di difesa ed efficienza del processo, da R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 558 ss.; v., altresì, F.M. Iacoviello, *Giusto processo? Alcune domande ...*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 423 ss.

applicabili nella forma del "tutto-o-niente", quindi destinate ad essere osservate o trasgredite, senza scelte intermedie.

Nessun effetto riduttivo può, pertanto, esercitare il principio della ragionevole durata sull'attuazione dei precetti costituzionali espressi in forma di regola o, comunque, nella parte in cui racchiudano una regola. Le regole, infatti, a differenza dei principi, sono soggette ad eccezioni, ma per la loro stessa struttura sfuggono al bilanciamento che è, invece, la tecnica di attuazione dei principi. È il caso, ad esempio, del contraddittorio nella formazione della prova che, pur definito «principio» dalla Costituzione, è in realtà una *regola*; o meglio, è principio dove, *in positivo*, demanda al legislatore la scelta degli strumenti idonei a realizzare il metodo dialettico (tempi e modi dell'esame incrociato, ecc.); ma è regola dove, *in negativo*, estromette dal quadro decisorio le dichiarazioni segretamente raccolte dagli organi investigativi. E, a maggior ragione, è regola lo specifico criterio di valutazione contenuto nella seconda parte della medesima disposizione («La colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni...»). Proprio perché si tratta di *regole*, sufficientemente determinate e, come tali, sottratte al *trade-off* con interessi concorrenti, è impensabile un bilanciamento con le esigenze di ragionevole durata.

Ben diverso il discorso per i principi del "giusto" processo contemplati nel 2° co. dell'art. 111 Cost.: l'imparzialità-terzietà del giudice, il contraddittorio, genericamente inteso come proiezione del diritto di difesa, la parità delle parti, la ragionevole durata del processo.

In quanto principi, fungono da precetti di ottimizzazione, ossia da norme volte a prescrivere che qualcosa sia realizzato nella misura del possibile, in modo più o meno ampio a seconda del "peso" attribuito ai principi concorrenti. Per questa ragione sono inderogabili, ma soggetti al bilanciamento o alla ponderazione, che rappresentano per essi ciò che l'eccezione è rispetto alle regole[13]. Nessun giudice può essere "parziale", nessuna procedura lesiva del diritto di difesa, indifferente alla ricerca della verità o scandita in tempi irragionevoli; mentre esistono eccezioni al contraddittorio come regola di esclusione probatoria. Se attentamente bilanciati, i principi del "giusto" processo si compongono in un rapporto di solidarietà che li rafforza reciprocamente; anche perché almeno tre di essi sono strettamente interdipendenti (funzione cognitiva, imparzialità, diritto di difesa). Ma guai se, ignorando questa esigenza, si pensasse di attuarli unilateralmente, nella prospettiva di un'illimitata espansione dell'uno o dell'altro valore. L'esito sarebbe disastroso.

All'insegna dell'imparzialità, ossessivamente perseguita, si potrebbe vietare al giudice qualsiasi intervento d'ufficio nell'istruzione dibattimentale, persino le domande rivolte *in extremis* ai testimoni, con evidenti rischi per la completezza dell'accertamento; e, ancora, si potrebbero estendere a dismisura le cause di ricusazione, di incompatibilità e di rimessione del processo; e fulminare con la nullità assoluta l'inosservanza di qualsiasi disposizione che direttamente o indirettamente appaia preordinata alla tutela dell'imparzialità del giudice.

Analogo discorso vale per il diritto di difesa, esasperando il quale si potrebbe anticipare al momento stesso della notizia di reato l'informazione di garanzia; vietare l'applicazione di qualsiasi misura cautelare *inaudita altera parte*; affermare l'incondizionato diritto delle parti all'assunzione di ogni prova dedotta, anche se manifestamente superflua o irrilevante; e, ancora, consentire l'immediato ricorso in Cassazione contro ogni decisione incidentalmente assunta nella fase del giudizio, con contestuale sospensione del processo. E si possono facilmente immaginare le grottesche simmetrie a cui condurrebbe un'attuazione cieca e letterale del principio di parità tra le parti: ad esempio, l'obbligo del difensore di produrre anche gli elementi a carico del proprio assistito, eventualmente emersi nell'investigazione, o al contrario la facoltà del pubblico ministero di tacere gli elementi a favore dell'indagato; e così via, sino alla trasformazione del difensore in un pubblico ufficiale o, all'inverso, del pubblico ministero in una sorta di avvocato della persona offesa.

3. Il valore "sussidiario" della ragionevole durata

Naturalmente non tutti i principi stanno sullo stesso piano. Funzione cognitiva del processo, imparzialità del giudice, diritto di difesa, sono primari valori di giustizia. La ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, come condizione di efficienza, qualità avverbiale di una giustizia che può essere più o meno tempestiva[14]. Il termine "sussidiario" non va inteso in senso riduttivo, designa semplicemente un ordine logico, una cadenza nella definizione dei valori. Il

13. Qui ci si riferisce al bilanciamento operato dal legislatore e non a quello svolto in sede interpretativa dal giudice o dal giurista.

14. Per una critica alla tesi, qui sostenuta, sul carattere "sussidiario" della ragionevole durata, G. Riccio, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4524 ss.

concetto di "ragionevole durata" implica *già* la scelta di un modello processuale, caratterizzato da certe garanzie (come il contraddittorio davanti a un giudice imparziale, il diritto all'impugnazione nei limiti previsti dall'art. 111, 7° co., Cost. e dall'art. 14, 5° co., del Patto internazionale sui diritti civili e politici[15], ecc.); e può quindi essere definito solo a partire da quel modello che va *prioritariamente* individuato[16]. Sarebbe assurdo tentare di definire *prima* una nozione di ragionevole durata, a cui *poi* adattare le garanzie del "giusto" processo. Anteposta al contesto delle garanzie, l'idea di ragionevole durata risulta assolutamente vuota, capace di sospingere, nella sua arbitrarietà, verso esiti di giustizia sommaria. E lo documenta, nella stessa fraseologia dell'art. 111, comma 2, Cost., anche la circostanza che il principio della ragionevole durata sia collocato, in una frase separata e successiva, dopo i principi del contraddittorio, della parità tra le parti, della terzietà e imparzialità del giudice.

Ma il rapporto di priorità non esclude l'esigenza del bilanciamento che anzi traspare dalla stessa qualifica di "ragionevole"[17]. Occorre individuare, per ciascun valore primario, il nucleo essenziale delle garanzie, coerenti con il modello di riferimento, in relazione alle quali la durata del processo non può mai dirsi irragionevole (l'essenza del contraddittorio, ad esempio, sta nel confronto di argomenti su ogni tema decisorio, nella pratica comunicativa espressa dall'aurea regola dell'*audi et alteram partem*). Dopodiché, nessun divieto di accrescere quel nucleo, ma impegno a ponderare attentamente le ripercussioni che il *surplus* di garanzie comporta sui tempi processuali[18].

Tutto ciò significa – per rispondere a un interrogativo ricorrente – che il diritto di difesa possa subire limitazioni a causa delle esigenze di ragionevole durata? Bisogna intendersi. Il diritto di difesa, in quanto principio, non è soggetto ad eccezioni; ed è, anzi, definito inviolabile dalla stessa Costituzione. Impensabile, dunque, scalfirlo in nome dell'efficienza o di altri valori. Ma è altrettanto vero che, per la sua stessa natura di principio, il diritto di difesa può illimitatamente espandersi; e le garanzie che lo compongono accrescersi all'infinito, sino a paralizzare di fatto la giustizia[19]. Naturale, quindi, che anche la ragionevole durata debba rappresentare un limite, non al diritto di difesa in quanto tale, ma all'incontrollata proliferazione delle garanzie in cui potenzialmente esso si realizza; così come, su un piano più generale, il medesimo valore impone il giudicato, l'irrevocabilità della decisione quale barriera ad una pretesa di ricerca della verità che, assunta come unico riferimento, porterebbe all'esperienza del processo senza fine (nella scienza le teorie, per quanto solide e verificate, sono sempre rivedibili). Insomma, proprio perché non sono ipotizzabili eccezioni, il solo freno all'espansione di questo o quel principio è dato dal gioco del reciproco bilanciamento[20].

4. Etica professionale e ragionevole durata del processo

L'impegno del legislatore al bilanciamento tra i diversi principi è tanto più importante perché, una

15. Ai sensi del quale «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un Tribunale di seconda istanza in conformità della legge». Difficilmente possono considerarsi compatibili con il diritto al "riesame" i limiti a cui soggiace la denuncia del vizio di motivazione in sede di ricorso, quando la condanna sia stata pronunciata per la prima volta in grado di appello: cfr. P. Ferrua, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 964 ss.

16. Per un'opposta lettura del rapporto di priorità v. V. Grevi, *Alla ricerca di un processo*, cit., p. 327, secondo cui l'esigenza della ragionevole durata riveste, tra le «garanzie qualificanti del modello desumibile dall'art. 111 Cost., (...) un rango logicamente prioritario rispetto alle altre». Se così fosse, queste ultime sarebbero a forte rischio.

17. Sulla ragionevole durata, anche in rapporto agli orientamenti della Corte di Strasburgo, M. Chiavario, voce «Giusto processo (processo penale)», in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 2001, p. 9.

18. Ovviamente, non è solo in questo senso che si esplica la tutela della ragionevole durata: prioritari sono gli interventi sul diritto sostanziale (depenalizzazione e causa di non punibilità per irrilevanza del fatto), sul terreno organizzativo e delle risorse; e ancora, quanto al processo, la semplificazione dei vuoti formalismi (a partire dal settore delle notificazioni, appesantite da macchinosi rituali ormai superati dal progresso tecnologico). Per una serie di possibili rimedi v. M. Cusatti, *La ragionevole durata del processo penale dopo la modifica dell'art. 111 della Costituzione*; G. Salvi, *Dieci spunti di riflessione sulle garanzie nella fase delle indagini (e non solo...)*, in *Questione giustizia* (edizioni Franco Angeli), 2002, pp. 1255 ss.

19. Sul bilanciamento tra garanzie e durata ragionevole, v. P. Ferrua, *Il «giusto» processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 401 ss.

20. Persino il diritto alla salute, sicuramente prioritario sulle esigenze di economia e di efficienza, subisce quotidianamente dei bilanciamenti: avviene quando si decide sui limiti alla circolazione dei veicoli, sull'uso e sullo smaltimento di sostanze velenose, sulla sicurezza industriale ecc. (S. Lukes, *Sul* trade-off *tra i valori*, in *Kéiron*, 1999, pp. 20 ss.).

volta definite le garanzie, non si può pretendere che siano l'imputato e la sua difesa a regolarne l'uso in termini compatibili con la ragionevole durata del processo. Nessun dovere esiste da parte del difensore, né tanto meno dell'imputato, di contribuire ad agevolare la pronuncia di una sentenza nel merito. Anzi, quando la condanna appaia probabile, è prevedibile che la difesa si avvalga di ogni mezzo legale per ritardarla o schivarne gli effetti, incluso quello di decelerare deliberatamente il corso del processo allo scopo di guadagnare la prescrizione del reato; né potrebbe immaginarsi un intervento del giudice o di altra autorità per sindacare l'esercizio puramente dilatorio delle garanzie difensive o, comunque, bilanciarlo con le esigenze di ragionevole durata. Non a caso l'invito ad assicurare la ragionevole durata è rivolto al legislatore e non ai soggetti del processo. Il fatto che l'imputato e il suo difensore possano usare in senso distorsivo le garanzie rappresenta, alla lunga, una riprova della superiorità etica dei valori liberali sotto la cui egida si svolge il processo penale.

Naturalmente esistono diversi stili e tecniche. Un conto sono le richieste probatorie, le eccezioni sulla validità degli atti, le istanze di rinvio, l'impugnazione dei provvedimenti; altro sono scelte aggressive come la ricusazione del giudice per motivi palesemente infondati. Nondimeno, quale che sia la tattica ostruzionistica, è pressoché impossibile individuarvi un contegno deontologicamente censurabile, per lo meno sino a quando non si esprima nell'allegazione di fatti scientemente falsi o in atteggiamenti di gratuito discredito verso testimoni, controparti e magistrati[21]. Le garanzie sono a disposizione delle parti; e seppure si riuscisse a documentare che il loro uso è stato puramente dilatorio – impresa sempre ardua, come accade quando si discute sui "fini" e sulle "intenzioni", dunque su un interno psichico – la cosa resterebbe irrilevante. Le finalità di chi propone una domanda, che la legge gli consente di proporre, sono insindacabili, prima ancora che imperscrutabili; il solo tema pertinente è se sussista o no il diritto che s'invoca, ossia se la richiesta abbia fondamento; e la sanzione per l'"abuso" sta nel provvedimento del giudice che la rigetta o la dichiara inammissibile.

Nel tentativo di porre un limite alle manovre ostruzionistiche si è osservato che «l'avvocato potrà puntare legittimamente, chiedendo per esempio supplementi istruttori, alla prescrizione del reato; ma non fino al punto da sabotare il processo con pratiche dilatorie palesemente dirette al *solo* scopo di impedirne lo svolgimento»[22]. La distinzione può, senza dubbio, rappresentare un prezioso criterio di riferimento, un ideale regolativo per l'azione del difensore. Ma, come strumento sanzionatorio dell'abuso, si rivela di fatto impraticabile, tanto se imperniata sul vago e sfuggente discrimine tra intento "puramente" dilatorio e intento "occasionalmente" dilatorio, quanto se imperniata sulla differenza tra rallentamento e blocco del processo (ogni processo giunge, presto o tardi, alla sentenza, anche se questa registra la prescrizione del reato, come effetto appunto della decelerazione). Bisogna, inoltre, tener conto che i più aggressivi espedienti dilatori – come la ricusazione o la richiesta di rimessione del processo – sono tipici atti della parte, per i quali è da escludere una parallela e autonoma legittimazione del difensore se non come *nuncius* della volontà dell'interessato[23]; e riesce difficile ipotizzare un obbligo del difensore di rinunciare al mandato, quando l'imputato eserciti pratiche puramente ostruzionistiche (anche perché l'imputato deve comunque essere difeso). In breve, perseguire la prescrizione del reato con richieste palesemente dilatorie o infondate è un problema di coscienza che non implica alcuna violazione deontologica.

Ma se l'uso strumentale delle garanzie non può essere motivo di censura per i difensori, tocca alla legge evitare che ne derivino effetti rovinosi sul processo[24]. Dove non può esistere un'etica del difensore – sul terreno del bilanciamento tra garanzie ed efficienza – deve esisterne una del legislatore, nel rispetto dei rapporti di priorità e di equilibrio già illustrati. La sede ideale per svilupparla è l'organica e indifferibile revisione del codice di rito, ormai disarticolato dai continui ritocchi legislativi e dalle sentenze costituzionali.

---

21. Per interessanti rilievi v., da diverse prospettive, S. Chiarloni, *Divergenze e concordanze nella cultura del diritto di difesa per il processo civile e per il processo penale*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, fasc. 3, pp. 43 ss.; E. Randazzo, *Deontologia e tecnica del penalista*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 158 ss.; G. Salvi, Relazione su *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali*, Convegno dell'Unione delle Camere penali, Modena 5-6 aprile 2002, in www.camerepenali.it. Più in generale, sui due classici e opposti modelli deontologici di avvocato, quello conflittuale e quello collaborativo, cfr. il volume collettaneo G. Zanetti (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2003, pp. 115 ss.

22. L. Ferrajoli, in Zanetti (a cura di), *Elementi di etica*, cit., p. 144.

23. Così, con riguardo alla ricusazione, Sez. Un., 5 ottobre 1994, Battaggia, in *Foro it.*, 1995, II, p. 217.

24. Il problema, ovviamente, si pone anche sul fronte del pubblico ministero (si pensi al ritardo nell'iscrizione delle notizie di reato e agli artifici volti ad aggirare i tempi delle indagini); con la differenza che qui regole deontologiche e illecito disciplinare possono assumere ben diversa ampiezza, data la natura dell'organo e le finalità generali che persegue la sua azione (sul tema v. ora E. M. Catalano, *L'abuso del processo*, cit., pp. 138 ss.).

5. Prescrizione processuale

All'interno del nostro sistema costituzionale la prescrizione non può certo essere ritenuta un mezzo per garantire la durata ragionevole del processo, con la quale ha poco a che spartire; o, meglio, i suoi effetti sui tempi del processo sono indiretti, nel senso di favorire, di fatto, una selezione delle cause da trattare con priorità. In quanto causa di estinzione del reato e non del processo, ha carattere sostanziale, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale[25]; e si giustifica sulla base dell'effetto negativo che il decorso di un lungo tempo dal momento del fatto esercita sia sotto il profilo della perdita di interesse a perseguire il reato sia per l'usura delle fonti di prova. A seconda degli umori politici o delle emergenze di giustizia i tempi della prescrizione sono spesso ritoccati, ora nel senso dell'allungamento ora nel senso della loro riduzione; così come, periodicamente, si discute sulla possibilità di interromperne definitivamente il decorso dopo l'esercizio dell'azione penale o dopo la condanna di primo o di secondo grado.

Come prevedibile, alle proposte volte ad interrompere la prescrizione del reato con l'inizio del processo o di una sua determinata fase si obietta che, caduti i termini di prescrizione, l'imputato sarebbe esposto al rischio di una protrazione indeterminata dei tempi del processo. Per superare l'obiezione, il rimedio spesso suggerito è quello di convertire la "prescrizione del reato", nel momento stesso in cui viene interrotta, in "prescrizione del processo", articolata fase per fase, secondo termini di durata massima che tengano ragionevolmente conto delle esigenze di accertamento; superati quei termini, il giudice dovrebbe dichiarare, con sentenza di non doversi procedere, l'estinzione del processo. Soluzione non inedita perché già nelle precedenti legislature[26] erano stati presentati in questo senso diversi progetti di varia origine politica[27]: con la variante che, mentre in alcuni la prescrizione del processo non escludeva, ma operava congiuntamente alla prescrizione del reato, in altri con maggiore coerenza si subordinava il decorso della prescrizione del processo all'interruzione della prescrizione del reato.

Il vizio di fondo, che affligge queste ricorrenti proposte, è presto detto. A fronte dell'obbligatorietà dell'azione penale, non ha senso, anzi è profondamente contraddittorio, prevedere un'estinzione del processo per decorso del tempo che operi a fianco o in alternativa alla prescrizione del reato. L'azione penale è una domanda di accertamento e in tanto può dirsi "obbligatoria" in quanto al suo valido esercizio segua l'accertamento, positivo o negativo, del reato. Il decorso del tempo può impedirlo, senza ledere il principio di obbligatorietà, *solo* in quanto estingua il reato, come accade con la prescrizione; estinto il reato, l'accertamento nel merito ha un senso solo in quanto lo chieda l'imputato o già sussistano le condizioni per il proscioglimento con formula più favorevole.

Spetta al legislatore stabilire, con ragionevole discrezionalità, i tempi di prescrizione del reato e il loro decorso all'interno del processo. Si dice impropriamente che, estinto il reato, si estingue anche il processo; ma è inesatto perché il processo non si estingue, ma si conclude con una sentenza che dichiara l'estinzione del reato; e la stessa estinzione del reato, conseguente alla prescrizione, non impedisce ogni accertamento del merito, dovendo il giudice prioritariamente verificare se l'imputato non debba essere assolto perché non ha commesso il fatto, il fatto non sussiste o non costituisce reato. Sebbene il codice preveda, per l'estinzione del reato, una sentenza di non doversi procedere, non si tratta di una "improcedibilità" nel senso proprio della parola, perché, se fosse tale, impedirebbe qualsiasi accertamento di merito; nella tripartizione sentenze di improcedibilità, sentenze di proscioglimento, sentenze di condanna, la sentenza che dichiara l'estinzione del reato appartiene a pieno titolo alle seconde e non alle prime[28].

25. Da ultimo, sulla natura sostanziale della prescrizione, Corte cost. ordinanza n. 24 del 2017. A favore della natura processuale è, invece, orientata la Corte di Giustizia (Grande Camera, 8 settembre 2015, Taricco, n. C-105/14).

26. Ddl S/878 del 26 luglio 2006, d'iniziativa dei senatori Brutti, Finocchiaro ed altri («Abrogazione della legge 5 dicembre 2005, n. 251, e disposizioni in materia di prescrizione del reato»); ddl S/260 del 20 giugno 2001, d'iniziativa dei senatori Fassone, Ayala ed altri («Nuova disciplina della prescrizione del reato») e ddl S/2699 del 22 gennaio 2004, d'iniziativa dei senatori Fassone, Ayala ed altri («Disposizioni in materia di prescrizione del reato alla luce del principio di "ragionevole durata" del processo»).

27. Criticamente, sul catalogo delle esclusioni soggettive e oggettive dal regime 'privilegiato', sui tempi non correttamente calibrati e sull'assenza di una congrua disciplina transitoria, A. Castaldo, *Sul processo breve troppe distorsioni*, in *Sole-24 ore,* 3 gennaio 2009.

28. La legge distingue tra proscioglimento che rappresenta il *genus* e assoluzione che riguarda specifiche formule liberatorie. Ma, in realtà, ferma restando la diversa rilevanza delle formule (anche agli effetti civili), assoluzione e proscioglimento sono termini sinonimi: prosciogliere significa assolvere, pur nella varietà dei motivi per cui si è assolti; e nulla vieterebbe di includere tra le sentenze di assoluzione anche l'estinzione del reato, che impropriamente il codice pretende sia dichiarata con sentenza di non doversi procedere. Insomma, la fondamentale tripartizione delle sentenze è tra sentenze meramente processuali (o di improcedibilità), di proscioglimento (o assoluzione)

Qui, invece, nella logica della proposta criticata ad estinguersi per il decorso del tempo è direttamente il processo con una sentenza di non doversi procedere che, in quanto tale (ossia di "improcedibilità"), preclude ogni accertamento, quindi, anche la pronuncia dell'assoluzione quando già ne esistano i presupposti ai sensi dell'art. 129, comma 2 cpp; e non basta certo a rimediare all'anomalia la circostanza che l'imputato possa rinunciare alla causa estintiva.

Si obietterà che la Corte costituzionale ha riconosciuto legittime le condizioni di procedibilità, alle quali sono riconducibili le cadenze temporali qui previste. È vero, ma le condizioni di procedibilità si giustificano solo in particolari situazioni in cui l'azione penale può essere ragionevolmente subordinata alla loro presenza, mentre il decorso del tempo esplica già il suo effetto negativo sull'interesse persecutorio sotto il profilo della prescrizione; e non è corretto duplicarne la rilevanza, erigendolo *anche* a causa di improcedibilità. Quando la risposta giudiziaria tardi oltre il limite del ragionevole e non sopraggiunga la prescrizione, si possono prevedere misure risarcitorie e riparatorie per l'imputato[29], sanzioni per i magistrati negligenti e vari altri rimedi; e si potrebbe persino stabilire che, se la sentenza di merito sopraggiunge dopo un certo termine, il processo possa proseguire in grado di impugnazione solo a vantaggio dell'imputato (il che equivarrebbe a rendere inappellabile l'assoluzione e insuscettibile di riforma in peggio la condanna). Ma non è ammissibile che, perdurando la punibilità del reato, il processo svanisca nel nulla con una sentenza di non doversi procedere; l'evaporazione del processo a reato non estinto è un'anomalia senza precedenti, una figura contraddittoria, in-trattabile nel senso letterale della parola, perché ribelle ad ogni inquadramento giuridico.

In sintesi. Se l'azione penale è stata validamente esercitata e il reato non è estinto, il principio di obbligatorietà esige che all'accusa formulata dal pubblico ministero sia data una risposta nel merito che affermi o neghi la colpevolezza. Di queste quattro proposizioni – l'azione penale è obbligatoria, l'azione penale è validamente esercitata, il reato non è estinto, il processo si estingue – almeno una dev'essere invalida e qui evidentemente è tale l'ultima. Costruendo il decorso del tempo come sopravvenuta condizione di improcedibilità, l'idea di una prescrizione processuale apre una via legale al diniego di giustizia.

6. Il diritto al giudizio entro un termine ragionevole nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Nella Convenzione europea il principio della ragionevole durata è espresso come diritto soggettivo spettante direttamente alla parte e, per quanto riguarda il processo penale, all'accusato. La formula si colloca nel solco delle Costituzioni intese come tutela dell'individuo davanti allo strapotere delle autorità: la protrazione dei tempi processuali è vista come un abuso degli organi giurisdizionali, mentre resta inespressa l'idea – in seguito concretizzata nella riforma costituzionale dell'art. 111 – di una valenza "oggettiva" della ragionevole durata, idonea a proteggere lo svolgimento del processo anche dal comportamento ostruzionistico dell'imputato.

Sul piano dell'efficacia, il principio assume rilevanza sia nei riguardi delle leggi nazionali sia in rapporto ai singoli processi. Sotto il primo aspetto, una legge che si ponga in contrasto con la disposizione convenzionale dovrebbe considerarsi illegittima per contrasto con l'art. 117 Cost., come specificato dalle cd. sentenze "gemelle" (n. 348 e 349 del 2007). Tuttavia, questa prospettiva appare di fatto destinata a rimanere inoperante, in quanto ogni violazione dell'impegno alla "ragionevole durata" viene assorbita dalla violazione del corrispondente principio contenuto nella Costituzione.

Vero è che l'interpretazione della Convenzione da parte della Corte europea potrebbe evidenziare profili di contrasto con la legge ordinaria, non deducibili dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 111, comma 2, Cost.; ma è da ritenere che in tal caso i giudici della Consulta si affretterebbero o ad adeguare la loro lettura del principio della ragionevole durata all'interpretazione della Corte europea o ad invocare, per neutralizzarla, un controlimite nella stessa disposizione costituzionale.

Sotto il secondo aspetto, che è quello effettivamente operativo, la Corte europea controlla il rispetto del principio fissato dalla Convenzione direttamente nei singoli processi sottoposti al suo esame, indipendentemente dalla circostanza che la violazione denunciata dipenda da inadeguatezze delle leggi, da *deficit* strut-

---

e di condanna. Al riguardo cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 985; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 985; S. Marasciuolo, *Prescrizione del reato dichiarata, inaudita altera parte, nel predibattimento d'appello*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1134.

29. Tra le quali, l'inappellabilità dell'assoluzione, il divieto di riforma in peggio per la condanna, una congrua riduzione della pena, il rimborso delle spese legali ecc.

turali o dalle concrete modalità di svolgimento del processo; con l'ovvia conseguenza che, quando il ritardo non dipenda dalla negligenza del singolo magistrato, toccherà allo Stato apprestare i rimedi e le strutture necessarie per non incorrere in nuove condanne. Quanto all'estensione del processo su cui misurare il rispetto della norma convenzionale, il *dies a quo* non va individuato in base a criteri dogmatici, essendo rappresentato dal momento in cui sia posto in essere un atto pregiudizievole per l'accusato, mentre il *dies ad quem* è segnato dalla irrevocabilità della decisone.

È evidente che un giudizio, come quello sulla "ragionevole durata" del singolo processo, non può essere svolto in astratto, ma va calato nello specifico contesto su cui si pronuncia la Corte europea, la quale è, per l'appunto, giudice del singolo processo e non delle leggi. Questo giudizio – pur focalizzato sul diritto dell'individuo, e non anche sulle esigenze oggettive di accertamento come nella diversa formula dell'art. 111, comma 2, Cost. – si realizza attraverso il bilanciamento di diversi parametri che il giudice europeo ha progressivamente elaborato. Ricordiamo i principali, con particolare riguardo alla figura dell'accusato[30]:

a) la complessità della causa per il numero delle persone coinvolte e delle prove da acquisire o per il carattere transnazionale dei reati;
b) il comportamento delle autorità statali, più o meno diligente nello svolgimento del processo e nell'assicurare i servizi necessari;
c) la condotta tenuta dal ricorrente: pur non essendovi alcun obbligo di collaborazione con le autorità procedenti, il comportamento ostruzionistico dell'accusato, intenzionalmente volto a rallentare il corso del processo, è valutato negativamente dalla Corte europea ai fini della fondatezza del ricorso.

Da notare che, mentre originariamente l'esito del ricorso dipendeva unicamente dalla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, il nuovo testo dell'art. 35, par. 3, Cedu, come modificato dall'art. 12, Protocollo n. 14, ha sensibilmente ridotto le possibilità di ricorso, prevedendo la dichiarazione di irricevibilità quando «il ricorrente non [abbia] subito alcun danno rilevante». La verifica sulla "rilevanza" del danno si ispira a tre diverse variabili, individuate dalla giurisprudenza europea: *a)* la natura del diritto che si assume violato; *b)* la "gravità" dell'incidenza della violazione ipotizzata sull'esercizio del diritto; *c)* le eventuali conseguenze della violazione sulla situazione personale del ricorrente. Sono criteri estremamente vaghi che consegnano ai giudici europei una notevole discrezionalità nella valutazione del pregiudizio subito dal ricorrente.

Un'importante applicazione della regola del "danno rilevante" è la decisione con cui la Corte europea ha escluso la violazione della norma convenzionale quando il processo si concluda con la prescrizione del reato[31]: quest'ultima assumerebbe, infatti, una valenza positiva per gli interessi dell'accusato, tale da compensare il danno per le lungaggini processuali. Come puntualmente osservato da Pietro Gaeta, il ruolo della Corte Edu viene così a subire una sostanziale metamorfosi: «non più "giudice della violazione", ma, innanzitutto, "della rilevanza della violazione" del diritto fondamentale».

Sulla scia di queste innovazioni, la legge Pinto, approvata nel 2001 per arginare le ripetute condanne inflitte all'Italia dai giudici europei, è stata più volte ritoccata; dopo le ennesime modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016[32], in conformità all'elaborazione della giurisprudenza europea, l'art. 2, co. 2-*sexies,* dispone, che, salvo prova contraria, si presume inesistente il pregiudizio da irragionevole durata sia nel caso di intervenuta prescrizione del reato, sia in quello di «irrisorietà della pretesa o del valore della causa, valutata anche in relazione alla condizione personale della parte».

30. Sui parametri adottati dalla Corte europea nel giudizio sulla durata ragionevole del processo v. S. Buzzelli, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 144 ss.

31. Corte Edu, sent. 6 marzo 2012, ric. n. 23563/07, Gagliano Giorgi c. Italia. V., al riguardo, anche per i riflessi di questa prospettiva sull'ordinamento nazionale, v. P. Gaeta, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 2, pp. 154 ss.

32. V. Gaeta, *Le ennesime modifiche alla legge Pinto: luci e ombre*, in *Questione giustizia on line*, 22.1.2016, www.questionegiustizia.it/articolo/le-ennesime-modifiche-alla-legge-pinto_luci-e-ombre_22-01-2016.php; K. La Regina, *Legge Pinto: il sacrificio dell'equa riparazione sull'altare della spesa pubblica*, in *La Legislazione penale on line*, 30.1.2017.

Introduzione a «Il multiculturalismo e le Corti»

di *Giacinto Bisogni*

Magistratura democratica ha voluto rendere omaggio alla sempre viva memoria di Teresa Massa[1] con una discussione su un tema che a lei sarebbe stato sicuramente congeniale.

Il 2 e 3 ottobre del 2015 si è svolto a Roma presso la Biblioteca giuridica centrale (cui si deve anche la collaborazione nell'organizzazione) un convegno internazionale con il titolo di questo obiettivo[2]. Il convegno voleva fornire l'occasione di un dialogo fra diritto e antropologia ed ha coinvolto nella sua ideazione il *Max Planck Institute* di Halle che, con il suo Dipartimento *Law and Anthropology* ha già iniziato, e ha ancora in corso. una importante opera di ricerca sul tema della autonomia personale in una società plurale.

In particolare la finalità di questa ricerca è proprio mirata alla ricostruzione e allo studio delle risposte che gli ordinamenti giuridici e specificamente la giurisdizione riesce a dare al conflitto fra diritto del luogo in cui si vive e appartenenza a una comunità culturale portatrice di valori e costumi differenti.

Il convegno ha visto la partecipazione oltre che di Marie Claire Foblets, che dirige il Dipartimento L&A ad Halle, di alcuni giuristi coinvolti nel progetto di ricerca come Vladimiro Zagrebelsky, Michele Graziadei e Lucia Bellucci ed ha offerto una feconda occasione di confronto con giuristi e studiosi che in Italia hanno affrontato questo tema con risultati stimolanti e originali come Giacomo Marramao, Gaetano Azzariti, Fabio Basile, Ilenia Ruggiu e Mario Ricca.

La specificità del dibattito è stata anche quella di un confronto con l'angolo visuale della giurisdizione europea e italiana che ha arricchito il convegno degli interventi del Presidente della Corte europea dei Diritti dell'uomo Guido Raimondi e di Giorgio Santacroce, Renato Rordorf, Giuseppe Salmè, Carlo De Chiara e Giovanni Diotallevi[3].

A distanza di oltre un anno da questo importante convegno la *Rivista Questione Giustizia*, di cui Teresa Massa è stata apprezzata componente del Comitato di Redazione, vuole fornire un ulteriore opportunità di approfondimento di un tema così vitale dedicandogli un obiettivo nel primo numero del 2017. Nell'obiettivo sono state raccolte le elaborazioni e gli aggiornamenti di molti di quegli interventi ed è stato acquisito anche un contributo particolarmente significativo come quello Alison Dundes Renteln, una studiosa americana, cui si deve un'opera di importanza centrale su questo tema, come *The Cultural Defense,* e che ha espresso vivo apprezzamento per questa iniziativa di Magistratura democratica, autorizzando la traduzione in italiano di un suo articolo apparso su *The Judge's Journal* della *American Bar Association*.

Un grazie sentito a tutti coloro, e in particolare a Fernanda Torres, che hanno collaborato per la realizzazione di questa iniziativa che rafforza il collegamento con il ricordo di Teresa, particolarmente vivo per la intelligenza e la lungimiranza con cui nella sua breve vita ha affrontato temi capaci di disordinare la sistematicità e il bisogno di rassicurazione che le costruzioni giuridiche ricercano e spesso impongono. Un invito alla speranza di un futuro più luminoso del minaccioso presente in cui

1. Teresa Massa, Roma 10 ottobre 1959-† 25 agosto 2004.

2. *Il multiculturalismo e le Corti*, Convegno di Md e Max Planck Institute, Roma, 2-3 ottobre 2015, www.magistraturademocratica.it, www.magistraturademocratica.it/mdem/intervento_all.php?id=2418; www.magistraturademocratica.it/mdem/upy/fevento/IL%20PROGRAMMA%20DEL%20SEMINARIO.pdf.

3. Una completa testimonianza di queste giornate di lavoro sta nella integrale registrazione che Radio Radicale ha effettuato che si può ascoltare al seguente link: www.radioradicale.it/scheda/454563/il-multiculturalismo-e-le-corti-convegno-dedicato-alla-memoria-di-teresa-massa-1a.

la globalizzazione sta mostrando i suoi aspetti più feroci e devastanti e in cui sembra perdersi la continuità con quei valori di democrazia, pluralismo e solidarietà cui il mondo sembrava finalmente avviarsi.

Un ultimo ringraziamento e un abbraccio affettuoso ai genitori di Teresa, Enrico ed Antonietta, e ai figli Marco, Marianna e Giacinto che hanno seguito e partecipato a queste iniziative: con Teresa e con noi, come un tempo.

Multiculturalismo e Costituzione

di *Gaetano Azzariti*

L'intero sistema dei diritti fondamentali ha operato sin qui entro un pluralismo chiuso. Se la torsione statualista dei diritti, che ha avuto la meglio nel XIX e in larga parte del XX secolo, ha avuto il ruolo determinante di rendere i diritti dei cittadini concretamente esigibili entro un contesto politico definito tuttavia questo paradigma generale – che relegava gli stranieri in uno *status* particolare – è ora in crisi e superato dal corso della storia che impone la dimensione globale alla riflessione sui diritti fondamentali. Questi ultimi si sono da sempre affermati come il frutto di una lotta che ha conformato nel corso della storia le Costituzioni. La novità – che impone la riflessione sul multiculturalismo – è che i diritti di cui si chiede il riconoscimento come inalienabili sono nati in contesti culturali, politici, religiosi, diversi. Quale rapporto si instaura dunque fra la Costituzione e diritti degli "altri"? si può rispondere a questa domanda da tre prospettive diverse quella del multiculturalismo irenico che pretende di riconoscere i diritti di tutti ma si scontra con la complessità delle questioni poste dalle società multiculturali. Quella del colonialismo culturale che purtroppo sembra prendere il sopravvento sia a livello interno con l'affermazione del diritto del popolo stanziale anche nei confronti della stessa Costituzione e dei suoi valori di pluralismo e rispetto delle minoranze, sia all'esterno con l'affermazione dell'ossimoro delle guerre umanitarie che altro non sono che la sconfitta delle ragioni del costituzionalismo e del diritto. Infine la terza prospettiva è quella che preferisce affrontare la strada impervia del confronto interculturale per rivitalizzare il nostro ordine di valori avendo come parametro il valore prescrittivo ed emancipatorio della Costituzione inteso alla definizione dello sviluppo di una società non più omogenea per tradizioni e culture ma che può pervenire a un nuovo senso della convivenza in una unità superiore rappresentata da una Costituzione meticcia che impara dagli altri e insegna a ciascuno.

1. La dimensione globale dei diritti

Troppo concentrati sulla riforma del testo costituzionale rischiamo di non prestare la dovuta attenzione ad alcune trasformazioni sociali che possono essere indicate come i reali e più significativi punti di crisi del diritto costituzionale moderno, non soltanto nel nostro Paese. La crisi delle Costituzioni, in effetti, più che da fattori endogeni ha origine da fattori esogeni. Due in particolare.

In primo luogo, il venire ad esaurirsi della tutela esclusivamente statale di diritti, provocando uno sconvolgimento rispetto alla nostra tradizione Otto e Novecentesca. In secondo luogo, parallelamente, la tutela dentro lo Stato muta, in conseguenza del cambiamento della composizione sociale.

Come è spesso ricordato, viviamo oramai da tempo – e sempre più – in società dai confini porosi, votate alla contaminazione tra esperienze giuridiche, multiculturali e multietniche al proprio interno. Per ordinamenti tradizionalmente chiusi entro una dimensione nazionale, questo dato di fatto cambia la realtà, comporta una mutazione della concezione dei diritti, della loro percezione, del loro stesso formarsi. Sul piano costituzionale, in particolare, la metamorfosi dei soggetti e il modificarsi della conformazione dei diritti finisce per trasformare le condizioni stesse del *patto* su cui si legittima la Costituzione.

Non può dirsi – come erroneamente si sente ripetere – che questi fenomeni siano completamente nuovi. Anzi, semmai può rilevarsi come essi ripropongano temi dibattuti – e mai risolti – sin dall'origine del

costituzionalismo modernamente inteso. Così, tanto il principio della tutela non esclusivamente statale di diritti, quanto la necessità di una garanzia a tutti i soggetti che operano entro un dato ordinamento costituzionale, in fondo, possono essere intesi solo come la riproposizione del principio universalista che fu all'origine del costituzionalismo di fine Settecento (secondo una concezione figlia della seconda scolastica spagnola collegata ai diritti umani cosmopolitici e la convinzione rivoluzionaria di diritti naturali che spettassero all'uomo in quanto tale), per poi venir dimenticato nel secolo successivo, quando la costruzione dello statualismo chiuso ottocentesco finì per sacrificare ogni apertura internazionalista. Ciò non toglie che il principio universalista abbia attraversato l'intera storia del costituzionalismo, rimanendo saldamente all'interno della sua riflessione teorica. Basta pensare alla prospettiva kantiana della *pace perpetua*, ovvero a quella kelseniana della *civitas maxima*.

Se, dunque, la prospettiva universalistica rimase una costante nella riflessione teorica è anche vero che sul piano più strettamente storico (ma anche diffusamente su quello teorico) l'introversione nazionale ebbe la meglio per tutto il corso del XIX e per gran parte del XX secolo. Una torsione statualista dei diritti (e conseguentemente del costituzionalismo nazionale) che ebbe un ruolo determinante nel rendere i diritti dei cittadini non più solo diritti astratti, ma concretamente esigibili entro un contesto culturale e politico definito. Non più indeterminati diritti umani, bensì diritti soggettivi delle persone reali operanti entro un contesto storico determinato.

D'altronde, il disinteresse per i diritti di chi cittadino non era poteva essere giustificata sia dall'applicazione rigorosa di un altro principio di fondo del costituzionalismo moderno, quello di autodeterminazione dei popoli, sia perché all'interno degli Stati nazione potevano ben ritrovarsi principi che definissero uno *status* particolare, quello dello straniero.

Questo paradigma generale di regolazione dei diritti è ora in crisi, superato dal corso della storia, che – come inizialmente si rilevava – impone la dimensione globale alla riflessione sui diritti sia *intra* sia *infra* statale.

2. Multiculturalismo e Costituzione nel nuovo contesto

Se quello appena enunciato è il *contesto* entro il quale può essere sviluppata una riflessione sul multiculturalismo nei nostri attuali ordinamenti giuridici, il *testo* costituzionale può fornirci ulteriori elementi di riflessione. Anzitutto, richiamando i principi costituzionali che riguardano direttamente il rapporto con gli altri, che definiscono propriamente le relazioni con i diversi da sé, tra singoli individui e coloro che non fanno parte della medesima comunità d'origine. Non solo l'eguaglianza senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Neppure unicamente la garanzia e il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo («uomo» ormai dichiaratamente inteso come ogni persona appartenente al genere umano; «garanzia e riconoscimento» da far valere nei confronti dei singoli, ma anche nelle formazioni sociali, dunque anche entro quelle culturali) che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Più in generale è l'intero sistema dei valori costituzionali che sembra doverci guidare per riflettere sulla questione del multiculturalismo. Così, il principio di tolleranza che trova le sue radici in un'antica tradizione liberale ed utilitarista ovvero il principio pluralista che, rifiutando il diverso principio identitario, ha permesso che venissero assorbite entro il nostro ordinamento anche le spinte più radicali, legittimando ogni conflitto, rappresentano certamente le coordinate essenziali per ogni riflessione sul rapporto tra multiculturalismo e Costituzione.

La domanda che ora vorrei porre è la seguente: come operano le chiare disposizioni del *testo* nel mutato *contesto*?

La domanda non appare peregrina sol che si consideri come l'intero sistema dei diritti ha sin qui operato entro un pluralismo chiuso di un ordinamento costituzionale unitario, retto da un principio di esclusività anche in riferimento alla tutela dei diritti. Ora, nelle mutate condizioni storiche, volendo assicurare la natura precettiva dei principi costituzionali, si pone il problema di come questi possano continuare a farsi valere entro società aperte, in cui la stessa conformazione dei diritti – la loro nascita, il loro svilupparsi, il loro affermarsi – non sia il prodotto di un'unica storia di solo un popolo, bensì il frutto di una contaminazione tra culture e diverse visioni del mondo.

Già lo sappiamo dalla "nostra" storia: il conformarsi di un diritto come fondamentale è il frutto di un processo politico, culturale, nonché religioso. I diritti inalienabili dell'uomo (secondo la formula tradizionale, ma in realtà di ogni persona) non nascono in cielo, né sono rinvenibili in natura, bensì sono il frutto di una *lotta*. Una «lotta per i diritti» che ha visto contrapporsi ceti, dottrine e fedi entro una società, ciascuno volendo imporre rapporti di dominio, ideali o credi.

Al fondo della riflessione sul multiculturalismo ritengo si riproduca la medesima condizione, però con una variante decisiva rispetto al passato. I diritti pretesi si sono conformati in ambiti culturali, ma anche politici e religiosi, diversi. Valori di provenienza

lontana, civiltà antiche, narrazioni di credenze diverse. Altre le storie, diversi i diritti.

Ora però i diritti convivono entro lo stesso spazio territoriale, all'interno di un medesimo ordinamento giuridico. V'è allora una domanda da porsi, ineludibile per il costituzionalista. Quale rapporto si instaura tra la Costituzione e i diritti «degli altri»?

3. Cosmopolitismo, identità, meticciato

La risposta può essere differentemente declinata a seconda delle distinte prospettive teoriche. Si possono, in effetti, distinguere almeno tre diversi approcci al fenomeno del multiculturalismo.

In primo luogo s'è ritenuto possibile ricostruire i rapporti tra diverse culture, in una visione genericamente cosmopolita, dando riconoscimento ai diritti di tutti, al di là di ogni esplicita contestualizzazione, immaginando così di poter assicurare una garanzia costituzionale ad ogni individuo ovunque residente, nel rispetto della tradizione di ciascuno. In una specie di *multiculturalismo irenico*.

Una visione diametralmente opposta è quella che, rintanandosi dentro i territori nazionali e la cultura occidentale, ritiene necessario far valere le conquiste di civiltà della propria tradizione, affermandone il valore universale "contro" ogni altro diritto. In una sorta di *colonialismo culturale*.

Una terza prospettiva indica nella contaminazione la strada da seguire. Per usare una metafora, in questo caso, è il "confine" il luogo del confronto multiculturale e della lotta per l'affermazione dei diritti delle persone. Il "confine" è il luogo ove Costituzione e culture diverse si incontrano per definire il fondamento storico dei diritti meticci da assicurare e garantire a tutte le persone che risiedono in un dato territorio. Il "confine" inteso come metafora, luogo tanto di passaggio quanto di esclusione, punto d'incontro ma anche di possibile scontro tra i diversi diritti. Diritti pretesi da popoli di diversa provenienza, ma che devono ri-definirsi nel passaggio da un territorio all'altro. Secondo questo terzo indirizzo è attraversando questo processo di frontiera, questo confronto né escludente né arreso, che si andrà formando un *costituzionalismo meticcio*.

Vediamo separatamente le tre prospettive indicate.

3.1 Multiculturalismo irenico

È questa certamente la prospettiva più rassicurante; sconta però – a mio modo di vedere – un eccesso di idealizzazione della società, che rischia di scontrarsi con la materialità dei diritti in concreto pretesi, che non possono essere assunti come mere espressioni di astratte culture, semplicemente da riconoscere per poi direttamente legittimare.

Tre appaiono le sottovalutazioni dell'irenismo multiculturale.

In primo luogo, si tende a misconoscere il conflitto sociale, che la nostra Costituzione democratica e pluralista tende a regolare, ma non a negare. Sbagliato appare rifiutare il conflitto nelle democrazie.

In secondo luogo, si dimentica che ai diritti corrispondono specifiche limitazioni di potere altrui. Il diritto di tutti su tutto – ci insegna Hobbes – è soltanto quello che opera nello stato di natura e produce, non il conflitto, bensì la guerra civile. La limitazione dei diritti, la loro regolamentazione, il loro bilanciamento, al limite la loro esclusione (ad esempio l'esclusione del «diritto del più forte»), il confronto con la dimensione dei doveri, sono tutti presupposti necessari e non eludibili per ogni concreta strategia dei diritti.

In terzo luogo, conseguentemente, non si considera un dato strutturale (ma anche storico) delle nostre Costituzioni moderne. Esse non contengono solo una serie di diritti astrattamente ritenuti meritevoli di tutela, al limite il catalogo di *tutti i diritti di tutti*. Le Costituzioni moderne esprimono, invece, particolari programmi di emancipazione delle persone e definiscono lo sviluppo complessivo della società. È dentro questa progettualità costituzionale che si stabilisce quali diritti vanno assicurati e garantiti, e – almeno in certa misura – quali no. Basta pensare alla guerra d'indipendenza statunitense e alle prime dichiarazioni e Carte costituzionali moderne: esse hanno affermato i diritti dei coloni inglesi *contro* quelli della madrepatria. È sufficiente richiamare i testi costituzionali della rivoluzione francese che hanno imposto i diritti del terzo stato contro quelli del clero e della nobiltà parassita. Un'affermazione dei diritti di alcuni che ha viaggiato in parallelo con la storia dei popoli e la loro forza di emanciparsi da condizioni sociali che privavano la parte emergente della società di diritti ritenuti, a quel punto, inalienabili, sacri, fondamentali, appartenenti al genere umano, espressione di un diritto naturale, ma in realtà solo storicamente conquistati. È così che il Novecento – il secolo del lavoro – ha visto affermati, nelle più avanzate Costituzioni europee del secondo dopoguerra, i diritti dei lavoratori, a scapito di molti diritti dell'impresa. Non a caso, ad esempio, la nostra Costituzione tutela il diritto di sciopero, mentre la serrata (un "diritto" degli imprenditori) non viene affatto richiamata.

È dunque una dimensione complessa quella dei diritti. Una complessità che mi sembra spesso mancare nelle pacificate narrazioni multiculturali. Troppo spesso si tende a semplificare, ovvero ci si limita a richiamare un solo piano entro cui sviluppare le pro-

pri riflessioni nel confronto sui diritti tra le diverse culture.

È quello della libertà individuale il terreno solitamente privilegiato del confronto – a volte dello scontro – tra culture. Libertà individuale ora dei migranti, ora dei residenti; spesso l'una contro l'altra. Il rischio è quello di dimenticare la dimensione più propria del costituzionalismo che lega la libertà ai diritti, entrambi parte di un progetto di emancipazione delle persone concrete.

È opportuno chiarire questo punto assai rilevante. Le prospettive del multiculturalismo sono evidentemente legate alle sfere di libertà degli individui. Sono però anche da ricollegarsi alla storia delle lotte di emancipazione delle minoranze dei gruppi sociali oppressi. Il multiculturalismo, infatti, non pone solo un mero problema di convivenza tra diversi, ma anche una concreta questione di emancipazione e ruolo delle minoranze entro le società pluraliste.

Si consideri, ad esempio, la questione più nota, quella del "velo". Può ritenersi un problema legato esclusivamente alla scelta individuale, alla libertà di professare la propria confessione religiosa seguendone i canoni e le pratiche? Non è anche questione propriamente politica e sociale? Non vi è dietro il velo della religione una profonda questione di emancipazione? Conflitti sottesi, discriminazioni latenti, difficili da indicare, complessi da regolare, che però – almeno questo appare certo – non riguardano solo i singoli, neppure solo le minoranze culturali. Essi chiamano in causa tutti i principi di fondo del costituzionalismo moderno, il modo stesso di conformarsi della società pluralista. Rappresentano la spia delle trasformazioni più profonde non solo del costume, ma anche dei diritti, del modo in cui questi vengono percepiti. Essi ci parlano, in ultima istanza, delle nuove forme dell'emancipazione dei singoli e delle formazioni sociali entro cui si sviluppa la personalità di ciascuno.

Immaginare di poter risolvere questo complesso intreccio limitandosi all'affermazione di una necessaria convivenza liberale di tutte le tradizioni, in nome della tolleranza di ogni espressione culturale, rivendicando una generica libertà individuale, non sembra adeguato alla complessità di questioni che coinvolgono la Costituzione per intero. Un modo per sfuggire alle più profonde questioni che la storia ci propone e che il diritto costituzionale deve riuscire a regolare in base a principi espressione di un progetto di emancipazione sociale.

Una prima conclusione può essere formulata. La riflessione costituzionale sul multiculturalismo non può esaurirsi nel *riconoscimento*, non può sfuggire alla propria dimensione *ricostruttiva*, entro un concreto sistema costituzionale.

Ma che vuol dire "ricostruire" il rapporto tra culture diverse e Costituzione?

3.2 Colonialismo culturale

Alla domanda appena formulata sono state date risposte diverse. Alcune assai distanti dalle logiche proprie del confronto tra le culture. È questo il caso di tutte le pratiche che assumono la superiorità di una sola cultura su ogni altra. In questa prospettiva più che ricostruire il rapporto tra le culture si vuole sottomettere ogni diversa tradizione alla propria. Subordinando i diritti delle persone ovunque residenti, appartenenti a qualsiasi tradizione, ad un sistema di valori considerato come un assoluto trascendente. Non importa qui esaminare le ragioni che portano alcuni a ritenere i "propri" valori superiori ad ogni altro: motivi religiosi e politici s'intrecciano. I rapporti di forza li impongono.

Quel che invece conta rilevare è che simili prospettive appaiono lontane da quelle che dovrebbero essere proprie negli ordinamenti pluralisti, per come si sono venuti conformando entro il progetto del costituzionalismo moderno. Una forma di costituzionalismo storicamente inveratasi nelle nostre latitudini, che si è retto su alcuni principi – quali il rispetto dell'altro, l'attenzione per i diritti di chi è senza diritto, la costruzione del soggetto e della personalità degli individui, la più volte richiamata progettualità emancipante – che innervano l'intera storia del costituzionalismo moderno e che appaiono del tutto incompatibili con ogni forma di colonialismo costituzionale. Avversi ad ogni fondamentalismo.

Eppure, vi è un serio rischio di prendere una simile deriva che finirebbe per coinvolgere non solo il rapporto tra costituzione e multiculturalismo, ma l'intera concezione della costituzione democratica e pluralista.

Aver pensato di poter definire i rapporti multiculturali in base a pure strategie di dominio non è stato solo un errore politico, che ha innescato una guerra tra civiltà che ha ormai sconvolto i rapporti all'interno dei singoli Paesi e quello tra le diverse regioni del mondo, non può neppure trovare giustificazione alcuna d'ordine costituzionale.

Nei rapporti tra Stati, le "guerre umanitarie" hanno rappresentato non solo un ossimoro, ma anche la sconfitta delle ragioni del costituzionalismo e del diritto che hanno ceduto il passo alla violenza e alla sopraffazione. Tant'è che anche dopo la guerra – e le effimere vittorie – non si è imposta una Costituzione alle altre culture, bensì si è unicamente aperta la strada alla lotta per bande, nell'irrigidimento di ogni cultura, senza più una possibilità di convivenza e di affermazione di diritti costituzionali. D'altronde il rischio che i processi di globalizzazione inducano ad un uso imperialistico dei diritti fondamentali, affossando ogni idea multiculturale, si va estendendo. Non solo guerre, ma anche pratiche d'ingerenza (perlopiù

dette "umanitarie"), istituzione di tribunali penali internazionali, dalla assai dubbia imparzialità, rendono sempre più arduo una riflessione nel nome dei principi della Costituzione.

All'interno degli ordinamenti costituzionali le logiche coloniali assumono forme ancor più pervasive, entrando nei costumi, operando sul piano della percezione di sé e degli altri, inasprendo i rapporti tra le persone. Finendo per negare lo spazio del dialogo costituzionale tra diritti.

Il colonialismo, il rifiuto del diverso, l'ostilità per lo straniero, la paura dell'altro si esprime con sempre maggiore frequenza nei comportamenti quotidiani di vaste aree della popolazione autoctona. Pulsioni tradotte in politiche xenofobe, da forze politiche di successo, ma poco attente alla dimensione costituzionale dei diritti, al rispetto delle persone, ai principi – qui più volte richiamati – che innervano il progetto costituzionale di emancipazione.

Tra aperture irriflessive (espressione del multiculturalismo irenico) e chiusure identitarie (espressione del colonialismo culturale) è la dimensione costituzionale del dialogo tra culture che viene sacrificata. Nel primo caso, in fondo, finendo per negare la prescrittività delle sue disposizioni, almeno in materia interculturale. Nel secondo caso, in ultima istanza, sostituendo alla Costituzione il diritto del popolo stanziale. Un diritto che pretende obbedienza persino dalla Costituzione, che può essere solo uno strumento di imposizione, non certo un progetto di emancipazione.

3.3 Costituzionalismo meticcio

Com'è possibile allora affrontare la questione del multiculturalismo entro una dimensione costituzionale che non si limiti al *riconoscimento* dei diritti delle culture altre, né si fermi al loro *disconoscimento? Come si può ricostruire il rapporto tra culture e Costituzione?*

Diventa necessario affrontare la questione scivolosa del *confronto* interculturale. Un terreno impervio e pieno di insidie, anzitutto perché spesso il dialogo tra culture è viziato da reciproci *pregiudizi*. Come riuscire ad esprimere, invece, un *giudizio* che sia storicamente fondato e che possa essere legittimato dalla Costituzione e dai suoi principi? Determinanti appaiono le modalità del confronto. In effetti, il raffronto tra le altre culture deve anzitutto servire come parametro di giudizio per valutare criticamente i limiti della propria. Non per adottare a-criticamente le culture altre, bensì per valutare a quali principi rispondono ciascuna di esse. Un esame, dunque, critico dei diversi modelli culturali, di quelli dominanti in particolare.

Proprio la criticità (e auto-criticità) che deve improntare il confronto impone di affrontare una seconda decisiva questione. Come evitare che il giudizio espresso sulle culture non sia quello soggettivo? È qui che si afferma, con tutta la sua rilevanza, il valore prescrittivo della Costituzione. Sono i suoi principi a rappresentare il parametro ultimo di giudizio, sono essi a poter legittimare (ovvero delegittimare) modelli, comportamenti e azioni delle diverse culture.

Porre dunque i principi costituzionali alla base del confronto tra tutte le culture, compresa la nostra. Per tale via proprio il multiculturalismo può rappresentare uno strumento prezioso per rivitalizzare il nostro ordine di valori. Un confronto *costituzionale* preso sul serio, per porsi fuori da ogni chiusura identitaria, che porta esclusivamente allo scontro tra valori occidentali e asiatici, che finisce per contrapporre un indistinto occidente ad un immaginato oriente, il nord al sud del mondo, senza considerare le differenze di cultura, di sesso, di razza, di classe che percorrono le diverse società, civiltà, soggetti. Un dialogo sulla Costituzione che impedisca di cadere nell'indistinto di una società solo immaginata e priva di conflitti, tensioni, diversità, progetti sociali e politici di emancipazione collettiva ed individuale.

Un confronto sui valori, ma anche sui disvalori. Anzi, questi prima di quelli. Ed è qui, con riferimento alle nostre società, che si palesano le più profonde regressioni di civiltà. Alla luce dei "nostri" principi costituzionali come possono accettarsi le politiche migratorie ormai dominanti nel nostro Paese e in Europa ridotte solo ad ordine pubblico? Diritti inalienabili dell'uomo negati a coloro che, in numero sempre più elevato, varcano le frontiere, disattendono il principio della dignità che deve essere garantita ad ogni essere umano, secondo la nostra tradizione. Volendo riscoprire il valore e l'essenza della nostra storia il confronto con chi non ha il *diritto di avere diritti* appare decisivo. Lo straniero si pone ormai come specchio di noi stessi.

Ed è proprio sulla base della Costituzione come parametro che si possono valutare anche i disvalori delle altre culture. È ancora la dignità che non permette di riconoscere una "tradizione culturale" indirizzata a ledere il corpo. L'infibulazione non può trovare cittadinanza alcuna in un ordinamento costituzionale, poiché essa è una pratica lesiva di diritti fondamentali storicamente definiti da disposizioni costituzionali non equivocabili nel loro significato di valore.

In altri casi, il giudizio costituzionale può essere più complesso e qui possono giocare un ruolo più importante le ragioni del confronto tra culture, ciascuna con le proprie storie e tradizioni. Si pensi ad esempio alle numerose vicende di subordinazione – se non di vera e propria soggezione – nei rapporti familiari. Con sguardo critico dobbiamo ammettere che la nostra cultura è stata per lungo tempo caratterizzata da rapporti non paritari, tra coniugi e tra genitori e figli. Poi

la storia, il lento affermarsi dei valori costituzionali entro il nostro ordinamento giuridico complessivo, la giurisprudenza costituzionale (ma anche ordinaria), la legislazione, le lotte delle donne e quelle a favore dei minori hanno lentamente mutato la situazione, realizzando una tendenziale parità tra i componenti dei nuclei familiari. Altra strada ci sarà da percorrere – si pensi alla questione delle varie tipologie di famiglie – ma un processo costituzionale verso la parità tra le persone, senza distinzione di sesso, età, tendenze sessuali è chiaramente definito. Raggiunto questo particolare livello di definizione dei principi di parità all'interno dei rapporti familiari, possiamo noi farlo valere nei confronti di chi proviene da altre culture? La risposta non credo possa essere univoca, né può essere ridotta la complessità di una questione assai delicata. Si consideri, in proposito, che i processi di emancipazione non possono essere imposti, devono invece essere praticati dai soggetti coinvolti, e inoltre che essi appaiono ancor più complicati se riferiti ai rapporti nell'ambito delle istituzioni familiari. Un limite costituzionale però può, anche in questi casi essere chiaramente posto. Qualora il potere correttivo - in cui normalmente si sostanzia la disparità nell'ambito familiare – si traduca in azione violenta contro il corpo delle donne o dei figli. Anche in questo caso è il principio di dignità delle persone che deve prevalere e far rifiutare certe pratiche non costituzionalmente compatibili.

Gli esempi richiamati (politiche migratorie securitarie, mutilazioni genitali, rapporti di potere entro il nucleo familiare) inducono ad una prima conclusione: in nome del multiculturalismo non si possono giustificare pratiche lesive della dignità della persona. Se volessimo allargare lo sguardo nel tentativo di individuare – oltre ai casi particolari - un approccio generale (*paradigmatico*) da far valere nel confronto tra le culture, potremmo giungere ad osservare che la Costituzione come parametro di giudizio impone di guardare alla vita concreta delle persone che operano in un dato territorio entro una comunità. Comunità oramai non più omogenee per tradizioni e culture, ma che possono rinvenire un senso di convivenza in una superiore unità. Quell'unità che può essere definita da una Costituzione meticcia, che impara dagli altri, ma che insegna a ciascuno.

I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali

di *Fabio Basile*

Il diritto penale non è un prodotto culturalmente neutro ma è anzi impregnato della cultura del popolo da cui promana. Sono molte le norme penali che si servono di concetti normativi culturali (comune sentimento del pudore, motivi di particolare valore morale e sociale, motivi abbietti e futili, atti sessuali) e il passaggio dai confini di uno Stato all'altro può comportare la soggezione ad un sistema penale diverso anche fra Paesi culturalmente vicini come quelli europei occidentali. La maggiore ricorrenza di questi conflitti normo-culturali dovuti alla globalizzazione e all'espandersi dei movimenti migratori ha portato alla creazione del concetto di reato culturalmente motivato corrispondente a un comportamento che nel gruppo culturale d'origine risulta meno severamente valutato o accettato o addirittura incoraggiato. Come deve reagire il diritto penale italiano di fronte a questi reati? In primo luogo non rimuovendo il confronto con il nostro passato e con l'impatto della nostra immigrazione con le differenti culture dei Paesi di accoglienza. In secondo luogo evitando una risposta monolitica ma esaminando caso per caso alla luce di tre criteri di valutazione: il livello di offensività del fatto commesso, la natura della norma culturale in gioco, la biografia del soggetto agente. Una analisi di alcune decisioni giurisprudenziali dimostra che sinora le nostre Corti sono positivamente orientate verso il riconoscimento, sia pure cauto e circoscritto, del fattore culturale.

1. Immigrazione, società multiculturale, cultura

Per affrontare la tematica dei reati cd. culturalmente motivati commessi dagli immigrati, risulta opportuno muovere da una constatazione: l'Italia, al pari di altri Paesi europei, negli ultimi decenni si sta sempre più trasformando in società multiculturale per effetto dell'immigrazione[1].

Quando, infatti, l'albanese, il marocchino, il cinese, l'egiziano, il pakistano, il siriano lascia il suo Paese d'origine e arriva in Italia, si porta dietro, nel suo bagaglio, anche la sua cultura d'origine, e questo bagaglio – ovviamente – nessuno glielo può sequestrare alla frontiera[2]. In tal modo l'immigrazione diventa, per il nostro Paese, fonte di pluralità di culture.

Ma che cosa intendiamo, più di preciso, per «cultura», quando parliamo, ora, di società multiculturale e, tra breve, di reato culturalmente motivato?

Una precisazione sul punto è indispensabile, in quanto il termine cultura è di per sé estremamente ambiguo, tanto da risultare compatibile con più accezioni e più significati; ed è peraltro anche un termine

1. Nel presente saggio – che riproduce, anche nello stile colloquiale, la mia relazione al convegno romano del 2-3 ottobre 2015 – il corredo delle note risulta ridotto al minimo essenziale, in quanto per più ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali mi sia consentito rinviare il lettore al mio lavoro *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010.

2. La metafora della cultura «bagaglio non sequestrabile» è di M. Barbagli, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, p. 188.

assai di moda nel linguaggio, non solo mass-mediatico, degli ultimi anni[3].

Ebbene, nel discorso relativo alle società multiculturali e, in particolare, ai reati culturalmente motivati, adottiamo il termine «cultura» nell'accezione – pur «contestata» – che gli è stata attribuita dalle scienze umane e, principalmente dall'antropologia[4], per fare riferimento a un sistema complesso ed organizzato di modi di vivere e di pensare, concezioni del giusto, del buono e del bello, radicati e diffusi in modo pervasivo all'interno di un gruppo sociale e che, in tale gruppo, si trasmettono, pur evolvendosi e modificandosi, di generazione in generazione.

Sempre dalle scienze umane, e dall'antropologia in particolare, ci giunge anche la sottolineatura della fondamentale importanza della cultura per la formazione dell'uomo e per la sua stessa evoluzione biologica. L'uomo è, in effetti, un «animale portatore-di-cultura»[5]: niente è puramente naturale in lui. Anche le funzioni umane che corrispondono a bisogni fisiologici, come la fame, il sonno, il desiderio sessuale, etc., sono plasmate dalla cultura, ed infatti le varie culture non danno le stesse risposte a questi bisogni. Si pensi, ad esempio, alla molteplicità di risposte che le varie culture danno al "naturale" desiderio sessuale e di unione affettiva tra individui, al punto che gli antropologi hanno potuto censire, tra le diverse popolazioni umane, più di cinquecento generi diversi di matrimonio, oltre ad innumerevoli varietà di comportamento sessuale extra-coniugale[6].

Più banalmente faccio anch'io un esempio per illustrare il ruolo della cultura nel fornire i "codici" per interpretare e organizzare i dati della realtà esterna: se unisco il pollice e l'indice in modo da formare un cerchio, questo stesso gesto assumerà significati diversi a seconda che mi rivolga ad un interlocutore di cultura italiana (per il quale tale gesto significa: «va tutto bene!»), di cultura indonesiana (per il quale, invece, significa: «zero», o «tu sei un nulla!»), di cultura filippina (per il quale le dita così posizionate sono un riferimento ai «soldi»), e infine di cultura turca (al quale tale gesto apparirà come un'offensiva allusione all'omosessualità)[7].

La cultura offre, insomma, i codici, le chiavi, per interpretare, sistemare e organizzare i dati della realtà esterna. Il medesimo comportamento, il medesimo dato della realtà – unire il pollice e l'indice a formare un cerchio – può assumere, quindi, significati diversi a seconda della cultura attraverso il quale lo leggiamo.

2. Che cosa c'entra la cultura con il diritto penale?

Dopo queste precisazioni, possiamo finalmente giungere alla domanda che più ci interessa in questa sede: che cosa c'entra la cultura con il diritto penale?

C'entra nella misura in cui tra il diritto penale di un popolo e la cultura di questo popolo esiste un forte, intenso legame. Il diritto penale, infatti, non è un prodotto *culturalmente neutro*, ma è anzi fortemente "impregnato" della cultura del popolo da cui promana: il diritto, e il diritto penale in particolare, è una «manifestazione di cultura», come proclamava già Gustav Radbruch circa un secolo fa[8].

Del legame tra diritto penale e cultura è pienamente consapevole anche la nostra Corte di cassazione quando riconosce che «le fattispecie incriminatrici, per loro stessa natura, implicano una valutazione umana e sociale, *culturalmente condizionata*, dei comportamenti presi in considerazione»[9].

---

3. Basterebbe navigare cinque minuti su internet per ritrovare molteplici, svariati e anche bizzarri utilizzi del termine cultura («farsi una cultura», «cultura generale», «cultura d'impresa»; ma anche «cultura del cibo», «cultura del calcio», «cultura dell'olio d'oliva», e così via).

4. Bene sottolinea come il concetto di «cultura» sia oggi fortemente «contestato» all'interno della stessa scienza (l'antropologia) che per prima lo ha elaborato e strutturato, I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, p. 150.

5. C. Kluckhohn - A. L. Kroeber, *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*, Cambridge (Mass.), 1952 (trad. it. *Il concetto di cultura*, Bologna, 1972, p. 288).

6. Per tale esempio, v. C. Kluckhohn - A. L. Kroeber, *Il concetto di cultura*, cit., p. 379.

7. Su You-toube si può vedere un simpatico video (ovviamente privo di qualsiasi rilevanza scientifica) in cui alcune allegre signore spiegano il significato di taluni gesti – compreso il gesto delle dita che per gli italiani significa «ok» – nelle loro rispettive culture di appartenenza: www.youtube.com/watch?v=CWUcGgSolw4.

8. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, III ed., Leipzig, 1932, p. 4. In senso analogo, v. di recente R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 42: «il diritto non è diverso, né separato, dagli altri fenomeni sociali e culturali».

9. Cass. pen., Sez. III, 26 gennaio 2006 (dep. 9 giugno 2006), n. 19808; Id., 15 giugno 2006 (dep. 5 ottobre 2006), n. 33464; Id., 2 luglio 2004 (dep. 23 settembre 2004), n. 37395; Id., 24 novembre 2000 (dep. 1° febbraio 2001), n. 3990, tutte in *Leggi d'Italia*.

Del resto, per toccare con mano i condizionamenti della cultura sul diritto penale basterebbe pensare, in primo luogo, alle tante norme del nostro codice penale che, per l'individuazione del fatto di reato, si servono dei cd. *concetti normativi culturali*, vale a dire di quei concetti che possono essere pensati e compresi solo alla luce di un corpo di norme, per l'appunto, culturali.

Si pensi, tra i numerosi esempi possibili:

- al concetto di «comune sentimento del pudore», che compare nei delitti di osceno (art. 527 ss. cp);
- al concetto di «pubblica decenza» (di cui all'art. 726 cp), che – sono di nuovo parole della Cassazione – «attiene al complesso di norme etico-sociali che costituiscono il costume ed il decoro della comunità»[10];
- al concetto di «motivi di particolare valore morale o sociale», che attenuano il reato (art. 62 n. 1, cp) o, per contro,
- ai «motivi abietti o futili», che lo aggravano (art. 61 n. 1, cp);
- al concetto, infine, di «atti sessuali», che compare nei delitti di cui agli artt. 609 *bis* ss. cp.

Proprio in relazione a quest'ultimo concetto, la Cassazione ci ricorda che «la determinazione di ciò che è sessualmente rilevante in materia penale non può prescindere dal riferimento al costume e alle rappresentazioni culturali di una collettività determinata in un determinato momento storico»[11].

Ad ulteriore conferma della non-neutralità culturale del diritto penale potremmo pensare a fatti come l'aborto, l'eutanasia, la procreazione assistita, l'omosessualità, l'adulterio, il consumo di sostanze stupefacenti, i mezzi (comprensivi, o meno, dell'uso della violenza) utilizzabili dai genitori per educare i figli, i vilipendi alla religione, il maltrattamento di animali, la prostituzione: tutti fatti la cui disciplina penale cambia, anche significativamente, da Stato a Stato, in ragione, tra l'altro, della diversa cultura che impregna le norme penali di questo o quello Stato.

Di conseguenza, il passaggio dei confini da uno Stato all'altro può comportare la soggezione ad un sistema penale diverso, talora significativamente diverso, da quello di provenienza.

Un esempio per tutti: se un ventenne, a Roma o a Milano, ha un rapporto sessuale con una quindicenne consenziente, il fatto non costituisce reato: il nostro codice penale fissa, infatti, la soglia di età al di sotto della quale scatta il divieto di atti sessuali con minori ai 14 anni.

Ma se questo ventenne invita la sua fidanzatina a fare una gita a Lugano o a Zurigo e lì consumano un rapporto sessuale, ecco che il fatto viene a costituire reato, perché la predetta soglia, nel codice penale svizzero, è fissata a 16 anni.

Se invece alla fidanzatina mancasse ancora qualche mese al compimento dei suoi quattordici anni, ai due, per consumare un rapporto sessuale "penalmente irrilevante", converrebbe trascorrere un romantico weekend a Barcellona o a Madrid: in base al codice penale spagnolo, infatti, commette il reato di atti sessuali con minorenni solo l'adulto che ha rapporti con un minore al di sotto dei 13 anni.

E se differenze siffatte sussistono tra Paesi culturalmente "vicini" (nel nostro esempio, Italia, Svizzera, Spagna), potranno *a fortiori* sussistere tra Paesi culturalmente "distanti", sicché, parafrasando un adagio popolare possiamo senz'altro dire: *Paese che vai, reato che trovi*.

3. I cd. reati culturalmente motivati

Le conseguenze della sopra rilevata «non-neutralità culturale» del diritto penale dovrebbero essere a questo punto chiare: quando gli immigrati giungono nel nostro Paese, trovano reati diversi o diversamente strutturati rispetto a quelli previsti nel loro Paese d'origine; e tale diversità è, almeno in parte, dovuta alla diversità della cultura (la cultura italiana), che impregna le norme penali qui vigenti, rispetto alla cultura (la cultura albanese, marocchina, cinese, egiziana, pakistana, siriana, etc.) del loro paese d'origine.

Ne derivano, inevitabilmente, situazioni di tensione che, nella letteratura criminologica, sono state descritte in termini di conflitti normo-culturali[12].

Forse l'esempio oggi più noto e più discusso di un siffatto conflitto normo-culturale ci è offerto dalle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili:

- da una parte, ci sono alcuni gruppi di immigrati, portatori di una cultura che suggerisce e talora impone loro di sottoporre le figlie a tali pratiche;

10. Cass. Pen., Sez. III, 25 ottobre 2005 (dep. 14 dicembre 2005), n. 45284, in *Leggi d'Italia; un insistito riferimento alla "cultura" (e ai suoi mutamenti) quale parametro di valutazione della pubblica decenza si ritrova, di recente*, in Cass. pen., Sez. III, 23 aprile 2014 (dep. 26 settembre 2014), n. 39860, in *Leggi d'Italia*.

11. V. sentenze cit. *supra, nota 9*.

12. Il primo Autore ad aver portato l'attenzione su siffatti conflitti fu Thorsten Sellin, nella fortunata opera Sellin, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938.

- dall'altra, abbiamo il diritto penale di Paesi come l'Italia, la cui cultura non conosce la tradizione delle mutilazioni genitali femminili, né ne condivide le motivazioni e che, pertanto, le considera alla stregua di fatti lesivi dell'integrità personale e della dignità femminile.

La dottrina penalistica, da circa un decennio, ha cominciato a tematizzare le problematiche poste da tali situazioni di conflitto, utilizzando il concetto di *reato culturalmente motivato*.

Per «reato culturalmente motivato» si intende, infatti, un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad una cultura di minoranza (nella specie, un immigrato), comportamento il quale, mentre è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza (nella specie, il gruppo culturale italiano), è invece valutato con minor rigore, o accettato come comportamento normale, o addirittura incoraggiato all'interno del gruppo culturale d'origine del suo autore[13].

Calata nella concreta dinamica processuale, tale definizione potrebbe coprire tutti quei fatti di reato rispetto ai quali l'imputato chiede (o il giudice ritiene comunque opportuna) una estensione della cognizione processuale anche al suo *background* culturale, affinché il giudice possa addivenire ad una più corretta ricostruzione dei fatti e, quindi, nelle aspettative dell'imputato, ad una decisione a lui più favorevole[14].

Ebbene, di fronte ad un reato culturalmente motivato commesso dall'immigrato come deve reagire il nostro diritto penale?

Deve conferire un qualche rilievo alla sua cultura d'origine, alla situazione di conflitto normo-culturale che ha fatto da sfondo alla commissione del reato? Deve concedere all'imputato quella che, con la terminologia della dottrina nordamericana, potremmo chiamare una *cultural defense*?

Oppure il diritto penale deve rimanere assolutamente indifferente alla motivazione culturale?

O addirittura considerarla quale elemento aggravatore[15]?

Vi è poi un ulteriore quesito che pesa come un macigno su tutte le questioni finora sollevate: come si prova in giudizio la diversa cultura e il suo influsso sul comportamento dell'imputato? Come si distingue, in relazione al caso concreto, la cultura d'origine dalla sua indole personale?

4. Nel nostro passato, il loro presente

Prima, però, di affrontare tali questioni, occorre segnalare un rischio al quale potremmo trovarci esposti andando alla ricerca delle relative risposte, un rischio del resto sempre incombente quando si parla di immigrati e di criminalità degli immigrati: quello di soccombere ad incontrollate reazioni emotive, di decidere con la pancia, più che con la testa.

Per fortuna, tuttavia, un vaccino potente per immunizzarci da tale rischio è offerto, proprio a noi italiani, dal nostro passato:

1) guardando al nostro passato, possiamo infatti prima di tutto riscontrare che alcuni dei reati oggi di più ricorrente commissione per motivi culturali da parte degli immigrati, sono *gli stessi fatti* fino a pochi decenni fa tollerati o comunque valutati con magnanimità dal nostro ordinamento giuridico: si tratta dei reati per causa d'onore, che il nostro codice penale disciplinava con estrema magnanimità fino al 1981; delle violenze sessuali, cancellate dal cd. matrimonio riparatore, previsto quale causa speciale di estinzione del reato dal vecchio art. 544 cp.: crudele beffa imposta alla donna violentata; se invece la donna subiva violenza sessuale dopo il matrimonio da parte del marito, la nostra giurisprudenza, almeno fino al 1976, concedeva una sorta di immunità al marito dall'accusa di violenza carnale, purché si fosse contenuto a compiere atti sessuali *secundum naturam*; si tratta, infine, dei tanti fatti di ingiuria, percosse e lesioni personali commessi in ambito familiare, a lungo coperti dall'ombrello protettivo di uno *ius corrigendi* riconosciuto in termini assai ampi ai genitori nei confronti dei figli, ed ai mariti nei confronti delle mogli.

Niente di nuovo sul fronte occidentale, quindi: gli immigrati, in adesione alle norme della loro cultura d'origine, compiono oggi in Italia fatti ben noti al no-

13. Con lievi modifiche, si tratta della definizione di reato culturalmente motivato originariamente elaborata da J. van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* 2001, n. 1, p. 5.

14. Rileva giustamente A. D. Renteln, *The Cultural Defense*, New York, 2004, p. 7, che la nota comune dei casi giudiziari riconducibili, almeno in via di prima approssimazione, alla nozione di reato culturalmente motivato, è costituita dal fatto che «in tutti questi casi alle Corti viene chiesto di tener conto del background culturale dell'imputato».

15. Rilevanza aggravante alla cultura d'origine dell'imputato avrebbe voluto conferire la proposta di legge n. 3250/2010 d'iniziativa dell'on. Sbai per la «modifica all'articolo 61 del codice penale in materia di circostanza aggravante per i reati commessi per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali», presentata alla Camera dei deputati il 24 febbraio 2010.

stro recente passato, fatti che fino a pochi decenni fa erano giudicati con generosa indulgenza dal nostro ordinamento giuridico, il quale, in tale indulgenza, esprimeva una valutazione in larga parte conforme alle concezioni culturali dell'Italia che fu;

2) guardando al nostro passato, possiamo inoltre ritrovare, tra i nostri nonni e i nostri bisnonni, *tanti emigranti*, partiti verso Paesi, e verso culture, diverse da quella d'origine; e ciò ha contribuito al formarsi di una cospicua casistica giurisprudenziale di reati *ante litteram* culturalmente motivati, in cui sul banco degli imputati siede un *Italiano* – emigrato in Svizzera, in Germania, in America, etc. – il quale si difende invocando la sua cultura, le sue tradizioni, la sua mentalità *italiana*.

E non ci sono solo casi appartenenti ad un lontano passato: come il caso di Josephina Reggio, diciassettenne siciliana immigrata a New York, che all'inizio del secolo scorso uccise lo zio per cancellare «alla maniera siciliana» il disonore che le violenze sessuali da questi praticate nei suoi confronti le avevano procurato.

Ci sono anche casi ben più recenti, il più (tristemente) celebre dei quali, assurto agli onori delle cronache solo qualche anno fa, riguarda il cameriere sardo, immigrato in Germania, che per "punire" la propria fidanzata di un presunto tradimento, la tiene segregata nel proprio appartamento per tre settimane, durante le quali la sottopone a crudeli violenze sessuali e pesanti umiliazioni. Ebbene, il Tribunale di Bückeburg, nel giudicare tali episodi, ha punito con una certa mitezza il nostro connazionale ritenendo che questi avrebbe agito spinto da un eccesso di gelosia, rispetto al cui insorgere avrebbero contribuito le sue «particolari impronte etno-culturali». Nella sentenza si legge infatti che «la concezione del ruolo della donna e dell'uomo», diffusa in Sardegna e alla quale l'imputato era ancora legato, «quantunque non possa valere come scusante, deve essere presa in considerazione al fine di una riduzione della pena»[16].

Il cambio di prospettiva e l'inversione di ruoli – da ospitanti a emigranti, da giudici ad imputati – che questa peculiare casistica di reati culturalmente motivati ci impone, potrà, quindi, aiutarci ad assumere un atteggiamento più razionale ed equilibrato nella ricerca di adeguate soluzioni al problema dei reati commessi per – vere o presunte – motivazioni culturali da chi, arrivando in Italia, si è portato in valigia anche la sua cultura d'origine.

5. Le sotto-categorie di «reati culturalmente motivati»

Possiamo ora tornare alla questione che più ci preme: quale trattamento deve riservare il nostro ordinamento giuridico ai reati culturalmente motivati?

A tale domanda è impossibile, o per lo meno altamente sconsigliabile, fornire una risposta monolitica, una risposta, cioè, valida per tutti i casi concreti riconducibili alla categoria del «reato culturalmente motivato», dal momento che quella di «reato culturalmente motivato» risulta essere, a ben vedere, una etichetta dai confini molto ampi, applicabile a casi tra loro anche profondamente eterogenei.

Per avere un'idea di questa molteplicità ed eterogeneità, invito a riflettere sul fatto che sotto tale etichetta sono state tra l'altro riportate le seguenti sotto-categorie di reati, tra loro indubbiamente ben dissimili[17]:

- *violenze in famiglia*, realizzate in contesti culturali caratterizzati da una concezione dei poteri spettanti al capofamiglia o, comunque, ai genitori, diversa da quella cui la prevalente cultura italiana ed europea oggigiorno si ispira; una violenza che, nei casi più tragici, si arma di pugnale per «punire» il familiare che tenta di ribellarsi alle regole sociali ed al codice etico tradizionali;
- *reati a difesa dell'onore*, che scaturiscono da un esasperato concetto dell'onore familiare o di gruppo, il quale può spingere a vendicare "col sangue" la morte di un membro della propria famiglia o del proprio gruppo; altre volte, invece, viene in rilievo il concetto di onore sessuale, offeso da una relazione adulterina o da altra condotta ritenuta riprovevole; né mancano, infine, ipotesi in cui gravi fatti di sangue sono commessi per ristabilire la propria autostima, offesa da uno "smacco" asseritamente ritenuto intollerabile in base ai parametri culturali d'origine;
- *reati di riduzione in schiavitù a danno di minori*, commessi da soggetti che invocano a propria scusa e/o giustificazione le loro ataviche consuetudini concernenti i rapporti adulti-minori;
- *reati contro la libertà sessuale*, le cui vittime sono ragazze minorenni che nella cultura d'origine dell'imputato non godono di una particolare protezione in ragione dell'età, ovvero donne

16. Landgericht Bückeburg 14 marzo 2006, Pusceddu, causa KLs 205 Js 4268/05 (107/05), udienza 25 gennaio 2006, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2008*, p. 1452.

17. Il seguente elenco costituisce una sintesi di una ricerca giurisprudenziale illustrata per esteso in F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 165 ss.

adulte alle quali tale cultura – per il solo fatto che si tratta di mogli o, *tout court*, di persone di sesso femminile – non riconosce una piena libertà di autodeterminazione in ambito sessuale;
- *mutilazioni genitali femminili, circoncisioni maschili rituali e tatuaggi ornamentali «a cicatrici»*, suggeriti, ammessi o addirittura imposti dalle convenzioni sociali, dalle regole religiose o dalle tradizioni tribali del gruppo culturale d'origine;
- *reati in materia di sostanze stupefacenti* aventi per oggetto erbe, bevande, misture il cui consumo è ritenuto assolutamente lecito e, talvolta, addirittura raccomandato, per motivi rituali o sociali, nel gruppo culturale d'origine;
- fatti consistenti nel *rifiuto dei genitori di mandare i figli a scuola* a causa di riserve di tipo religioso-culturale rispetto alla scuola cui questi sono stati assegnati;
- infine, *reati concernenti l'abbigliamento rituale*, riguardanti casi in cui l'usanza tradizionale di portare un indumento (ad esempio, il *burqa* delle donne musulmane) o un amuleto simbolico (ad esempio, il *kirpan* degli indiani *sikh*) è stata vagliata alla luce della sua possibile rilevanza penale rispetto ad alcune figure di reato poste a tutela della sicurezza pubblica.

6. Alcune significative "variabili": livello di offensività del fatto commesso; natura della norma culturale osservata; biografia del soggetto agente

Nel paragrafo precedente siamo passati dalla categoria generale alle sotto-categorie di reati culturalmente motivati. Se proviamo ora a scendere ad un livello ancora maggiore di indagine analitica, prendendo direttamente in considerazione i singoli casi concreti, sarà possibile rilevare che tali casi, seppur accomunati dalla (almeno asserita) matrice culturale del comportamento tenuto dall'imputato, tra loro possono significativamente differenziarsi in forza di almeno tre variabili:

1) una prima variabile, la cui importanza balza subito all'occhio dell'osservatore attento, riguarda il *livello di offensività del fatto commesso*, livello risultante dal bene giuridico offeso, dal suo rango, dalla sua eventuale titolarità in capo ad una vittima determinata, nonché dal grado di offesa (in particolare, danno o pericolo e, in questo caso, pericolo concreto o pericolo astratto) da esso subito. È chiaro, infatti, che non possiamo mettere sullo stesso piano tanto gravissimi delitti di sangue, quanto fatti bagatellari di natura contravvenzionale, tanto offese a diritti fondamentali di una vittima ben determinata quanto reati "senza vittima" e di pericolo astratto;

2) una seconda variabile, ugualmente degna di essere messa a fuoco ai fini di un corretto approccio da parte dei nostri giudici ai reati culturalmente motivati, riguarda la *natura della norma culturale* in adesione alla quale è stato commesso il reato:
- in primo luogo, infatti, potrebbe risultare utile accertare se tale norma sia qualificabile anche in termini di norma religiosa, perché in tal caso troverebbero applicazione gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali già collaudati in tema di esercizio del diritto di libertà religiosa;
- in secondo luogo, potrebbe risultare opportuno verificare se tale norma culturale trovi riscontro anche in una corrispondente norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'immigrato: questa eventuale "coincidenza" potrebbe, infatti, assumere particolare rilievo, in sede di accertamento dell'antigiuridicità e della colpevolezza del fatto commesso;
- in terzo luogo, occorrerebbe interrogarsi sul grado di vincolatività di tale norma all'interno dello stesso gruppo culturale cui appartiene l'immigrato-imputato: essa potrebbe, infatti, limitarsi a suggerire il compimento di una determinata pratica (com'è, ad es., per la poligamia tra i musulmani), o, per contro, imporla con un elevato grado di cogenza e con un potente apparato di sanzioni (come avviene, ad es., almeno in alcune comunità, per le pratiche di circoncisione maschile e femminile); per altro verso, potrebbe trattarsi di una norma culturale rispettata in modo omogeneo da (quasi) tutti i membri del gruppo culturale cui appartiene l'imputato o, per contro, contestata da ampie fasce di persone appartenenti a tale gruppo, con tutto ciò che ne consegue in ordine al grado di antigiuridicità e di colpevolezza del fatto commesso da chi tale norma ha voluto osservare;

3) una terza variabile di grande rilevanza concerne, infine, la *biografia* del *soggetto agente* per quanto riguarda, in particolare, il suo grado di integrazione nella cultura del Paese d'arrivo e, reciprocamente, il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine: potrebbe trattarsi, infatti, di un immigrato che, al di là del tempo di permanenza nel nuovo Paese, non ha ancora avuto alcuna significativa occasione di socializzazione in tale Paese o, per contro, di un immigrato ben integrato, almeno per quanto riguarda alcuni aspetti della sua vita pubblica, e magari anche privata. È evidente, infatti, che la credibilità della "difesa culturale", e le *chances* di una sua rilevanza *pro*

reo, risultano inversamente proporzionali al grado di integrazione dell'imputato nella cultura del Paese, di fronte ai cui giudici è chiamato a rispondere del fatto commesso.

7. Un "test culturale" per i reati culturalmente motivati? Alcuni riscontri (impliciti) nella recente giurisprudenza penale

Le tre variabili sopra descritte, in forza della loro fondamentale rilevanza, potrebbero costituire anche l'ossatura di una sorta di *test culturale*, utilizzabile dai giudici penali chiamati ad affrontare casi concreti in cui l'imputato si "difende" invocando la sua cultura d'origine.

Il concetto di *test* culturale è stato di recente ben illustrato, nella dottrina italiana, da Ilenia Ruggiu, la quale sottolinea l'idoneità di un siffatto *test* a fornire ai giudici una procedura standardizzata di accertamento di determinati requisiti, procedura la quale può aiutare i giudici stessi ad elaborare una motivazione delle sentenze più articolata e meglio argomentata in punto di "motivazione culturale"[18].

In attesa di futuri studi e ricerche che consentano una eventuale, maggiore formalizzazione del *test* culturale, qui solo abbozzato, in questa sede possiamo comunque evidenziare che talora i nostri giudici penali sembrano aver già intuito l'importanza delle tre variabili sopra indicate, e averle adeguatamente considerate – sia pur al di fuori di qualsiasi procedura standardizzata e di una chiara esplicitazione dei passaggi seguiti – nelle motivazioni delle sentenze con cui hanno affrontato taluni casi di reati culturalmente motivati.

7.1. La sentenza della Corte d'appello di Venezia (2012) sulle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili

Un buon esempio in tal senso ci è offerto dalla sentenza della Corte d'appello di Venezia[19], con la quale sono stati giudicati i primi due episodi chiamanti in causa il nuovo art. 583 *bis* cp.

Entrambi gli episodi si sono verificati a Verona, a fine marzo 2006, e vedono come protagonisti alcuni cittadini nigeriani, appartenenti all'etnia degli Edo-Bini: una donna, G.O., ostetrica in Nigeria ma priva di qualsiasi titolo per operare in quanto tale in Italia; una giovane nigeriana, madre della minore X, nata da due mesi all'epoca dei fatti; un giovane nigeriano, padre della minore Y, nata da due settimane all'epoca dei fatti.

Ebbene, nel primo episodio la G.O., dietro compenso di 300 euro, praticava sulla minore X la cd. *aruè*: un'incisione superficiale sulla faccia antero-superiore del clitoride, della lunghezza di circa 4 mm a decorso pressoché longitudinale, e della profondità di circa 2 mm.

Nel secondo episodio la G.O., dietro promessa di un compenso di 300 euro, si recava, su richiesta del padre della minore Y, presso l'abitazione di questi, con una borsa contenente gli attrezzi per eseguire la *aruè* (forbici, siringhe, garze, cotone idrofilo, una pinza chirurgica, una boccetta di lidocaina e una di disinfettante) ma, appena le veniva aperta la porta di casa, intervenivano gli agenti di polizia, che già da qualche giorno seguivano i suoi spostamenti e avevano messo sotto controllo la sua utenza telefonica.

Mentre in primo grado gli imputati vengono condannati, sia pur con pene miti, per il reato di lesione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* co. 2 cp), in appello i due genitori ricorrenti vengono assolti per carenza di dolo: quel dolo specifico – il «fine di menomare le funzioni sessuali» – esplicitamente richiesto dalla norma incriminatrice in questione.

Grazie anche ad una serie di testimonianze qualificate (un docente universitario di antropologia dell'educazione; una docente universitaria di pedagogia della mediazione; un sacerdote cristiano, appartenente all'etnia degli Edo-Bini, ma immigrato in Italia da circa vent'anni), la Corte d'appello di Venezia riconosce, infatti, che i genitori avevano sottoposto le neonate alla *aruè* al fine di soddisfare una funzione di purificazione, di umanizzazione, e per sancire un vincolo identitario, e non già al fine di menomarne le funzioni sessuali, compromettendo il desiderio o la praticabilità dell'atto sessuale.

Ebbene, come anticipato, in tale decisione i giudici compiono un'accurata ponderazione delle tre variabili sopra ricordate:

- quanto al *livello di offensività del fatto commesso*, infatti, i giudici da un lato evidenziano che nel caso di specie risultava compromessa solo l'integrità fisica (e non anche la dignità della donna, che in teoria pur potrebbe costituire oggetto di tutela del reato di cui all'art. 583 *bis*

18. I. Ruggiu, *Il giudice antropologo*, cit., p. 85 ss.; della medesima Autrice si veda anche il saggio pubblicato in questo numero della Rivista, p. 216.

19. Corte d'appello (penale) di Venezia, 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista online, luglio 2013; ivi v. pure, volendo, F. Basile, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis cp.*

cp); dall'altro lato, rilevano che l'integrità fisica delle due neonate aveva qui subito un'offesa di grado minimo, destinata a non lasciare conseguenze permanenti;
- quanto alla *norma culturale*, in adesione alla quale gli imputati avevano agito, i giudici ne hanno sottolineato l'elevato grado di diffusione, di vincolatività e di osservanza presso il gruppo culturale degli Edo-Bini;
- quanto, infine, alle *biografie personali degli imputati*, i giudici evidenziano che la giovane madre è «persona priva di istruzione, emigrata in Italia da non molto tempo, che comprende a stento la lingua italiana e che vive in uno stato di particolare emarginazione o scarsa integrazione rispetto al tessuto sociale in cui si trova»; mentre in relazione al giovane padre, sottolineano il suo elevato grado di perdurante adesione alla cultura d'origine: questi, si legge nella sentenza, era «legato da un profondo senso di appartenenza all'etnia Edo-Bini, che si manifestava nel rispetto e nella condivisione delle tradizioni di tale etnia».

7.2. La sentenza della Cassazione (2011) sulla circoncisione maschile rituale

Anche leggendo la motivazione di una sentenza della Cassazione penale del 2011[20], relativa ad un caso di circoncisione maschile rituale, sembrerebbe che le tre variabili sopra ricordate (livello di offensività del fatto commesso; natura della norma culturale osservata; biografia del soggetto agente) siano state adeguatamente prese in considerazione in fase di giudizio, per quanto non in termini pienamente consapevoli ed esplicitati.

Nella specie, l'imputata era una giovane immigrata nigeriana, di religione cattolica, la quale, in adesione alle usanze della sua cultura d'origine, aveva fatto sottoporre il proprio neonato a circoncisione da una connazionale «solita praticare questo genere d'interventi», ancorché priva di qualsiasi abilitazione medica. Purtroppo l'intervento aveva provocato una gravissima emorragia, con necessità di ricovero d'urgenza del neonato (ricovero con esito finale fausto, nonostante il pericolo di morte corso dal piccolo).

Mentre la donna che aveva praticato la circoncisione non viene identificata, la madre – caduta nei suoi confronti l'originaria accusa per il delitto di lesioni dolose (per carenza di dolo) e l'accusa successivamente riformulata per il delitto di lesioni colpose (per mancanza di querela) – dal giudice di primo grado viene condannata per concorso nel reato di abusivo esercizio di una professione (art. 348 cp), segnatamente la professione medica. Il Tribunale giudicante ritiene, infatti, che la circoncisione maschile rientri tra gli atti che debbono essere necessariamente praticati da personale medico: la donna, affidando l'incarico di effettuare la circoncisione sul proprio neonato ad una persona non abilitata, avrebbe pertanto concorso nel suddetto delitto.

La condanna, confermata in appello, viene invece annullata senza rinvio dalla Cassazione sulla base del seguente ragionamento: vero è che l'intervento circoncisorio è, oggettivamente, un atto medico, ma l'ignoranza di tale sua qualità da parte dell'imputata deve ritenersi scusabile e, pertanto, rilevante ai sensi dell'art. 5 cp, così come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988.

Se ora andiamo alla ricerca del rilievo assunto nella motivazione della sentenza della Cassazione dalle nostre tre «variabili»:
- dobbiamo, in primo luogo, evidenziare che nel momento in cui il procedimento giunge in Cassazione, il reato contestato è solo ed esclusivamente quello di abusivo esercizio di una professione: un reato, quindi, dal *livello di offensività* assai basso (come risulta anche dalla relativa cornice edittale: reclusione fino a sei mesi o multa da 103 a 516 euro), posto a tutela di un bene giuridico "spersonalizzato" (il buon andamento della Pubblica amministrazione, con riferimento all'attività giuridicamente regolata di legittimazione all'esercizio di determinate attività professionali richiedenti speciali competenze)[21];
- in secondo luogo, per quanto concerne la *norma culturale* osservata dall'imputata, si noti che la motivazione della sentenza dà esplicito rilievo alle «tradizioni culturali ed etniche» in adesione alle quali l'imputata avrebbe agito, sicché la sua scelta di far sottoporre il figlio a circoncisione da parte di persona priva di competenze mediche «va letta come espressione della cultura dalla medesima interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza». Se poi si va a vedere anche la sentenza di

20. Cass. pen., Sez. VI, 22 giugno 2011 (dep. 24 novembre 2011), n. 43646, in *Diritto penale contemporaneo, rivista online*, marzo 2012, con nota di V. Pusateri, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica.*

21. In tal senso, anche per i necessari riferimenti, v. R. Pasella, *Commento all'art. 348,* in E. Dolcini - G. Marinucci, *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, vol. II, p. 887.

primo grado[22], può rilevarsi che nel relativo procedimento era stato assunto come testimone della difesa un sacerdote cattolico di origine nigeriana, il quale aveva riferito che la circoncisione maschile rituale è «una pratica ampiamente diffusa in molte culture africane, ed anche nella comunità nigeriana di religione cattolica di Padova, comunità di cui fa parte l'imputata»;
- quanto, infine, alla *biografia dell'imputata*, la Cassazione prende atto del fatto che la donna, fornita di un «basso grado di cultura», «non è risultata essere ancora integrata nel tessuto sociale» del nostro Paese, sicché essa risulta tuttora «portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale».

Ebbene, il gioco delle tre variabili – lo si ripete: un gioco che nella specie si è svolto più dietro le quinte che lungo i binari di un'argomentazione esplicita e consapevole – conduce la Cassazione al seguente, decisivo passaggio motivazionale: «il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese (...) non può (...) risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti (...). Non possono essere ignorati il basso grado di cultura dell'imputata e il forte condizionamento derivatole dal mancato avvertimento di un conflitto interno, circostanze queste che sfumano molto il dovere di diligenza dell'imputata finalizzato alla conoscenza degli ambiti di liceità consentiti nel diverso contesto territoriale in cui era venuta a trovarsi. Sussistono pertanto, nel caso concreto, gli estremi dell'*error iuris* scusabile».

7.3. La sentenza della Cassazione (2007) sulla violenza sessuale intraconiugale

Un terzo caso, infine, in relazione al quale i nostri giudici sembrano aver correttamente intuito il rilievo delle tre predette variabili (livello di offensività del fatto commesso; natura della norma culturale osservata; biografia del soggetto agente), è stato affrontato dalla Cassazione penale nel 2007[23].

Il caso riguardava due giovani immigrati marocchini che nel dicembre del 2001 si sposano, secondo l'uso marocchino, con un matrimonio combinato dai genitori della sposa, senza tuttavia andare inizialmente a convivere. La convivenza inizia solo due anni e mezzo dopo, nei primi di maggio del 2003, quando il marito (odierno imputato) trova un alloggio. Trascorsi alcuni giorni questi costringe la moglie ad avere un rapporto sessuale, dopo averla trascinata sul letto e averle tenuto la bocca tappata con un cuscino. Lo stesso comportamento si ripete nei giorni successivi, finché la donna lascia l'abitazione coniugale e torna dai propri genitori.

Il marito – condannato per il reato di violenza sessuale – ricorre in Cassazione, deducendo tra l'altro, ignoranza inevitabile della legge penale violata e mancanza di dolo: egli, infatti, non solo avrebbe ignorato che in Italia la violenza sessuale intraconiugale costituisce reato (non avendo essa rilevanza penale nel suo ordinamento di origine) ma, sul piano fattuale, avrebbe altresì ignorato che la ragazza era stata costretta al matrimonio dai di lei genitori; in ogni caso, poi, i fatti si sarebbero verificati nella prima settimana di matrimonio tra due persone vergini e sessualmente inesperte.

La Cassazione, tuttavia, respinge il ricorso e conferma la condanna per il delitto di violenza sessuale. Decisiva, ai fini della conferma della condanna, risulta indubbiamente la considerazione del *livello di offensività del fatto commesso*: la violenza sessuale, infatti, è un reato di danno, posto a tutela di un fondamentale bene giuridico (la libertà di autodeterminazione in ambito sessuale), di cui titolare è una persona ben determinata (nella specie, la moglie dell'imputato).

La prima delle tre variabili del nostro *test*, pertanto, si configura in questo caso in termini tali da ostare, in modo assorbente, a qualsiasi valutazione della motivazione culturale che possa condurre ad un esito assolutorio. Come, infatti, anche altre successive sentenze della nostra Cassazione hanno avuto modo di affermare[24] – quando «le condotte oggetto di valutazione si caratterizzano per la palese violazione dei diritti essenziali ed inviolabili della persona quali riconosciuti ed affermati dalla Costituzione, che costituiscono la base indefettibile dell'ordinamento

22. Tribunale di Padova, 9 novembre 2007, in www.olir.it.

23. Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2007 (dep. 17 settembre 2007), n. 34909, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2008, p. 407.

24. V., tra le ultime orientate in tal senso, Cass. pen., Sez. VI, 28 marzo 2012 (dep. 30 marzo 2012), n. 12089, in *Leggi d'Italia*, da cui è tratta la citazione riportata di seguito nel testo. In senso del tutto analogo, v. pure Cass. pen., Sez. VI, 19 marzo 2014 (dep. 13 maggio 2014), n. 19674, ivi, con citazione di ulteriori precedenti conformi.

giuridico italiano e il cardine della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali», va eretto uno «sbarramento invalicabile contro l'introduzione nella società civile (...) di consuetudini, prassi e costumi "antistorici" rispetto ai risultati ottenuti nell'ambito dell'affermazione e della tutela dei diritti inviolabili della persona in quanto tale, cittadino o straniero che sia».

Ma se la prima delle tre variabili del nostro *test* (livello di offensività del fatto commesso) preclude qualsiasi esito assolutorio quando sono offesi beni fondamentali della persona, la considerazione delle altre due variabili (natura della norma culturale osservata; biografia dell'imputato) potrebbe, invece, consentire di attribuire rilievo alla motivazione culturale perlomeno ai fini del *quantum* della punibilità, come dimostra proprio la sentenza sul caso delle violenze intraconiugali qui in esame.

La Cassazione, infatti, nel respingere il ricorso del marito-imputato, dà atto anche del corretto riconoscimento, a suo favore, dell'attenuante della «minore gravità» di cui all'art. 609 *bis* comma 3 cp, rilevando che si tratta di «fatti commessi nell'ambito di un rapporto di coniugio appena iniziato» tra giovani, nella cui «comune cultura d'origine la violenza sessuale tra coniugi non è configurabile come illecito».

Conclusioni

Le soluzione giurisprudenziali sopra descritte meritano, a mio sommesso avviso, grande attenzione e rispetto, perché dimostrano che, attraverso una accorta ponderazione delle tre fondamentali variabili sopra evidenziate (livello di offensività del fatto commesso; natura della norma culturale osservata; biografia del soggetto agente), è possibile approdare, in presenza di determinati presupposti, ad un cauto e circoscritto riconoscimento benevolo del fattore culturale: riconoscimento il quale risulta equo e ragionevole ogni qual volta la realizzazione del reato costituisca davvero l'esito di un conflitto normo-culturale ancora irrisolto, di tal ché il reato commesso dall'immigrato di *cultura diversa* potrebbe effettivamente risultare meno rimproverabile rispetto ad uno stesso identico fatto commesso da un imputato di *cultura italiana*.

La valutazione *pro reo* della motivazione culturale potrebbe, in altre parole, in qualche modo compensare la situazione di svantaggio in cui versa l'imputato appartenente ad una cultura di minoranza ogni qual volta sia chiamato a rispondere per un fatto previsto come reato da una legge in cui si rispecchia la sola cultura di maggioranza, qualora egli, rispetto a quest'ultima cultura, risulti tuttora incolpevolmente «straniero».

I reati culturalmente motivati tra conflitti normativi e dimensione geopolitica: l'escissione come *crime* nella giurisprudenza francese

di *Lucia Bellucci*

Le norme consuetudinarie e gli ordinamenti giuridici statuali riflettono spesso narrative differenti, creando conflitti normativi. Questi ultimi sono enfatizzati dall'incremento dei flussi migratori globali e coinvolgono spesso questioni di genere. Pratiche tradizionali per lo più ignorate quando erano perpetuate unicamente nelle aree colonizzate, sono state considerate reati una volta *importate* in Europa e, più in generale, nei Paesi cosiddetti occidentali. Il contributo si concentra sulla risposta giudiziaria dell'ordinamento francese all'escissione. Essa è una pratica antichissima, diffusa in numerose aree geografiche, in particolare africane e consiste nell'ablazione, di grado variabile, degli organi genitali femminili. La Francia è il Paese con la più ricca giurisprudenza in materia, l'unico in cui i casi di escissione sono stati portati sistematicamente in giudizio. Il conflitto tra ordinamento consuetudinario e ordinamento statuale è particolarmente evidente e complesso in materia di escissione e le Corti sono chiamate a trattarlo. Tale consuetudine viola infatti diritti fondamentali, quali il diritto all'integrità fisica, alla salute e alla non discriminazione in base al genere/all'etnia/alla cultura, ma è praticata senza l'intento di nuocere. Il presente contributo esamina l'influenza del contesto storico-politico sulla risposta dell'ordinamento francese all'escissione. Si concentra quindi, da un lato, su quella che può essere definita come la dimensione geopolitica dei reati culturalmente motivati, tramite lo studio del quadro internazionale in materia di escissione e del cosiddetto modello francese d'integrazione, dall'altro, sulla transizione dei casi di escissione dalla giurisdizione del *Tribunal correctionnel* a quella della *Cour d'assises*. Sembra particolarmente rilevante riflettere sulla su citata dimensione in un momento in cui l'Europa si trova a confrontarsi con importanti flussi migratori non programmati, legati ad emergenze umanitarie e, al contempo, con istanze di sicurezza. Il presente contributo evidenzia, infine, come l'ordinamento giuridico francese abbia stabilito tra il concetto di violenza e quello di escissione un nesso, che si riscontra anche nei documenti delle istituzioni dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa consacrati al tema in questione.

1. Introduzione

Con l'espressione «reato culturalmente motivato» o «reato culturalmente orientato» o «reato culturale»[1], a seconda che si guardi dal punto di vista del diritto penale o da quello dell'imputato[2], la dottrina indica «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza,

1. Cfr., per queste espressioni, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano 2010, p. 14. Sui reati culturalmente motivati si veda anche, dello stesso autore, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali*, Cuem, Milano, 2008; "*Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente motivati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nuova serie, 11, 2008, pp. 149-212. Sul tema si veda, infine, B. Pastore e L. Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008.

2. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 8.

che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto»[3]. I reati culturalmente orientati hanno generalmente ad oggetto comportamenti legati a tradizioni culturali, spesso di antica data, che confliggono con diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti statuali.

Relativamente a tali reati si possono fare due osservazioni, che delineano l'ossatura lungo la quale si svilupperà il presente lavoro. La prima è che essi traducono giuridicamente il conflitto tra ordinamenti di tipo consuetudinario, tradizionale e ordinamenti di tipo statuale; sono espressione di un conflitto normativo. La seconda è che la configurazione e l'applicazione di norme che disciplinano comportamenti sanzionati come reati culturalmente motivati sono fortemente influenzate dal contesto in cui tali comportamenti si verificano.

Alla luce della prima osservazione si può affermare che comportamenti per lo più ignorati durante le esperienze coloniali occidentali sono stati considerati reati una volta "importati" nei Paesi che furono un tempo colonizzatori. L'incremento dei flussi migratori e lo stabilizzarsi delle migrazioni, con conseguente aumento di quelle a lungo termine o permanenti a scapito di quelle temporanee o stagionali, ha acuito il confronto diretto e, quindi, il conflitto tra norme statuali e norme consuetudinarie. Le Corti sono di conseguenza state chiamate a pronunciarsi su tali reati, trovandosi a dirimere complessi conflitti culturali e valoriali.

Alla luce della seconda si può affermare che, se è vero che tutte le scelte normative compiute in materia di sanzioni repressive sono dettate da esigenze nate in un contesto preciso, è pur vero che le decisioni in materia di repressione di comportamenti legati a tradizioni culturali e alle loro differenti interpretazioni, sono fortemente influenzate dal contesto storico e politico in cui tali scelte sono compiute e da cui traggono giustificazione, contesto che circostanze nazionali e internazionali contribuiscono generalmente a delineare. Una tradizione culturale considerata lecita in un certo periodo può non esserlo più poco tempo dopo o esserlo in maniera solo limitata, a causa ad esempio delle mutate condizioni geopolitiche in cui essa si colloca.

Riflettere su tali aspetti pare particolarmente importante in un momento storico in cui i paesi "Occidentali" e, in particolare l'Europa, sono chiamati a confrontarsi, da un lato con flussi migratori non programmati di dimensioni assolutamente rilevanti, dovuti in particolare a emergenze umanitarie in corso in Africa e Medio Oriente, dall'altro con istanze securitarie legate ad una minaccia terroristica che trova il suo alimento anche in tali emergenze. Se non è ancora possibile analizzare in che misura queste istanze siano in grado di influenzare consolidati modelli di inclusione sociale degli immigrati e delle minoranze etniche o di giustificare modifiche agli stessi, è possibile affermare che esse stanno già incidendo e incideranno su alcune scelte politiche, e quindi giuridiche, in materia di reati culturalmente motivati. In particolare le istituzioni dei Paesi europei, recentemente colpite da attentati terroristici o minacciate di esserlo, saranno maggiormente inclini a considerare reati comportamenti legati ad espressioni culturali o religiose fino a poco tempo fa tollerati o a far applicare norme da tempo presenti in materia, ma rimaste quasi sempre inapplicate. Ciò può tradursi nella configurazione di nuovi reati culturalmente orientati e/o nell'applicazione di norme prima per lo più ignorate.

L'analisi della risposta sanzionatoria data dall'ordinamento francese all'escissione fornisce spunti di riflessione che permettono di sviluppare entrambe le osservazioni su citate. Spunti al riguardo possono in particolare essere rilevati nell'analisi delle premesse storico-politiche e giuridiche che hanno influenzato sia la mancata adozione di una legge in materia, sia la "criminalizzazione" di tale norma consuetudinaria, cioè la transizione dei casi di escissione dalla giurisdizione del *Tribunal correctionnel* a quella della *Cour d'assises*.

L'escissione è una pratica antichissima, diffusa in molte parti del globo, in particolare nel continente africano, consistente nell'ablazione, di grado differente, degli organi genitali femminili. Essa costituisce un esempio particolarmente significativo del conflitto tra ordinamento statuale e ordinamento consuetudinario. L'escissione viola infatti diritti fondamentali quali il diritto all'integrità fisica, alla salute e alla non discriminazione in base al genere, all'etnia, alla cultura, ma non è perpetuata con l'intento di nuocere. È al contrario praticata come una consuetudine "inclusiva", che risponde al desiderio di evitare alla bambina o alla donna l'emarginazione dalla comunità di origine.

In Francia le Corti sono state particolarmente chiamate a pronunciarsi su casi di escissione. Questo Paese offre in effetti la più ricca casistica giurispru-

3. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 41-42.

denziale in materia ed è uno dei pochi a non aver adottato al riguardo norme incriminatrici *ad hoc*, contrariamente a quanto avvenuto nella maggior parte dei Paesi che sanzionano l'escissione. In Italia ad esempio tale pratica è disciplinata dalla legge n. 7 del 9 gennaio 2006, recante «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile»[4].

Dalla fine degli anni Settanta alla fine degli anni Ottanta i casi di escissione sono stati giudicati dal *Tribunal correctionnel*. Dalla fine degli anni Ottanta tale pratica non è più stata considerata un *délit*, ma un *crime*, di competenza perciò della *Cour d'assises*. Le decisioni in materia di escissione sono quindi prese da giudici togati, di cui uno è il Presidente della Corte e da giudici popolari, a seguito di un procedimento lungo e complesso, che lascia sovente spazio ad una maggiore spettacolarizzazione e mediatizzazione del giudizio, e sono potenzialmente punibili con le pene più elevate previste dall'ordinamento francese.

Nel presente lavoro analizzerò il panorama giuridico e politico che si è delineato in materia di escissione negli anni precedenti al passaggio alla giurisdizione della *Cour d'assises*, e il modello francese d'inclusione sociale. Il primo costituisce infatti il quadro teorico di riferimento che esprime la posizione internazionale secondo la quale l'escissione è una pratica tradizionale nociva alla salute delle donne e delle bambine e che sembra poter aver influenzato il passaggio ad un potenziale inasprimento della sanzione penale. Il secondo costituisce invece il presupposto storico-politico che ha inciso sulla scelta di non adottare norme incriminatrici *ad hoc* per punire l'escissione, affidando ai giudici il compito di decidere sulla base delle ordinarie norme incriminatrici. Analizzerò successivamente i casi di escissione trattati dal *Tribunal correctionnel*, sottolineando la transizione verso la giurisdizione della *Cour d'assises*.

2. Il mutato clima internazionale in materia di escissione: un elemento potenzialmente influente sulla risposta dell'ordinamento francese

È molto probabile che il mutamento avvenuto in materia di escissione a livello internazionale abbia dapprima influenzato la scelta francese di intervenire relativamente a tale norma consuetudinaria con sanzioni penali, poi quella di affidare alla *Cour d'assises* il compito di pronunciarsi sui fatti ad essa relativi. A partire dalla fine degli anni Settanta si è accresciuta l'attenzione internazionale per i danni causati dalle pratiche tradizionali che incidono in maniera immutabile sul corpo delle donne e delle bambine. Sembra quindi opportuno analizzare in dettaglio i fatti più salienti e i documenti adottati a livello internazionale fino agli anni Novanta, quelli cioè che hanno potenzialmente influenzato l'*iter* di *giurisdizionalizzazione* dell'escissione in Francia, incluso il mutamento della sua qualificazione giuridica.

Occorre ricordare che l'Oms aveva precedentemente ritenuto che l'escissione esulasse dalla propria competenza. Nel 1958 il Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite l'aveva invitata a «intraprendere uno studio sulla persistenza di costumi che consistono nel sottoporre le ragazze ad operazioni rituali e sulle misure prese o progettate per mettere fine a queste pratiche». Nella dodicesima Assemblea del maggio 1959, essa aveva stimato che «le operazioni rituali in questione risultano da concezioni culturali e sociali il cui studio non [è] di competenza dell'Oms»[5].

Tuttavia, nel 1979, l'Organizzazione modifica la propria posizione, considerando l'escissione lesiva della salute delle donne e delle bambine. Qualche anno prima, nel 1973, erano in effetti usciti i rapporti di Fran Hosken sul tema e a partire dal 1975 avevano visto la luce libri come *La parole aux négresses*, di Awa Thiam[6]; *Ainsi soit-elle*, di Benoîte Groult[7]; *L'en-*

4. In *Gu* n. 14, 18 gennaio 2006, p. 4. Si veda sul tema F. Basile, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, *Diritto penale e processo*, 6, 2006, pp. 678-691; C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Ets, Pisa, 2010, pp. 39-41; L. Goisis, *Multiculturalismo e diritto penale in un'ottica comparatistica: l'esempio del Canada. Prime riflessioni alla luce della convenzione di Istanbul*, in M.A. Foddai (a cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 117-168.

5. AA.VV., *Annexes. Les mutilations sexuelles féminines dans le contexte international*, in *Les mutilations du sexe des femmes aujourd'hui en France*, Tierce, Paris, 1984, p. 89; M. Erlich, *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, L'Harmattan, Paris, 1986, p. 85; C. Nisak, *"Qu'il est long le chemin", L'excision: une pratique en recul? (enquête), Enfant d'abord*, giugno 1986, p. 55; M. Irvoas, *"L'histoire des réactions aux mutilations sexuelles féminines ou bref historique d'une conspiration du silence"*, numero speciale *Dossier excisions*, *Migrations-Santé*, gennaio 1984, p. 65.

6. Denoël-Gonthier, Paris, 1978.

7. Bernard Grasset, Paris, 1975.

terrée vive. Essai sur les mutilations sexuelles féminines, di Renée Saurel[8]. Nel 1977, *Terres des Hommes*, organizzazione umanitaria di sostegno all'infanzia, aveva tenuto una conferenza stampa a Ginevra in cui aveva presentato documenti medici e testimonianze dirette su escissione e infibulazione[9].

Il 1979 è inoltre l'anno in cui viene adottata[10] la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna[11], al cui art. 2 lett. f) gli Stati si impegnano a «prendere ogni misura adeguata, comprese le disposizioni di legge, per modificare o abrogare ogni legge, disposizione, regolamento, consuetudine o pratica che costituisca discriminazione nei confronti della donna»[12].

Dal 1979 l'Oms comincia ad organizzare seminari sull'escissione, ai quali partecipano numerosi Paesi africani. A Khartoum, nell'anno appena citato, organizza, insieme al Fondo delle Nazioni unite per l'infanzia (Unicef), un seminario sulle pratiche tradizionali che colpiscono la salute delle donne e dei bambini; vi partecipano dieci paesi del Mediterraneo orientale e dell'Africa dell'Est. Si tratta, in particolare, di Gibuti, Oman, Egitto, Somalia, Repubblica democratica dello Yemen, Etiopia, Kenya, Nigeria, Alto Volta e Sudan. Vengono adottate conclusioni e raccomandazioni riguardanti la politica nazionale e la legislazione sulla materia, con un'enfasi particolare sull'importanza dell'educazione[13]. Nel dicembre dello stesso anno si tiene a Lusaka la seconda Conferenza regionale delle Nazioni unite sull'integrazione della donna nello sviluppo, durante la quale si condanna l'infibulazione e i governi africani vengono invitati ad aiutare le organizzazioni femminili nazionali nella ricerca di una soluzione al problema[14].

Nel 1980, sempre insieme all'Unicef, l'Oms organizza ad Alessandria un altro seminario. In questa sede le due organizzazioni convengono che ogni operazione chirurgica inutile dal punto di vista medico, anche se presenta un rischio minimo per la salute, è inaccettabile sul piano etico e umanitario, offrendo il loro aiuto agli Stati che vorranno attivarsi per l'abolizione delle pratiche tradizionali nocive alla salute[15].

In quello stesso anno si tiene a Copenaghen la seconda Conferenza mondiale, cioè la Seconda Conferenza delle Nazioni unite, sulle donne, in cui viene trattato anche il tema delle pratiche tradizionali che colpiscono la salute delle stesse. Sebbene nel Programma d'azione per la seconda metà del Decennio delle Nazioni unite per le donne l'argomento sia ripreso solo in forma generica, facendo riferimento soprattutto a vasti programmi di educazione[16], nel *forum* parallelo alla conferenza ufficiale si riuniscono donne di 120 Paesi e il tema delle mutilazioni sessuali vi è largamente dibattuto. In alcuni casi nascono anche scontri e incomprensioni tra donne africane ed europee o americane[17].

Il gruppo di lavoro promosso dalle Nazioni unite intraprende missioni di studio in diversi Paesi africani con il concorso di più organismi umanitari e su impulso di due coordinatrici africane, Isabelle Tévoédjrè e Berhane Ras-Work. Esso diviene successivamente il Gruppo di lavoro sulle pratiche tradizionali pregiudizievoli alla salute delle donne e dei bambini. In seguito all'interesse suscitato negli ambienti sociosanitari e tra le associazioni femminili dei Paesi visitati, tale gruppo prepara il terreno proprio al seminario di Dakar del 1984.

Qui, infatti, nel febbraio dello stesso anno, su invito del governo senegalese, l'Oms e l'Unicef organizzano, insieme al gruppo di lavoro in questione, il corrispondente del seminario di Khartoum in Africa occidentale. Ad esso partecipano 20 paesi: Benin, Costa d'Avorio, Gibuti, Egitto, Etiopia, Gambia, Gha-

8. Slatkine, Genève-Paris, 1981.

9. Cfr. M. Irvoas, *op. cit.*, p. 65.

10. Il 18 dicembre.

11. Cedaw. Tra i paesi africani firmatari: Benin, Burkina Faso, Egitto, Etiopia, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Liberia, Mali, Nigeria, Repubblica Centrafricana, Tanzania, Chad, Eritrea e Gibuti. Cfr. anche M.-H. Franjou e I. Gillette, *Femmes assises sous le couteau. En Bambara "se faire exciser" se dit "s'asseoir sous le couteau"*, Gams, Paris, 1995, p. 36.

12. Disponibile in www.giustizia.it/resources/cms/documents/CEDAW.pdf, consultato il 7/2/2016.

13. Cfr. AA.VV., *Annexes. Les mutilations sexuelles féminines dans le contexte international*, cit., p. 89.

14. Cfr. M. Erlich, *op. cit.*, p. 86 e M. Irvoas, *op. cit.*, p. 67.

15. Cfr. AA.VV., *Annexes. Les mutilations sexuelles féminines dans le contexte international*, cit., p. 90.

16. Cfr. *ibidem*, p. 90.

17. Cfr. M. Irvoas, *op. cit.*, p. 69.

na, Guinea, Guinea Bissau, Alto Volta, Liberia, Mali, Mauritania, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leone, Somalia, Sudan e Togo. In tale sede vengono confermate le raccomandazioni di Khartoum. Da quest'ultimo seminario nasce un Comitato inter-africano, Comité Inter-Africain sur les pratiques traditionnelles affectant la santé des femmes et des enfants (Ci-Af), incaricato di proseguirne i lavori; al suo interno ogni Paese rappresentato dovrà costituire un comitato nazionale.

L'anno successivo, a Nairobi, nell'ambito delle organizzazioni non governative (Ong), viene fatto il punto della situazione e presentato il manichino smontabile studiato per la prevenzione[18]. Dal 6 al 10 aprile 1987 si tiene ad Addis Abeba un importante seminario del Comité Inter-Africain, in cui viene adottato un piano d'azione[19]. Il Comitato tiene un altro seminario nella stessa città dal 19 al 24 novembre del 1990. In quest'anno un Comitato nazionale, ideato durante il seminario di Khartum, è presente in una ventina di Paesi africani con l'obiettivo di lottare contro le pratiche tradizionali pregiudizievoli alla salute delle donne e dei bambini. Si tratta di Egitto, Etiopia, Gambia, Ghana, Kenya, Liberia, Nigeria, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Tanzania, Benin, Burkina Faso, Gibuti, Guinea, Mali, Niger, Senegal, Ciad, Togo. Oltre che in questi Paesi, comitati nazionali affiliati a quello Inter-Africano, il Ci-Af, si sono poi formati anche in altri Paesi, quali Uganda, Camerun, Costa d'Avorio, Mauritania e Guinea Bissau. Tra le raccomandazioni della riunione di Addis-Abeba del novembre 1990 si trova quella di sostituire, per evitare confusione, le espressioni «circoncisione femminile» e «escissione» (usate, rispettivamente, soprattutto da anglofoni e francofoni), con l'espressione «mutilazioni genitali femminili» (Mgf). Le raccomandazioni riguardano anche la creazione di un Comitato nazionale nei Paesi in cui questo non esista ancora, programmi specifici di informazione, finanziamenti dei governi e delle Ong, la promulgazione di leggi specifiche che interdicano le Mgf, la previsione di pene per tutti coloro i quali le praticano, che siano particolarmente severe per il personale sanitario, la regolare organizzazione nei Paesi interessati di riunioni finanziate dalle Ong, la supervisione del Comitato esecutivo del Ci-Af sulle attività svolte, la creazione di organizzazioni nazionali nei Paesi non africani interessati, l'invito ai capi religiosi di ogni confessione a denunciare pubblicamente le pratiche tradizionali in questione, i fondi per la ricerca e la formazione del personale[20].

Nel 1981 era stata nel frattempo adottata[21] la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, che recita all'art. 4: «La persona umana è inviolabile. Ogni essere umano ha diritto al rispetto della sua vita e all'integrità fisica e morale della sua persona. Nessuno può essere arbitrariamente privato di questo diritto»[22].

Nel 1989 viene approvata[23] la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, al cui art. 24 comma 3 si legge: «Gli Stati parti adottano ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli alla salute dei minori»[24].

Nel 1990 viene adottata[25] la Carta africana sui diritti e il benessere del bambino. All'art. 1, comma 3, essa prevede che sia scoraggiata qualsiasi con-

18. Cfr. AA.VV., *Annexes. Les mutilations sexuelles féminines dans le contexte international*, cit., p. 90 e C. Nisak, *op. cit.*, p. 55.

19. Cfr. I. Gillette, *La polygamie et l'excision dans l'immigration africaine en France analysées sous l'angle de la souffrance des femmes*, Presses Universitaires du Septentrion, Lille, 1998, p. 131.

20. Cfr. Comunicazione scritta del Gams, non datata. Gams è l'acronimo di ciò che porta attualmente il nome di *Groupe pour l'Abolition des Mutilations Sexuelles*, che è parte della *Fédération nationale Gams* (*Groupe pour l'Abolition des Mutilations Sexuelles, des Mariages Forcés et autres pratiques traditionnelles néfastes à la santé des femmes et des enfants*). Nato come sezione francese del Ci-Af, il Gams, i cui membri sono di origine africana e francese, è attivo nella prevenzione dell'escissione.

21. A Nairobi il 28 giugno 1981 dalla Conferenza dei capi di Stato e di governo dell'Organizzazione dell'Unità africana (Oua).

22. Disponibile in https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWF pbnxkb2NzdWJ0aXRsZXN8Z3g6NTZkZmM3ZjgxNDZhMmNjZg, consultato il 7/2/2016. Sul tema cfr. anche "*Une Charte africaine trop inefficace*", *La chronique d'Amnesty*, 120, 1996, pp. 15-16.

23. Dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 20 novembre 1989. Cfr. M. Zani, *La Convention internationale des droits de l'enfant. Porteé et limites*, Publisud, Paris, 1996, pp. 151-166. Tra i Paesi africani firmatari, vi sono Benin, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Gibuti, Etiopia, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Mali, Repubblica Centrafricana, Senegal, Sierra Leone, Sudan, Ciad, Tanzania, Togo. Cfr. M.-H. Franjou e I. Gillette, *Femmes assises sous le couteau. En Bambara "se faire exciser" se dit "s'asseoir sous le couteau"*, Gams, Paris 1995, p. 36.

24. Disponibile in www.admin.ch/ch/i/rs/0_107, consultato il 7/2/2016.

25. Dalla Conferenza dei capi di Stato e di governo dell'Oua, riunita ad Addis Abeba l'11 luglio 1990. La Carta ricorda, nel suo preambolo, la Dichiarazione sui diritti e il benessere del bambino africano, adottata dall'Assemblea dei capi di Stato e di governo dell'Oua, riunita nella sedicesima sessione ordinaria a Monrovia (Liberia), dal 17 al 20 luglio 1979. Cfr. M. Zani, *La Convention internationale des droits de l'enfant. Porteé et limites*, Publisud, Paris, 1996, pp. 175-193.

suetudine, tradizione, pratica culturale o religiosa, incompatibile con i diritti, i doveri e le obbligazioni enunciati nella Carta stessa e stabilisce all'art. 14, comma 1, che ogni bambino «ha il diritto di godere del miglior stato di salute fisica, mentale e spirituale possibile». Prevede, infine, all'art. 21, comma 1, che gli Stati parti prendano tutte le misure necessarie per abolire le consuetudini e le pratiche negative, culturali e sociali, dannose per il benessere, la dignità, la crescita e lo sviluppo normale del bambino, in particolare le consuetudini e le pratiche pregiudizievoli alla sua salute e alla sua vita (lett. a), nonché le consuetudini e le pratiche discriminatorie nei confronti di certi bambini, per ragioni legate al sesso o ad altri motivi (lett. b).

Nel 1993, la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, all'art. 2, qualifica le mutilazioni genitali femminili e le altre pratiche tradizionali dannose per le donne come atto di violenza[26]. Nel 1994, la Conferenza internazionale su popolazione e sviluppo, svoltasi al Cairo nel settembre dello stesso anno, dà origine ad una Dichiarazione e ad un Programma d'azione. In quest'ultimo si esortano i Governi dei Paesi in cui le mutilazioni genitali femminili fanno parte della tradizione, a proibirle e a dare vigoroso supporto agli sforzi compiuti dalle organizzazioni non governative e comunitarie, così come dalle istituzioni religiose, per eliminare tali pratiche[27].

Escissione e infibulazione sono in seguito trattate anche nell'ambito della quarta Conferenza mondiale sulle donne, cioè la Quarta conferenza delle Nazioni unite sulle donne, tenutasi a Pechino dal 4 al 15 settembre 1995, in cui vengono adottate una Dichiarazione e una Piattaforma d'azione[28]. Uno degli obiettivi strategici di quest'ultima è proprio l'eliminazione dei comportamenti e delle pratiche culturali pregiudizievoli alle bambine.

Nella Risoluzione n. 52/99 del 12 dicembre 1997, l'Assemblea generale delle Nazioni unite chiede agli Stati di intensificare gli sforzi per eliminare le mutilazioni genitali femminili, evidenziando l'importanza dell'educazione e dell'informazione, delle legislazioni e delle politiche nazionali, e del sostegno alle Ong che lavorano a livello locale e nazionale[29]. Strumenti analoghi vengono menzionati nella Risoluzione n. 53/117 del 9 dicembre 1998, con un'enfasi sulla pluralità dei soggetti da coinvolgere nella prevenzione[30].

3. Il "modello francese d'integrazione" e l'assenza di disposizioni *ad hoc* in materia di escissione

Se sembra molto plausibile ritenere che il mutato clima internazionale in materia di escissione abbia influenzato la risposta sanzionatoria dell'ordinamento francese, indiscutibile è l'influenza che il modello repubblicano d'inclusione sociale degli immigrati e delle minoranze etniche ha esercitato su tale scelta; essa è stata confermata tanto dai sostenitori della stessa, in particolare tra questi ultimi le associazioni che si occupano di escissione[31], quanto dai suoi detrattori[32].

---

26. Cfr. Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite n. 48/104, 20 dicembre 1993, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, disponibile in www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm, consultato il 7/2/2016.

27. Cfr. *Programme of Action of the International Conference on Population and Development* (Annex), A/Conf.171/13, 13 settembre 1994, para. 4.22, disponibile in www.un-documents.net/ac171-13.htm, consultato il 7/2/2016.

28. Cfr. "*Pour une application effective de la Déclaration et du Programme d'action de Beijing*", *Chronique Onu*, 1, 1996, p. 83; E. Marie, "*Pékin: les Ong agissent, les États parlent. Retour de mission a Pékin*", *Courrier de l'ACAT*, 159, 1995, p. 9; P. Trisy-Konè, "*Ne plus se servir de la religion contre les femmes*", Jae, 204, 2, 1995, p. 86. Sulle due dichiarazoni e la Piattaforma d'azione si veda anche S. Engle Merry, "*Constructing a Global Law-Violence against Women and the Human Rights System*", *Law & Social Inquiry*, 28, 4, 2003, pp. 946-947.

29. *Traditional or customary practices affecting the health of women and girls*, 12 dicembre 1997, para. 3 lettere d)-f), disponibile in www.un.org/ga/documents/gares52/res5299.htm, consultato il 7/2/2016.

30. *Traditional or customary practices affecting the health of women and girls*, 1° febbraio 1999, in particolare para. 3 lettere f) e g), www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/53-117.pdf, consultato il 7/2/2016.

31. Anche l'avvocatessa Linda Weil-Curiel, che come vedremo si è costituita parte civile nei processi su casi di escissione, è ad essa favorevole, in linea con il modello francese d'integrazione e lo ha riaffermato in N. Henry e L. Weil-Curiel, *Exciseuse. Entretien avec Hawa Gréou*, City Editions, Saint-Victor-d'Epine 2007, p. 106. Cfr. anche C. Nisak, "*Qu'il est long le chemin", L'excision: une pratique en recul? (enquête)*, *Enfant d'abord*, giugno 1986, p. 46. Rilevante a motivazione della posizione delle associazioni che si occupano di escissione il timore dei loro membri di essere accusati di razzismo e di veder aumentata la stigmatizzazione delle popolazioni interessate, data l'esistenza del modello francese d'integrazione.

32. Tra questi l'avvocato Xavier-Jean Keïta, senegalese, difensore dell'*exciseuse* nel processo di Bobigny. Egli avrebbe voluto che l'escissione fosse prevista in modo chiaro ed esplicito dalla legge francese. A suo parere essa dovrebbe essere oggetto di uno specifico testo di legge, adottato, quindi, a seguito di un dibattito parlamentare. Cfr. anche X.-J. Keïta, *Rapport France-Afrique. Le droit au respect de l'in-*

Come già accennato, la Francia è uno dei pochi paesi occidentali che sanzionano penalmente l'escissione in cui le Corti si affidano alle ordinarie norme incriminatici, poiché non sono state al riguardo adottate disposizioni *ad hoc*[33]. Fondato sull'uguaglianza e non sulla differenza, il cosiddetto «modello francese d'integrazione» concepisce gli immigrati come individui e non come appartenenti ad un determinato gruppo etnico. Non riconoscendo tale modello una tutela specifica alle minoranze, una persona viene considerata dallo Stato francese come individuo e non come membro di una comunità. Le particolarità culturali non sono rilevanti per quanto riguarda la titolarità di diritti e l'adempimento di obblighi; non hanno rilievo formale nella sfera pubblica. Le norme giuridiche devono poter essere applicate indipendentemente dall'origine geografica o culturale dei loro destinatari. Non esistono quindi norme dirette a proteggere o riconoscere elementi caratterizzanti gruppi e comunità (ad es. algerina o tunisina), ma solo norme dirette agli individui[34].

In ambito scientifico è sorto in materia un dibattito che trova espressione in alcuni studi sulla comparazione[35] tra modello francese e modelli di stampo anglosassone[36]. Autori quali Alain Touraine[37], Michel Wieviorka[38] e Nourbert Rouland[39] hanno evidenziato la necessità di una rivisitazione del modello repubblicano che possa favorirne l'efficacia alla luce dei pressanti problemi della società contemporanea, quali l'esclusione e l'emarginazione. Lungi dal voler minare il modello francese d'integrazione a favore di quello anglosassone, fondato sulle comunità, essi intendono, al contrario, rivitalizzare i pilastri su cui l'integrazione si è storicamente fondata in Francia, pilastri che sembrano avere perso la loro efficacia reale: la scuola pubblica come istituzione che permette a tutti gli individui di accedere a pari opportunità, l'uguaglianza, la nazionalità francese aperta, cioè accessibile agli immigrati ecc. Nonostante tali autori abbiano proposto in questo Paese un modello più attuabile, che non rifiuti a priori il multiculturalismo, ma lo interpreti e adatti alla cultura d'oltralpe e alle contemporanee esigenze sociali, per evitare che l'uguaglianza del diritto e la tradizione francese nascondano molte disuguaglianze di fatto[40], la posizione istituzionale ha accolto il modello di cui all'inizio del paragrafo. Essa è stata storicamente espressa *dall'Haut Conseil à l'intégration* (Hci) e, sebbene dal 24 dicembre 2012 il suo presidente e i mem-

---

tegrité physique et la coutume: la pratique de l'excision en France, Publications du Barreau du Val de Marne 1995, pp. 16-19. Tra coloro che hanno criticato la scelta, anche Yves Corneloup, magistrato, il quale, trovandosi a giudicare, avrebbe preferito disporre di una norma incriminatrice *ad hoc*, senza dover utilizzare norme pensate per reprimere comportamenti che intendono nuocere al minore. Cfr. anche Y. Corneloup, *L'excision*, intervento all'*Académie de sciences d'outre mer*, 17 febbraio 1995, p. 112.

33. Per l'adozione di norme incriminatrici *ad hoc* si vedano, in ordine alfabetico, Australia, Belgio, Canada, Cipro, Danimarca, Gran Bretagna, Italia, Norvegia, Nuova Zelanda, Spagna, Svezia, Svizzera, Stati Uniti. Cfr. Center for Reproductive Rights, *Female Genital Mutilation (Fgm): Legal Prohibitions Worldwide*, in http://reproductiverights.org, consultato il 7/2/2016. Per informazioni sulla legislazione di alcuni dei Paesi citati si veda F. Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni sessuali femminili)*, *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, ottobre 2007, disponibile in www.statoechiese.it, pp. 53-54, pubblicato anche come *Società multiculturali, immigrazione e reati 'culturalmente motivati' (comprese le mutilazioni sessuali femminili)*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nuova serie, 4, 2007, pp. 1296-1345.

34. Cfr. L. Bellucci, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, *Sociologia del diritto*, 28, 3, 2001, p. 133. Sul tema si veda anche A. Facchi, *Immigrazione, libertà e uguaglianza: due modelli politico-giuridici*, *Teoria politica*, 2, 1996, pp. 111-124 e, della stessa autrice, *Immigrati, diritti e conflitti. Saggi sul pluralismo normativo*, Clueb, Bologna, 1999, pp. 70 ss.

35. Per approfondimenti si veda A. Minc, *L'éternel débat entre l'égalité et la différence*, *Hommes et migrations*, 1110, febbraio 1988, pp. 12-17; G. Koubi, Le droit à la différence, un droit à *l'indifférence*?, *Revue de la recherche juridique*, 1-2, 1993, pp. 451-463; D. Schnapper, *La France de l'intégration. Sociologie de la nation en 1990*, Gallimard, Paris, 1991 e *L'Europe des immigrés. Essai sur les politiques d'immigration*, Bourin, Paris, 1992; M. Wieviorka (a cura di), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, Paris, 1996.

36. Il modello britannico è diverso, ad esempio, da quello statunitense o da quello canadese, pur avendo con essi alcuni punti di contatto.

37. Cfr. A. Touraine, *Pourrons-nous vivre ensemble? Egaux et différents*, Fayard, Paris, 1997, in particolare pp. 235-236 e 241-242.

38. Cfr. M. Wieviorka, *Commenter la France*, Editions de l'Aube, La Tour d'Aigues, 1997 (in particolare pp. 22-23 e 155), in cui è confluita anche l'intervista resa dall'autore a T. Ferenczi, apparsa in *Le refus du multiculturalisme se nourrit de peurs et de méconnaissance*, *Le Monde*, martedì 8 ottobre 1996, p. 15.

39. Cfr. N. Rouland, S. Pierré Caps, J. Poumarède, *Droits des minorités et des peuples autochtones*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, in particolare pp. 31-39, 424-461 e 466-474; N. Rouland, *Le développement devrait-il tuer la culture?*, *Le Monde diplomatique*, giugno 1993, pp. 16-17.

40. Cfr. L. Bellucci, *op. cit.*, pp. 135-137.

bri del suo collegio non siano più in funzione ed esso non abbia più l'autorità di emettere pareri e pubblicare rapporti, è stato fino a quel momento l'organo preposto all'analisi delle problematiche relative all'integrazione e quindi ha contribuito in materia determinante a tracciare le linee ufficiali in materia[41].

Alcuni suoi documenti esplicitano chiaramente l'approccio alla base del modello su citato. L'Hci sottolinea infatti fin dal suo primo rapporto, *Pour un modèle français d'intégration*, del marzo 1991, come «la concezione francese dell'integrazione [debba] obbedire ad una logica di uguaglianza e non di minoranze. I principi d'identità che risalgono alla Rivoluzione e alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo, impregnano [questa] concezione fondata sull'uguaglianza degli individui davanti alla legge, quali che siano le loro origini, la loro razza, la loro religione [...,] ed escludono una riconoscenza istituzionale delle minoranze»[42]. Tale posizione viene riconfermata un anno dopo, nella conclusione al rapporto dal titolo *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, dove si legge che: «La logica di uguaglianza si oppone a che l'installazione durevole sul nostro suolo di persone straniere o di origine straniera, sia ricercata e vissuta facendo perno su raggruppamenti comunitari costituiti su base etnica o nazionale e che negoziano spazi propri e diritti specifici. L'Hci rifiuta un tale sistema di minoranze»[43]. La concezione universalista alla base del modello d'integrazione francese viene ribadita anche nel rapporto *Liens culturels et intégration* del giugno 1995, nel quale l'Hci afferma che: «Il modello francese di integrazione si fonda sulla non differenziazione degli uomini, e in questo senso è universalista. Ogni essere vale per se stesso, indipendentemente dalla comunità alla quale appartiene. L'integrazione presuppone che lo straniero si unisca alla comunità nazionale nell'uguaglianza dei diritti e dei doveri. Lo straniero conserva i suoi particolarismi, ma nessuno [di essi] viene preso in considerazione per l'esercizio dei diritti e per l'adempimento degli obblighi. La Repubblica riconosce diritti solo all'individuo, libero nei confronti dei suoi legami comunitari. Lo Stato è neutro e pone il postulato della libertà di scelta dell'individuo, al quale solo sono riconosciuti diritti. Questa libertà non irrigidisce l'individuo; essa gli lascia la possibilità di vivere oppure no, più o meno fortemente, nell'ambito di rapporti comunitari, di inserirvisi o di uscirne. La logica comunitaria si vuole inversa»[44], poiché rinchiude l'individuo nel suo gruppo d'origine, generando non poche situazioni d'immobilità.

Tale posizione non esclude il riconoscimento dell'esistenza di fatto delle comunità e del loro ruolo determinante, soprattutto nella prima fase dell'integrazione, quella successiva all'arrivo degli immigrati sul suolo francese. L'Hci ritiene però che, se in un primo tempo la logica comunitaria può essere un elemento di stabilizzazione, in un secondo tempo essa diventa un fattore di rottura, poiché crea i presupposti per il ghetto, la separazione e dunque, l'esclusione[45].

Nel rapporto *Affaiblissement du lien social, enfermement dans les particularismes et intégration dans la cité* del giugno 1997, l'Hci evidenzia il rischio connesso ai «limiti inafferrabili di un approccio discriminatorio delle politiche economiche o sociali [e alla] percezione imprevedibile di tali eccezioni da parte del resto della popolazione francese»[46]. Secondo l'Hci il modello francese d'integrazione si distingue dall'assimilazione, ma si oppone anche al «riconoscimento di statuti particolari e di diritti specifici in capo a 'comunità' etniche o culturali»[47]. Occorre a suo parere resistere alle pressioni comunitarie esterne, poiché tale modello, sebbene oggi più difficile da attuare, garantisce una maggiore coesione sociale e permette più di altri di lottare contro l'esclusione,

41. Cfr. S. Le Bars, *Laïcité: Matignon signe l'avis de décès du Haut Conseil à l'intégration*, *Le Monde*, 25 settembre 2016, disponibile in www.lemonde.fr/societe/article/2013/09/25/laicite-matignon-signe-l-avis-de-deces-du-haut-conseil-a-l-integration_3484201_3224.html, consultato il 7/2/2016.

42. Haut Conseil À l'intégration, *Pour un modèle français d'intégration*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, marzo 1991, p. 19.

43. Haut Conseil À l'intégration, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, Rapport au Premier ministre, La Documentation Française, marzo 1992, p. 63.

44. Haut Conseil À l'intégration, *Liens culturels et intégration*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, giugno 1995, pp. 19-20.

45. Cfr. Haut Conseil À l'intégration, *Liens culturels et intégration*, cit., pp. 19-20.

46. *Affaiblissement du lien social, enfermement dans les particularismes et intégration dans la cité*, *Rapport au Premier ministre, La Documentation Française,* giugno 1997, pp. 15-16.

47. *Ibidem*, p. 69.

intesa come fenomeno che oltrepassa i confini geografici ed etnici[48].

La posizione dell'Hci in materia di escissione è coerente con quanto su scritto: la repressione penale di tale pratica è necessaria e possibile nel diritto francese, pur in assenza di una disposizione che la vieti esplicitamente. Mi sembra utile riportare alcune sue riflessioni in proposito. Nel rapporto del 1992, dal titolo *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, l'Hci sottolinea come la qualificazione giuridica dell'escissione abbia a lungo suscitato un grande imbarazzo, ma come sia ormai chiaro, malgrado le passate esitazioni di alcuni giudici minorili, che questa pratica non può, in alcun modo, essere collegata allo statuto personale degli interessati, né essere concepita come un elemento della cultura di taluni gruppi etnici. Aggiunge inoltre che, nonostante in questi casi dolorosi i genitori responsabili siano, in un certo senso, vittime tanto quanto i loro figli, l'escissione costituisce un illecito penalmente punibile, indipendentemente dal fatto che non sia indicata come tale dal diritto francese. Essa è suscettibile di qualificazioni giuridiche diverse. Il giudice ha quindi la possibilità di scegliere, in una scala di pene, quella più adatta al caso concreto. Le circostanze attenuanti possono inoltre essere sempre prese in considerazione, proporzionatamente al grado d'intenzionalità e dunque di responsabilità degli imputati. L'Hci evidenzia che la repressione penale non sembra a parere di nessuno come la soluzione più adeguata. Sarebbe molto più opportuno concentrare gli sforzi sull'informazione e sull'educazione delle famiglie, in particolare al momento del loro arrivo in Francia. Ciò permetterebbe di far comprendere agli interessati come questa pratica, considerata normale nella loro tradizione, sia radicalmente contraria alle leggi francesi e gravemente sanzionata da esse. Lo sforzo informativo, però, per indispensabile che sia, non dovrebbe in alcun modo far dimenticare la necessità di applicare senza debolezze il diritto penale[49]. Nel rapporto dal titolo *Liens culturels et intégration*, l'Hci afferma inoltre, relativamente al rispetto dell'integrità fisica della persona, che «l'escissione, pratica inaccettabile che non si può esercitare sul suolo francese, è, da qualche tempo, perseguita davanti ai tribunali. La fermezza dei Pubblici ministeri non può che essere incoraggiata e lo sforzo d'informazione delle famiglie deve essere accentuato»[50].

4. Il modello britannico d'inclusione sociale delle minoranze e la sanzione esplicita dell'escissione

Il modello francese d'inclusione sociale può essere ancora meglio compreso se comparato con quello britannico. Quest'ultimo, infatti, si basa sul riconoscimento formale di gruppi etnici differenti. È rappresentato dai concetti di società multiculturale e di pluralismo culturale. Le espressioni *equal opportunity*, *cultural diversity*, *mutual tolerance* e gli obiettivi ad esse sottesi costituiscono il fondamento della politica ufficiale, ormai consolidato e indipendente dalla coalizione al potere[51]. In Gran Bretagna non si fa riferimento a politiche di integrazione, ma «di uguaglianza di *chances*»[52] o meglio, come appena accennato, di *equal opportunities*. Il termine «integrazione» appartiene in questo Paese ad un vocabolario sorpassato.

Alla luce del modello in questione sono state adottate norme *ad hoc* per specifici gruppi etnici, tese a riconoscere le loro peculiarità culturali. Come osservato da Sebastian Poulter, la previsione di norme che considerano le culture delle minoranze offre a quest'ultime «l'opzione di benefici extra [che esse] sono libere di accettare o rigettare a proprio piacimento»[53].

La politica del riconoscimento, ormai consolidata in Gran Bretagna, è molto più recente di quanto si possa immaginare. La concezione dominante fino agli anni Sessanta, tra i sociologi e in ambito governativo, era che non esistesse un problema etnico, ma unicamente un problema d'immigrazione e di adattamento degli immigrati. Si credeva che le difficoltà di migranti

48. Cfr. Haut Conseil À l'intégration, *Affaiblissement du lien social, enfermement dans les particularismes et intégration dans la cité*, *cit.*, p. 16.

49. Cfr. Haut Conseil À l'intégration, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, cit., p. 23.

50. Haut Conseil À l'intégration, *Liens culturels et intégration*, cit., p. 23.

51. Cfr. S. Poulter, *Ethnic Minority Customs, English Law and Human Rights*, *International and Comparative Law Quarterly*, 36, 1987, p. 592.

52. K. Couper, *La société multiculturelle: version britannique*, in R. Gallissot (a cura di), *Pluralisme culturel en Europe*, *Culture(s) européenne(s) et culture(s) des diasporas*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 83.

53. S. Poulter, *op. cit.*, p. 608.

provenienti da culture diverse da quella anglosassone e da economie agricole con poca familiarità con la società industriale si sarebbero attenuate con il tempo e sarebbero addirittura scomparse per i loro figli, la cosiddetta seconda generazione, in quanto questi sarebbero stati educati e socializzati nell'ambito della cultura anglosassone. Alcuni autori ricollegano il mutamento avvenuto riguardo al modello d'inclusione sociale adottato alla presa di coscienza del fatto che, con la seconda generazione, non si sono verificati i miglioramenti sperati e sono, al contrario, apparsi seri problemi di riuscita scolastica, di disoccupazione e di emarginazione[54]. Altri identificano la principale ragione di abbandono del modello assimilazionista[55], proprio degli anni Cinquanta e Sessanta, nell'intensificarsi di ondate migratorie provenienti dall'Asia meridionale. Le caratteristiche culturali di musulmani, sikh e indù, differenti rispetto a quelle della popolazione autoctona, hanno posto studiosi e istituzioni di fronte alla necessità di modificare il proprio approccio.

Il *Swann Committee Report* del 1985, sull'educazione dei bambini che appartengono a minoranze etniche, sintetizza le nozioni di pluralismo culturale e democrazia pluralista, quali emergono dall'interpretazione maggioritaria oggi accolta in Gran Bretagna e su cui si fondano le politiche sociali in materia di inclusione delle minoranze di questo Paese56. Il rapporto definisce una società pluralista come una società, da un lato coesiva, dall'altro culturalmente diversa[57], che ricerca un punto di equilibrio tra le sue due anime. Esso chiarisce, tuttavia, che non tutti i valori delle comunità etniche possono essere riconosciuti nell'ambito della società britannica, poiché essi non sono tutti compatibili con quelli della maggioranza della popolazione. Ciò è in effetti coerente con la linea politica seguita in Gran Bretagna fino ad oggi. Le istituzioni di questo Paese non hanno accolto tutte le richieste provenienti dalle culture minoritarie.

In Gran Bretagna le caratteristiche principali di questo modello d'inclusione sociale non sono state messe in discussione. Esso è stato tuttavia oggetto di alcune critiche, secondo le quali lo stesso può costituire una sorta di placebo e fornire l'apparenza di una pace sociale, mentre presenta, in realtà, rischi rilevanti. A lungo termine può essere foriero di discordia tra soggetti di cultura diversa, suffragata dalla condotta ufficiale dei pubblici poteri; a breve termine può far passare in secondo piano le lotte per la giustizia sociale e l'uguaglianza, che dovrebbero essere sostenute a prescindere da considerazioni relative ad aspetti culturali o etnici. Secondo i suoi critici il pluralismo culturale, come concepito in Gran Bretagna, rischia di preparare la strada al nazionalismo etnico monoculturale e ad una visione molto conservatrice della società. Bisognerebbe dunque ricorrere ad un quadro di riferimento nuovo che minimizzi i conflitti razziali e in cui i gruppi siano disposti sia a cedere parte delle proprie peculiarità, sia a condividere i benefici che ne deriverebbero per la società[58].

Occorre precisare che in questo Paese non esiste una strategia generale formalizzata in materia d'inclusione sociale delle minoranze. Le sue istituzioni procedono tramite interventi *ad hoc*, a seconda dei bisogni sociali del momento e delle questioni sollevate, più che di una strategia generale. In materia di escissione si è di deciso di adottare norme incriminatrici *ad hoc*. Nel luglio 1985 è stato votato il *Prohibition of Female Circumcision Act*[59], aggiornato poi con il *Female Genital Mutilation Act* del 2003[60], che vieta tanto l'escissione quanto l'infibulazione ed è diretto ad impedire il perpetuarsi di queste pratiche su bambine e adolescenti. Già nel marzo 1983, in realtà, la Camera dei Lords aveva adottato un progetto di legge che mirava ad interdire le pratiche tradizionali in questione nel territorio del Regno Unito. Recitava in particolare il suo art. 1, comma 1: «[...] Sarà considerato un *offense* a) escindere, infibulare o altrimenti mutilare qualsiasi parte delle *labia maiora* o *minora* o del clitoride di una persona o b)

54. Cfr. U. Santamaria, *La crise raciale en Grande-Bretagne: racisme ou désordres?*, in R. Gallissot (a cura di), *op. cit.*, p. 251.

55. Che richiedeva cioè agli immigrati di adattarsi ai modelli di comportamento della maggioranza cosiddetta "bianca". Cfr. S. Poulter, *op. cit.*, pp. 591-592.

56. Cfr. L. Bellucci, *op. cit.*, p. 147.

57. Cfr. Lord Swann FRSE, *Education for All. The Report of the Committee of Inquiry into the Education of Children from Ethnic Minority Groups*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1985, p. 6.

58. Cfr. H. Goulbourne, *Nouveaux enjeux dans la vie politique des populations de couleur en Grande Bretagne*, in R. Gallissot (a cura di), *op. cit.*, pp. 113-117.

59. Disponibile in www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/38, consultato il 7/2/2016.

60. Disponibile in www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/31/section/1, consultato il 7/2/2016.

procurare, prendere parte a, o facilitare la commissione di uno qualsiasi degli atti citati nel suddetto paragrafo a)»[61].

È troppo presto per valutare in che misura le crescenti istanze di sicurezza conseguenti alla minaccia terroristica in Europa condurranno alla sanzione penale di determinati comportamenti o se incideranno sul modello in questione, ma è possibile affermare che eserciteranno un'influenza sullo stesso, non tanto sulle sue fondamenta teoriche, ma sulla sua implementazione. Sono infatti del gennaio 2016 le notizie secondo le quali il primo ministro britannico Davide Cameron intende sostenere, laddove vi fossero, limiti alla possibilità di portare il velo islamico integrale in determinati luoghi quali le scuole. Il ministro ha annunciato in proposito la volontà di fornire alle istituzioni «*sensible rules*» relativamente al velo integrale, seppur escludendo un divieto completo di indossarlo in pubblico[62]. È dello stesso mese anche la notizia che il ministro intende subordinare il rinnovo di visti di donne musulmane giunte nel Regno Unito per ricongiungimento familiare all'apprendimento della lingua inglese da parte delle stesse, dopo un determinato periodo di tempo trascorso nel Paese[63].

5. I processi davanti al *Tribunal correctionnel* e la transizione dei casi di escissione alla giurisdizione della *Cour d'assises*

Dopo aver analizzato il mutamento del clima internazionale in materia di escissione e il modello repubblicano d'inclusione sociale, comparandolo, per capirlo meglio, con quello britannico, per comprendere le premesse alla criminalizzazione dell'escissione come avvenuta in Francia, occorre ora analizzare i casi trattati dal *Tribunal correctionnel*, nonché la transizione dalla giurisdizione dello stesso a quella della *Cour d'assises*. Per far questo riporterò tutti i processi svoltisi davanti al *Tribunal correctionnel* di cui sono riuscita a reperire documenti sufficienti a ricostruire, anche parzialmente, il caso, soffermandomi particolarmente sulla transizione di cui sopra.

5.1. Casi Doua[64] e Doucara

Il primo caso è del novembre 1979[65] e ha ad oggetto fatti che risalgono al 24 giugno dell'anno prima. La piccola Doua, di tre mesi e mezzo, è morta in seguito ad un'escissione, all'ospedale Trousseau, dove era stata portata dalla famiglia.

Il 16 novembre 1979, la XVI *Chambre* del *Tribunal correctionnel* di Parigi condanna l'*exciseuse*, cioè colei che ha materialmente compiuto l'escissione, ad un anno di reclusione con concessione della sospensione condizionale della pena, per «omicidio involontario» (*homicide involontaire*), mentre i genitori non vengono accusati.

Relativamente al caso successivo, il 9 ottobre 1980 il professor Arthuis[66], responsabile del servizio di pediatria e puericultura dell'ospedale Saint-Vincent-de-Paul, fa una segnalazione al giudice dei minori del XIII *arrondissement*. Il 29 settembre Bintou Doucara, di 3 mesi e mezzo, era infatti stata ricoverata d'urgenza in seguito ad «una crisi convulsiva sopravvenuta in uno stato di anemia confermato sul piano biologico»[67]; dall'esame della bambina emergeva una «clitoridectomia allargata», alla quale era seguita una forte emorragia. Il professore riporta anche che il padre aveva confessato di aver compiuto lui stesso l'operazione, il giorno prima.

La denuncia, trasmessa il 14 ottobre alla Procura della Repubblica, porta all'apertura di un'inchiesta, assegnata, nello stesso mese, alla *Brigade de pro-*

61. H. Gerphagnon, *La loi anglaise sur l'excision du 16 juillet 1985*, *Droit et Cultures*, 21, 1990, pp. 188-192.

62. Cfr. F. Perraudin, *Schools can decide whether to ban full-face veils, says Morgan*, *The Guardian*, martedì 19 gennaio 2016, disponibile in www.theguardian.com, consultato il 7/2/2016.

63. Rowena Mason e Harriet Sherwood, *The Guardian*, lunedì 18 gennaio 2016, *Cameron 'stigmatising Muslim women' with English language policy*, disponibile in www.theguardian.com, consultato il 7/2/2016.

64. Nei documenti consultati questo caso viene eccezionalmente indicato tramite il nome della bambina, invece che tramite quello dell'imputata.

65. Cfr. I. Gillette, *La polygamie et l'excision dans l'immigration africaine en France analysées sous l'angle de la souffrance des femmes*, cit., p. 171.

66. Cfr. D. Vernier, *Le traitement pénal de l'excision en France: historique*, *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 195 e C. Nisak, *op. cit.*, p. 43.

67. Ligue du Droit International des Femmes, *L'embarras de la justice*, in AA.VV., *Les mutilations du sexe des femmes aujourd'hui en France*, cit., p. 68.

tection des mineurs. Sempre in ottobre l'inchiesta viene chiusa e il caso rinviato, su citazione della Procura della Repubblica del 30 agosto del 1982, davanti alla XV *Chambre correctionnelle*.

Viene ordinata una perizia medica, affidata ai dottori Bailly e Leclerc. Il 27 gennaio 1984 Fousseyni Doucara, padre della bambina, viene condannato dal *Tribunal correctionnel* di Parigi, ai sensi dell'art. 312 cp, ad un anno di reclusione con concessione della sospensione condizionale della pena, per «colpi e ferite (*coups et blessures*) [lesioni personali] volontarie, inflitte ad un minore di meno di 15 anni».

Il Tribunale[68] sottolinea che: «Dal momento che nella procedura non esiste alcun dato medico-legale e che l'art. 312 cp è stato finalmente inquadrato, la questione posta è di sapere se si tratta di violenze all'origine di un'incapacità temporanea di meno o di più di otto giorni e se esse hanno provocato una mutilazione o un'infermità permanente [...]. Dato che, a seconda del caso, le sanzioni ed eventualmente la competenza non sono le stesse, ci si trova [...] nell'impossibilità di decidere con cognizione di causa»[69].

Esso sottolinea inoltre che l'imputazione con la quale viene adita la XV *Chambre correctionnelle* «ha considerato che l'intervento del padre integrava violenze su un bambino minore di 15 anni, senza prendere in considerazione, tuttavia, la circostanza aggravante che risulta dalla qualità di ascendente legittimo del loro autore». Evidenzia inoltre le «incertezze della procedura» presenti in questo caso e, per chiarire la propria considerazione, ne cita un altro: «Nel 1979, la XVI *Chambre* del *Tribunal de grand instance* di Parigi è venuta a conoscenza di un caso analogo che è stato oggetto di un *mémoire* [lavoro di ricerca] del Dr. Coche per il Ces di medicina legale, sui problemi medici posti dall'escissione clitoridea». Si tratta del caso indicato all'inizio di questo paragrafo, in cui Doua, una bambina di tre mesi e mezzo era morta in seguito ad emorragia. Il Tribunale ritiene che si possa «constatare che le azioni erano state allora esercitate e il caso giudicato sulla base dell'imputazione di 'omicidio involontario'[,] si manifestano così le incertezze dell'azione sulla natura giuridica dei fatti, ciò che pone il problema della loro qualificazione; se si dovesse considerare che essi costituiscono nella fattispecie, non uno dei delitti previsti e puniti dall'art. 312 cp, ma ferite per goffaggine o imprudenza, l'infrazione, delitto o contravvenzione, sarebbe allora determinata dalla durata dell'incapacità temporanea totale»[70]. Per queste ragioni, la XV *Chambre correctionnelle* ritiene necessaria una perizia medica, la quale viene affidata ai dottori Bailly e Leclercq. Le linee fissate dal Tribunale in relazione alla perizia sono le seguenti: «Procedere all'esame medico della bambina Bintou Doucara; dire qual è la natura delle ferite che le sono state inferte, quali sono le cause; precisarne le conseguenze; fissare la durata dell'incapacità temporanea totale (più di otto giorni, più o meno di tre mesi); dire se sussiste un'incapacità permanente parziale e, se sì, determinarne il tasso»[71]. Gli esperti si sono pronunciati secondo quanto segue: «La clitoridectomia che Bintou Doucara ha subito il 28 settembre 1980 le ha procurato un'incapacità temporanea totale dal 27 settembre al 15 ottobre. La consolidazione è avvenuta il 15 ottobre 1980». Nella perizia viene precisato anche che dall'esame degli organi genitali risulta che è stata praticata un'escissione clitoridea completa. «Questa clitoridectomia ha soppresso una zona erogena e tale soppressione è suscettibile di modificare il comportamento sessuale di questa futura donna, privandola di sensazioni che l'eccitazione di questa zona era suscettibile di procurarle [...]. Sul piano strettamente medico-legale, non persiste un'incapacità permanente parziale, ma bisogna precisare che la sparizione del clitoride sopprime una zona erogena privandola di sensazioni che potrebbe ottenere mediante l'eccitazione dei corpuscoli nervosi che si trovano al livello del clitoride e tale soppressione, tenuto conto delle nostre concezioni occidentali, è suscettibile di modificare il comportamento sessuale di questa futura donna»[72]. Gli esperti non hanno voluto stimare il tasso d'invalidità permanente, come invece aveva chiesto loro di fare il Tribunale.

È invece esplicito il riferimento alla mutilazione fatto dal professor Arthuis, che ha esaminato la bambina al suo arrivo in ospedale. Egli indica infatti che la mutilazione subita dalla bambina è definitiva. «Nessuna religione, nessuna filosofia giustificano che si mutili un essere umano, poiché la clitoridectomia è una

68. In determinati casi il sistema processuale penale francese consente al *Parquet* (il Pubblico Ministero, cioè la pubblica accusa) di adire direttamente il Tribunale che ha ritenuto competente. Solo in presenza di un caso complesso o di natura "criminale", il Pubblico Ministero avrebbe dovuto investire il *juge d'instruction* che avrebbe istruito il processo, cioè riunito gli elementi su cui si sarebbe fondata la decisione del Tribunale. Cfr., in proposito, Ligue du Droit International des Femmes, *op. cit.*, p. 71.

69. *Ibidem*, p. 71.

70. Ligue du Droit International des Femmes, *op. cit.*, p. 72.

71. Ligue du Droit International des Femmes, *op. cit.*, pp. 72-73.

72. D. Vernier, *op. cit.*, p. 197.

mutilazione. È come se durante una circoncisione si levasse al ragazzino il glande e non solo il prepuzio»[73].

5.2. Caso Traore

A seguito della morte della piccola Bobo Traore, di 3 mesi, nel luglio 1982, viene designato un giudice istruttore (*juge d'instruction*), il quale chiede una perizia medico-legale. Essa viene redatta dal dottor Bailly, il quale conclude in questo modo: «Dall'autopsia risulta [...] che il decesso di Bobo, dell'età di tre mesi, è la conseguenza di un'emorragia esterna per escissione clitoridea. Si trattava di un'escissione completa del clitoride»[74].

Le associazioni *Sos Femmes Alternatives* e *Ligue du Droit International des Femmes* si costituiscono parte civile davanti al giudice istruttore, il quale decide il non luogo a procedere per il capo di accusa di «colpi e ferite (*coups et blessures*) [lesioni personali] su un bambino minore di 15 anni che hanno causato la morte di questi». Ciò riguarda ovviamente l'autore principale rimasto ignoto, ma anche i genitori della vittima, ai quali quell'imputazione non è mai stata notificata[75].

Con ordinanza del 28 settembre 1983 il caso è rinviato davanti al *Tribunal correctionnel* di Créteil. I genitori Traore sono accusati di omissione di soccorso. Il 1° marzo 1984 il Tribunale stabilisce che, come sostenuto dalle associazioni di parte civile, i fatti determinano l'applicazione di una pena criminale e si dichiara incompetente[76].

La *Cour d'appel* ritiene che i fatti di cui all'imputazione integrino un *crime*. Nel caso in questione i genitori hanno deciso essi stessi di procedere all'escissione e vi hanno cooperato attivamente. Trattandosi di un *crime* la *Cour d'appel* si dichiara incompetente[77].

Su ricorso dei Traore la decisione è cassata. Secondo la decisione della *Cour de cassation* del 22 aprile 1986, ritenendo che i comportamenti in questione costituiscano il reato di cui all'art. 312, commi 1°-3 e 2°-2, cp, la *Cour d'appel* ha oltrepassato le sue competenze. Se appunto il Tribunale ha accertato i fatti come integranti il reato di omissione di soccorso, previsto dall'art. 63, comma 2, cp, quelli di cui all'art. 312 cp non possono essere stati oggetto di ricorso, in quanto su di essi il Tribunale non si è pronunciato[78]. Per questi motivi la Corte cassa la decisione dell'XI *Chambre* della *Cour d'appel* di Parigi, datata 6 novembre 1984, e rimette la causa e le parti davanti a quella di Amiens, perché il caso sia nuovamente giudicato, conformemente alla legge. La Corte di Amiens si ritiene competente. Essa rinvia la causa ad una data stabilita, ma prima dichiara irricevibile l'azione delle quattro associazioni che si erano costituite parte civile, una delle quali interveniva per la prima volta davanti al giudice di rinvio[79]. Dal momento in cui, infatti, la sola qualificazione giuridica accolta è quella dell'art. 63, comma 2, cp, le costituzioni di parti civili, anche di quelle intervenute in prima istanza, divengono irricevibili agli occhi della *Chambre criminelle*. È in effetti ciò che decide la Corte del giudizio di rinvio, affermando che l'azione civile può essere esercitata da queste associazioni solo nei limiti di cui agli artt. 2-2 e 2-3 cpp[80], i quali indicano esclusivamente articoli (tra cui l'art. 312) del codice penale che non sono applicabili nella fattispecie, salvo che esse dimostrino di aver personalmente subito un pregiudizio diretto a causa dell'infrazione. La Corte constata tuttavia che le associazioni non offrono di provare un tale pregiudizio e conferma che i fatti possono essere considerati soltanto come integranti la fattispecie di cui all'art. 63 comma 2 cp[81].

Le quattro associazioni presentano ricorso. Su di esso la *Cour de cassation* si pronuncia il 3 maggio 1988. Essa ricorda, per quanto riguarda il primo motivo di ricorso, che l'art. 619 cpp permette, in caso

73. *Ibidem*, p. 195.

74. Ligue du Droit International des Femmes, *op. cit.*, p. 68.

75. Cfr. G. Levasseur: *Violences volontaires à enfant*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4, 1986, p. 851 e, nella stessa rivista, *Violences entraînant mutilation. Excision*, 1, 1989, pp. 108-109.

76. Cfr. Ligue du Droit International des Femmes, *op. cit.*, pp. 68-69.

77. Cfr. G. Levasseur: *Violences volontaires à enfant*, cit., p. 851 e *Violences entraînant mutilation. Excision*, cit., pp. 108-109.

78. Cfr. *Cour de cassation, Chambre criminelle*, 22 aprile 1986, *Bulletin criminel*, n. 136, pp. 346-349 e G. Levasseur, *Violences volontaires à enfant*, cit., p. 851.

79. Cfr. G. Levasseur, *Violences entraînant mutilation. Excision*, cit., pp. 108-109.

80. Relativi alla costituzione di parte civile delle associazioni regolarmente costituite da più di 5 anni.

81. Cfr. G. Levasseur, *Abstention de porter secours à l'occasion d'une excision*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 1989, pp. 112-113.

di rigetto del ricorso, di adire nuovamente la *Cour de cassation* relativamente ad un punto di diritto sul quale si è già pronunciata e che in questo caso la Corte siede in assemblea plenaria. Essa non può invece essere chiamata ad una nuova pronuncia quando la giurisdizione di rinvio vi si è conformata. Essendo questo il caso, il primo motivo di ricorso non può essere accolto. Relativamente al secondo, la Corte ricorda che la giurisdizione di rinvio è adita con riguardo allo stesso processo, con le stesse parti, cioè al processo come è stato presentato ai primi giudici. Una parte che non figura nell'istanza che ha dato luogo alla decisione cassata, non può quindi essere ammessa come parte civile davanti alla giurisdizione di rinvio. È invece questo il caso di una delle associazioni, *Enfance et Partage*, la cui costituzione come parte civile violerebbe, quindi, l'art. 609 cpp. Infine, per quanto concerne l'ultimo motivo di ricorso, le domande di costituzione di parte civile potrebbero essere accolte solo se rientrassero nell'ambito di quanto previsto dagli artt. 2-2 e 2-3 cpp o se fosse dimostrabile, sulla base dello stesso art. 2, un pregiudizio direttamente subito dall'associazione. Da un lato, invece, l'art. 63, comma 2, cp non rientra nell'ambito suddetto e i giudici hanno confermato che si tratta dell'unica qualificazione appropriata ai fatti in questione, dall'altro le associazioni non hanno provato di aver subito tale pregiudizio. Neppure questo motivo può dunque essere accolto.

In conclusione la *Cour de cassation* respinge il ricorso[82].

Ritornando al processo davanti al *Tribunal correctionnel*, bisogna ricordare che i coniugi Traore dichiarano alla stampa che faranno praticare in Mali l'escissione sulla figlia di 8 mesi. Le associazioni di parte civile, informate, chiedono che siano prese tutte le misure di protezione per questa bambina e suggeriscono una misura immediata di interdizione di uscita dal territorio[83], ritenendola l'unico mezzo per preservarne la salute e l'integrità corporale. Il giudice dei minori di Créteil, Antoine Garapon, non si pronuncia solo su questo punto, ma stabilisce più ampiamente che non sarà presa nessuna «misura di assistenza educativa»[84].

5.3. Caso Coulibaly

Nel 1982 viene praticata l'escissione sulle cinque figlie di Sory Coulibaly e della sua prima moglie, Semité[85]. Quest'ultima porta regolarmente le figlie dalla dottoressa Burchard, medico della *Protection Maternelle et Infantile* (Pmi), la quale la informa sulle conseguenze dell'escissione. La donna, infatti, ha un'altra figlia sulla quale non è stata ancora praticata. Nel gennaio 1984 il medico constata che l'escissione è stata fatta. Nel novembre dello stesso anno la seconda moglie consulta la dottoressa per sua figlia, dicendole che la festa per quella della bambina è già pronta e chiedendole di praticare lei stessa l'operazione. La dottoressa segnala il caso per impedire che l'escissione sia compiuta. Viene designato un giudice istruttore. In questo caso vengono accusati solo i genitori, i coniugi Coulibaly, davanti alla XV *Chambre correctionnelle*[86], perché l'*exciseuse* non viene trovata. È emerso infatti dai processi svoltisi in Francia che l'*exciseuse* è stata spesso protetta dai genitori. Entrambi i coniugi Coulibaly vengono accusati di complicità, la madre in «colpi e ferite volontarie (*coups et blessures volontaires*) [lesioni personali] su un minore avente meno di 15 anni», in particolare per aver assistito l'*exciseuse* durante l'operazione, il padre per aver fornito i mezzi necessari (*fourniture de moyens*).

Linda Weil-Curiel, per *Sos Femmes Alternatives*[87], parte civile, solleva l'incompetenza del Tribunale, precisando che questa «mutilazione volontaria è riconosciuta come tale dall'insieme del corpo medico e deve determinare la comparizione degli imputati davanti alla *Cour d'assises*, ciò che non significa che essi incorrano in una sanzione più severa»[88]. Pure Catherin Sviloff per *Enfance et Partage*, associazione anch'essa parte civile, solleva l'incompetenza del Tribunale, sostenendo che: «L'escissione è l'ablazione di un organo sano e funzionale; la perdita di una funzione che de-

82. Cfr. *Cour de cassation, Chambre criminelle*, 3 maggio 1988, *Bulletin criminel*, n. 188, pp. 484-487.

83. Cfr. Ligue du Droit International des Femmes, *op. cit.*, p. 69.

84. Egli ha poi pubblicato un articolo, rendendo note le problematiche che si è posto nel decidere, che non possiamo approfondire in questa sede. Cfr. A. Garapon, *La culture dangereuse*, *Le groupe familial*, 114, 1, 1987, pp. 78-87.

85. Per l'analisi dell'*iter* processuale relativo a questo caso cfr. anche L. Bellucci, *Escissione e diritto nell'esperienza francese*, *d/D il Diritto delle donne*, Commissione Pari Opportunità della Regione Emilia-Romagna, 25, 1999, pp. 20-21.

86. Cfr. C. Nisak, *op. cit.*, p. 44.

87. Cfr. M. Majorelle, *L'excision des six filles Coulibaly*, *Libération*, sabato 26 e domenica 27 aprile 1986, p. 15.

88. C. Nisak, *op. cit.*, p. 44.

termina l'idea di mutilazione è individuale, ma anche sociale. S'intende l'importanza di questo organo certo piccolo, ma il cui ruolo è infinitamente grande»[89].

Il Sostituto procuratore, una donna, Martine Vezant[90], chiede un anno di reclusione con concessione della sospensione condizionale della pena per la madre e che siano fatte cadere le accuse contro il padre, ritenendo l'escissione una questione di donne e che il padre non fosse al corrente della stessa. Chiede al Tribunale di moderare la pena, tenuto conto dei *tiraillements*, cioè gli strattoni, i tira e molla culturali in cui sono presi gli imputati.

Il Tribunale di Parigi si dichiara incompetente e il *Parquet* appella la sua decisione. In questa sede il Pubblico ministero sostiene che l'elemento intenzionale della mutilazione non esiste. A suo parere si tratta infatti «di escissione rituale praticata a richiesta dei genitori del Mali che subiscono l'impronta della loro cultura ancestrale. [Ammettendo] che l'applicazione di una consuetudine straniera non fa sparire l'intenzionalità [ritiene, tuttavia, che] se delle misure repressive sembrano augurabili, non sembra opportuno sottoporre al giurì di una *Cour d'assises* l'apprezzamento di fatti la cui qualificazione non ha l'unanimità, né della dottrina, né della giurisprudenza»[91].

La *Cour d'appel* si dichiara, tuttavia, incompetente[92], basandosi, peraltro, sulla decisione della *Chambre criminelle* della *Cour de cassation*, risalente al 20 agosto 1983, che respingeva il ricorso su una decisione di rinvio in *Cour d'assises*[93]. La *Cour d'appel* constata che né i genitori, né il Pubblico Ministero discutono il carattere volontario di questi comportamenti e ricorda che per la legge il movente non influisce né sull'esistenza dell'infrazione, né sulla sua qualificazione. Tramite applicazione della teoria della complicità corrispettiva, la Corte giunge anche a suggerire che i fatti potrebbero ricadere nell'ambito dell'art. 312, commi 1-3 e 2-2 cp, pervenendo quindi a suggerire la pena dell'ergastolo, prevista da quest'ultimo[94]. Dichiara dunque i fatti di competenza della *Cour d'assises*. Questa pronuncia implica che in futuro l'escissione, indipendentemente dal contesto in cui viene praticata, non venga più considerata un *délit*, ma un *crime*, di competenza quindi della *Cour d'assises*.

Solo il 9 maggio 1990 la *Chambre criminelle* della *Cour de cassation* conferma la qualificazione criminale dei fatti imputati ai coniugi Coulibaly, pronunciandosi a favore di quest'ultima, tanto che, nel frattempo, un altro caso davanti alla *Cour d'assises* si era già concluso. La *Chambre criminelle* respinge il ricorso che le era stato presentato, dato che le *Chambres d'accusation* si pronunciano sovranamente riguardo ai fatti e che la Corte non ha altro potere se non quello di verificare che la qualificazione ad essi data giustifichi il rinvio dell'imputato davanti alla *Cour d'assises*. Atteso che i comportamenti rilevati nella sentenza impugnata configurano a carico del ricorrente la complicità nel reato di cui all'art. 312 cp[95], viene confermata la competenza della *Cour d'assises*, come rilevata dalla *Cour d'appel*.

Poche settimane dopo, il 14 giugno 1990[96], in relazione ad un altro caso la *Cour de cassation* sancisce che la clitoridectomia causata da un incidente d'auto autorizza la vittima a chiedere la riparazione del pregiudizio sessuale subito. Si tratta del caso di Nicole Valgresy, la quale ha chiesto in appello che fosse aumentata l'indennità accordatale in ragione del pregiudizio sessuale subito a seguito di un incidente d'auto, per il quale Dominique Rieffel era stato ritenuto responsabile di «ferite involontarie», e che fosse ordinato un complemento di perizia per stabilire l'importanza del pregiudizio. La *Cour d'appel* ha però ritenuto le allegazioni non verificabili da un punto di vista medico.

La *Cour de cassation*, considerando che la Valgresy, ferita alla vulva, ha subito l'ablazione del clitoride e che la sentenza d'appello presenta alcune contraddizioni e non giustifica la decisione, cassa la sentenza limitatamente alla riparazione del pregiudi-

89. C. Nisak, *op. cit.*, p. 44.

90. Cfr. M. Majorelle, *L'excision des six filles Coulibaly*, *Libération*, sabato 26 e domenica 27 aprile 1986, p. 15.

91. G. Levasseur, *Violences entraînant mutilation. Excision*, cit., p. 109.

92. Cfr. *Ibidem*, p. 109 e G. Levasseur, *Violences volontaires. Excision*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, 1991, p. 565.

93. Cfr. *Cour de cassation, Chambre criminelle*, 20 agosto 1983, *Bulletin criminel*, n. 229, pp. 582-584.

94. Cfr. G. Levasseur, *Violences entraînant mutilation. Excision*, cit., e *Coups et blessures* - Paris, 10 juill. 1987, in *Receuil Dalloz Sirey*, 1987, 33 cahier - informations rapides, p. 197.

95. Cfr. *Coups ou violences volontaires*, in *Editions Techniques. Droit pénal*, novembre 1990, p. 3.

96. Cfr. *Cour de cassation, Chambre criminelle*, 14 giugno 1990, *Bulletin criminel*, n. 243, pp. 625-627.

zio sessuale. Rinvia quindi la causa e le parti davanti alla stessa *Cour d'appel*, di Saint-Denis-de-la-Réunion, ma diversamente composta.

Torniamo però alla sentenza del 20 agosto 1983, fondamentale perché l'escissione vi viene considerata come passibile di pena criminale e quindi di competenza della *Cour d'assises*. A questo caso i giudici fanno infatti riferimento per determinare il mutamento della qualificazione giuridica delle escissioni e quindi anche di quelle praticate nel rispetto di norme consuetudinarie.

La *Cour d'appel* di Rennes, adita dall'imputata, rinvia quest'ultima davanti alla *Cour d'assises* della Loire Atlantique ed ella ricorre in Cassazione. La Corte respinge il ricorso, dichiarando che l'atto in questione costituisce una mutilazione. Come tale deve essere considerato un *crime*, di competenza della *Cour d'assises*.

Il 5 maggio 1983 la *Chambre d'accusation* della *Cour d'appel* di Rennes, rinvia R.[97] davanti alla *Cour d'assises* della Loire-Atlantique con l'accusa di «violenze esercitate dalla madre legittima su un bambino minore di 15 anni, che hanno procurato una mutilazione o un'infermità permanente«», così come di «colpi inferti a minore». R. ricorre in Cassazione sulla base di due motivi. Vi è stata violazione dei diritti della difesa, perché la perizia non è stata condotta da almeno due medici, come vuole la legge. La dottoressa Le Bourhis-Martel ha esaminato più volte la bambina da sola e la *Chambre d'accusation* non ha rilevato questa violazione. La sentenza è inoltre viziata da difetto di motivazione e manca la base giuridica. Riguardo al primo motivo la Corte risponde che, con un'ordinanza del 24 aprile del 1981, il giudice istruttore ha designato come esperti il professor Nicolas e il dottor Le Bourhis, con l'incarico di procedere all'esame della vittima e di descrivere «le lesioni, le ferite, le mutilazioni e le infermità» eventualmente provocate dalle violenze. Si è tuttavia verificata la necessità di esaminare gli occhi della bambina, per verificare i danni da questi subiti. Con nuova ordinanza del 29 giugno 1981 il giudice istruttore ha quindi sostituito il dottor Le Bourhis, prima che eseguisse l'esame, con la dottoressa Le Bourhis-Martel, oculista. Prima di procedere alla visita insieme al professor Nicolas ella ha dunque più volte esaminato da sola gli occhi della bambina. I medici designati hanno poi redatto una perizia. Nel rapporto presentato, del 26 marzo 1982, firmato da entrambi, essi certificano di «aver portato a termine personalmente la loro missione» ed enunciano le conclusioni alle quali sono pervenuti dopo aver esaminato insieme la vittima, il 25 gennaio 1982. Contrariamente a quanto sostenuto nel motivo di ricorso, nessuno dei due medici ha compiuto da solo le operazioni relative alla perizia. La *Chambre d'accusation* non aveva quindi nulla da rilevare al riguardo. Per quanto riguarda il secondo motivo, la Corte dichiara: «Considerato che risulta dalle enunciazioni della sentenza impugnata che R. avrebbe, il 20 marzo 1981, esercitato su sua figlia A. gravi violenze; che dagli elementi di informazione e, in particolare, dalle dichiarazioni dell'imputata e dalle conclusioni degli esperti, la *Chambre d'accusation* ha dedotto che queste violenze hanno provocato l'ablazione del clitoride e di una delle piccole labbra della vulva della bambina. [...] Considerato che, da una parte, per pronunciarsi così sui capi d'accusa gravanti sull'imputata, la *Chambre d'accusation* ha sovranamente valutato dal punto di vista del fatto, poiché ne aveva il potere, gli elementi di convinzione che le erano stati sottoposti e, in particolare, i risultati dei rapporti relativi alla perizia[98]; dall'altra, i fatti da essa rilevati riunirebbero a carico di R. gli elementi costitutivi del crimine di violenze esercitate dalla madre legittima su un bambino minore di 15 anni e che hanno provocato, ai sensi dell'art. 312, comma 3 cp, una mutilazione; [considerato] che, quindi, l'accusa dell'attrice, sulla base di questo capo è legalmente giustificata, [la Corte] rigetta il ricorso».

Nel 1984 Georges Levasseur commenta questa sentenza scrivendo che essa apporta una nuova pietra alla costruzione giurisprudenziale del concetto di mutilazione e d'infermità permanente. L'incapacità permanente non è sufficiente a realizzare una «infermità permanente» e se riguarda un membro deve essere definitiva. «Si può dunque considerare, con M. Vitu [...], che l'espressione 'infermità permanente, supponga la messa fuori uso dell'organo considerato o la sua ablazione'». Levasseur conclude dicendo: «La presente decisione interviene in un settore fisico in cui la sua applicazione potrebbe avere una portata inattesa. Si conoscono i gravi problemi che pone in certe regioni del globo l'uso dell'escissione o dell'infibulazione, inflitte a titolo rituale o religioso. Ogni volta che la questione è stata sollevata in una riunione internazionale, un velo discreto è stato gettato su una pratica che sembrava costituire un vero tabù»[99].

97. Dai documenti non risulta il nome completo dell'imputata.

98. Era infatti stato redatto un altro rapporto, oltre a quello sopra citato, del professor Nicolas e del dottor Caducal.

99. G. Levasseur, *Violences à enfant de moins de quinze ans entraînant une mutilation*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 1984, pp. 73-74.

Conclusioni

Dai paragrafi precedenti emerge come la risposta fornita dall'ordinamento francese all'escissione sia fortemente legata al contesto in cui tale risposta ha avuto origine. Abbiamo innanzitutto osservato che il mutamento del clima internazionale sull'argomento, in particolare il fatto che, a partire dalla fine degli anni Settanta, l'escissione è stata considerata una pratica tradizionale nociva per la salute di donne e bambine, ed è stata oggetto di sanzione a livello istituzionale e normativo, ha probabilmente influito sul rafforzamento della risposta sanzionatoria francese e, quindi, sulla transizione dei casi di escissione dalla giurisdizione del *Tribunal correctionnel* a quella della *Cour d'assises*. Emerge anche come la risposta del suddetto ordinamento sia stata sicuramente influenzata dal modello francese di inclusione delle minoranze, il cosiddetto modello di integrazione repubblicano, che non prevede norme per gruppi etnici differenti e che ha sicuramente influito sulla mancata adozione di disposizioni incriminatrici *ad hoc*.

Emerge dunque in maniera esplicita l'influenza di ciò che nel presente articolo ho chiamato dimensione geopolitica, propria dei reati culturalmente motivati e, più latamente, dei conflitti da cui tali reati nascono e che al contempo alimentano. Le considerazioni sulle recenti proposte del governo britannico in materia di tali reati mostrano infatti come essa non sia limitata ai casi di escissione, né ad un Paese specifico. Da queste emerge, in particolare, tutta la "temporalità" delle posizioni in materia di reati culturalmente motivati, la cui delineazione e applicazione appare, oggi più che mai, fortemente legata a contingenze storiche e politiche, intendendo quest'ultime in senso più o meno lato.

La risposta sanzionatoria in materia di escissione è tuttavia stata influenzata anche da un altro aspetto del contesto in cui essa ha trovato origine. Mi riferisco in particolare al tessuto sociale formato dall'attivismo associativo, che ha fortemente inciso sulla transizione dalla giurisdizione del *Tribunal correctionnel* a quella della *Cour d'assises*. Il fatto che associazioni a tutela dei diritti delle donne e dei bambini si siano costituite parte civile nei processi è stato sicuramente determinante nella qualificazione dell'escissione come *crime*; in particolare, ha giocato un ruolo cruciale la costituzione dell'avvocatessa Linda Weil- Curiel, che ha continuato a costituirsi parte civile per conto dell'associazione da lei presieduta, anche quando le altre associazioni hanno deciso di non farlo più.

Come ho avuto modo di osservare altrove[100], la magistratura non è unanime nel considerare positivamente il trasferimento dei casi di escissione alla giurisdizione della *Cour d'assises*. La risposta giudiziaria francese sembra dunque più legata all'attivismo del singolo che non ad una decisione istituzionale unitaria, ispirata alla tradizione francese *des droits de l'hommes*, intesi, più latamente, come diritti fondamentali. L'analisi qualitativa dei casi di escissione trattati in Francia dal *Tribunal correctionnel* mostra infatti l'influenza fondamentale dell'associazionismo e, in particolare, di una dei suoi esponenti nella transizione dell'escissione da *delit* a *crime*. Tali considerazioni contribuiscono dunque a de-ideologizzare la risposta sanzionatoria delle istituzioni che compongono un ordinamento, evidenziando il ruolo che specifici attori sociali rivestono relativamente ad essa.

A seguito del mutamento di qualificazione giuridica fortemente voluto dalle associazioni e avvenuto durante il caso Coulibaly, l'escissione verrà infatti ricondotta in Francia nell'alveo della competenza della *Cour d'assises*. Il conflitto normativo e valoriale tra l'ordinamento di tipo statuale francese e quello consuetudinario dell'escissione verrà dunque trattato da questa Corte. Spetterà quindi ai giudici della stessa, togati e popolari, il compito di trovare ad esso risposte "giudiziarie". In effetti le Corti sono l'ultimo baluardo oltre il quale a tale conflitto e, più in generale i conflitti tra ordinamenti statuali e ordinamenti consuetudinari esemplificati dai reati culturalmente motivati, non possono spingersi nella sfera giuridica. I giudici devono infatti comunque decidere, senza poter rinviare ad altri l'oneroso compito di pronunciarsi.

In Francia, a seguito del caso Coulibaly, l'escissione verrà qualificata per lo più come «violenza». Come ho mostrato altrove[101], nella maggior parte dei casi trattati da questa Corte le escissioni saranno infatti qualificate come «violenze intenzionali (*violences volontaires)* [o lesioni personali (*coups et blessures*)] che hanno causato una mutilazione (*ayant entraîné une mutilation*), perpetrata su di un minore di età inferiore ai 15 anni»[102].

---

100. Cfr. L. Bellucci, *Customary Norms vs State Law: French Courts' Responses to the Traditional Practice of Excision*, in R. Provost (a cura di), *Culture in the Domains of Law*, Cambridge University Press, New York, in corso di pubblicazione.

101. Cfr. L. Bellucci, *Consuetudine, diritti e immigrazione. La pratica tradizionale dell'escissione nell'esperienza francese*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 130-167.

102. Si vedano gli art. 222-9 e 222-10 del nuovo Codice penale francese e l'art. 312-3 del precedente Codice penale francese.

Il binomio escissione-violenza (o escissione-abuso/brutalità) avrà crescente fortuna anche al di fuori dell'ordinamento francese. Ho avuto modo di soffermarmi altrove sulla problematicità di tale equivalenza[103]. In questa sede mi limiterò a ricordare che essa ricorre negli interventi normativi in materia di mutilazioni genitali femminili delle istituzioni dell'Unione europea (Ue), quali la Commissione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea, che, negli anni 2000, hanno dedicato, così come ha fatto il Consiglio d'Europa, una considerevole attenzione al tema delle mutilazioni genitali femminili[104] e ricondotto l'escissione, tramite la categoria della mutilazione, nell'alveo della *gender-based violence*. Anche la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul)[105], il documento forse più noto tra quelli in tema di violenza esercitata nei confronti del sesso femminile106, accosta le mutilazioni genitali a forme di violenza quali la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato e i crimini commessi in nome del cosiddetto «onore»[107].

103. L. Bellucci, *Shaping Notions of Personal Autonomy in Plural Societies: Addressing Female Genital Cutting in France and the European Regulatory Framework on this Custom*, in Alison Dundes Renteln, Michele Graziadei e Marie-Claire Foblets (a cura di), *The Paradoxes of Personal Autonomy*, Ashgate, Aldershot, in corso di pubblicazione.

104. Cfr. *Female genital mutilation in the European Union and Croatia*, disponibile in http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/eige-report-fgm-in-the-eu-and-croatia.pdf, consultato il 7/2/2016.

105. Del 12 aprile 2011.

106. Per approfondimenti sui testi normativi delle istituzioni dell'Ue in materia di mutilazioni genitali femminili e la Convenzione di Istanbul si veda L. Bellucci, *Shaping Notions of Personal Autonomy in Plural Societies: Addressing Female Genital Cutting in France and the European Regulatory Framework on this Custom*, cit.

107. Preambolo.

L'uguaglianza, la diversità e il diritto: *vive la différence*

di *Michele Graziadei*

Il principio di uguaglianza non si è affermato in modo pacifico nella storia perché esso si afferma facilmente solo rispetto a chi è ritenuto simile a sé e non viene applicato automaticamente a chi è percepito come diverso. Il modello di uguaglianza che è stato alla base del discorso costituzionale condotto in occidente negli ultimi due secoli ha avuto una funzione inclusiva e di integrazione ma al tempo stesso ha preteso imperiosamente un adattamento ai modelli culturali dominanti. Ma l'immagine di una comunità omogenea è il frutto di una illusione o se si vuole essere più precisi di una ideologia. Dietro il velo della nostalgia per una società omogenea si trova molto spesso il tema dell'equa ripartizione delle risorse e della povertà e quello del riconoscimento dei diritti. Anche l'argomento dei diritti umani da difendere nel confronto con i Paesi non appartenenti all'Occidente non è al di sopra di ogni sospetto. In particolare quello di voler con essi perpetuare la missione civilizzatrice propria del colonialismo. La regola dell'uguaglianza implica il rispetto della pluralità dei valori che rendono ricca la vita in una società. La Costituzione italiana è esplicita in proposito perché è la Costituzione di una società che vuole essere pluralista. E la prima condizione per procedere in questa direzione è non umiliare l'altro. Nelle pieghe della cultura altrui troviamo anche qualcosa di nostro è la nostra umanità.

1. Sebbene sia un regime fragile e sempre in pericolo, la democrazia appartiene al mondo moderno. Il numero delle democrazie nel mondo è in aumento costante nell'ultimo secolo, ed il principio di uguaglianza che è alla base della costituzione politica democratica si diffonde. Le sue ramificazioni sono in tutte le direzioni, e la sua avanzata va di pari passo con proclamazioni solenni, che intendono garantire il rispetto della dignità umana.

Il principio di uguaglianza non si è però affermato in modo pacifico nella storia. Per fare un esempio notissimo, il diritto al voto delle donne è arrivato dopo una lunga battaglia, durata oltre un secolo. Anche nelle democrazie occidentali, la parità salariale tra uomo e donna è tuttora da conquistare nei fatti. La discriminazione (etnica, di genere, linguistica, religiosa, etc.) è bandita dalle costituzioni democratiche, ed è ora combattuta dallo Stato. L'azione dello Stato viene però monitorata sul piano internazionale, tramite i regimi protettivi dei diritti umani, per evitare che al riparo di essa, o addirittura grazie ad essa, il principio di uguaglianza possa essere violato, a vantaggio di una parte o di una componente della società.

Sul piano della vita sociale e in campo morale il principio di uguaglianza si afferma senza eccessiva difficoltà rispetto a chi è ritenuto simile a sé, mentre non è automaticamente esteso a chi viene percepito come diverso.

Per quanto il sentimento di essere parte di una singola umanità possa essere forte – siamo tutti mortali – dobbiamo riconoscere che il solo sentimento di umanità rappresenta un vincolo troppo debole per contrastare la forte tendenza ad applicare il principio di uguaglianza unicamente a chi viene ritenuto simile a sé.

Per contrastare questa tendenza il diritto contemporaneo ha messo a punto una propria strategia: è la strategia legata al riconoscimento dei diritto umani. Sul punto, limitiamoci per ora a questo rilievo essenziale, vedremo meglio oltre quali problemi si aprono nel momento in cui i diritti umani si affacciano sulla scena contemporanea.

Resta comunque sotto gli occhi di tutti un fatto. Affermato il principio di uguaglianza, proclamati i diritti umani, il tema della differenza – in primo luogo in termini di stili di vita e di atteggiamenti culturali – non è esaurito.

Il pluralismo proclamato dalle democrazie costituzionali contemporanee – specialmente di quelle costituite sulla base dell'idea di nazione – tuttora non incorpora fino in fondo questa dimensione dell'esperienza umana. Il valore della differenza non è sempre né pienamente espresso, né pienamente colto, sebbene a livello internazionale venga ormai frequentemente riconosciuto.

Un riconoscimento del genere si legge, ad esempio, nella Convenzione delle Nazioni unite sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005, che è stata approvata dalla Decisione del Consiglio dell'Unione europea in data 18 luglio 2006[1].

La nostalgia di una (immaginaria) comunità omogenea ha lasciato più di una traccia nel discorso intorno alla cittadinanza[2]. Lo stato costituzionale che è edificato sulla base della Costituzione repubblicana, è agli antipodi dello stato chiuso, di cui parlava Fichte all'inizio del 1800. L'Italia al pari di altri Stati europei è pienamente integrata nella vita della comunità internazionale. L'appartenenza dell'Italia e degli Stati Membri all'Unione europea ha trasformato lo stesso concetto di cittadinanza, facendo retrocedere l'idea di Stato nazione. Ma tutto questo non esclude, evidentemente, la possibilità che la comunità nazionale – o una sua componente – pensi se stessa secondo modelli che propongono l'idea di comunità omogenea, e che implicano chiusura verso chi non appartiene ad essa.

L'affermarsi di stili di vita individualizzati conduce però sempre più a riconoscere maggior spazio alla differenziazione nello spazio pubblico e nel privato.

La società contemporanea è infatti segnata da processi di individualizzazione che tendono sciogliere l'individuo dai vincoli dell'appartenenza sociale e dalle forme di vita sociale tradizionali; d'altra parte la società è sempre più tagliata sull'individuo, che affida la propria biografia a scelte rischiose, e a nuove forme di distinzione[3]. Questi processi, al cuore di una società di mercato, dovrebbero però essere governati con il conforto di teorie destinate a rendere conto in modo più adeguato del rapporto tra democrazia, pluralismo dei valori, molteplicità degli orientamenti culturali, e degli stili di vita.

2. Quali sono, ovvero quali possono essere queste teorie?

Dobbiamo partire da un dato di fatto. Tra la fine del diciottesimo secolo e il diciannovesimo secolo, sulla scia di rivendicazioni ampiamente diffuse, lo Stato ha costruito la cittadinanza smantellando le norme che segmentavano la società in ceti e classi distinte.

La storia europea è stata molto a lungo una storia di ceti e di classi separate da innumerevoli distinzioni, sancite da norme giuridiche, in gran parte di origine consuetudinaria.

I diritti riconosciuti sotto questo regime non derivavano dallo Stato, ma dalla propria condizione sociale, stabilita molto spesso alla nascita. In questo contesto, avevano ampio spazio le giurisdizioni particolari, private speciali, in quando l'idea d giustizia (e di uguaglianza) era relativa alla propria condizione sociale, era l'uguaglianza del nobile con il nobile, del borghese con il borghese, e così via[4].

L'azione dello Stato negli ultimi due secoli ha mirato ad abbattere queste disuguaglianze, per far sì che la condizione determinata dalla nascita non reggesse tutta la vita dell'individuo, si è aperta così la via della democrazia.

La tragica vicenda sfociata nell'orrore delle persecuzioni razziali durante il fascismo e il nazismo ha rappresentato una inversione di tendenza, che svela quanto sia stato complicato e discontinuo il processo che si avviò nel momento in cui una nozione generalizzata e universale di uguaglianza si mise in movimento. Si è trattato infatti di un processo non lineare, che ha incontrato forti resistenze, anche laddove non si sono affermati regimi totalitari, perché l'antico regime non è morto in un giorno[5].

---

1. Decisione del Consiglio del 18 maggio 2006 relativa alla conclusione della Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (2006/515/Ce), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 25.7.2006, L. 201/15.

2. Sul fondamento di questa ideologia: A. Burgio e A. Zamperini (cur.), *Identità del male. La costruzione della violenza perfetta,* Milano, 2013, e in relazione al diritto privato: M. La Torre, *"Nostalgia della comunità omogenea". Karl Larenz e la teoria nazionalsocialista del contratto*, Archivio Giuridico, 1987, pp. 45 ss.

3. In questi termini: U. Beck, *I rischi della libertà: l'individuo nell'epoca della globalizzazione*, Bologna, 2000; P. Bourdieu, *La distinzione: Critica sociale del gusto*, Bologna, 2001.

4. G. Gorla, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville* (1946), ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 14 ss.

5. Tra gli altri: A. J. Mayer, *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima guerra mondiale,* trad. it., Bari, 1999.

Se poniamo mente al declinare dell'assetto sociale e giuridico di antico regime nel ventesimo secolo possiamo dire che, ultima a cadere in Europa, è stata la differenza legata al genere, che negava alle donne il voto, l'accesso a ampi settori del mondo del lavoro, o che disconosceva l'apporto femminile al benessere della famiglia, tramite il lavoro prestato nella famiglia.

Nel diritto di famiglia differenze profonde tra uomo e donna sono in effetti rimaste in piedi a lungo, anche dopo l'entrata in vigore delle costituzioni del secondo dopoguerra. Il tema è centrale, se si vuol comprendere cosa voglia dire uguaglianza e cosa voglia dire differenza, e come il diritto operi in proposito, come ha rilevato con R. Rubio-Marin[6].

Le costituzioni del secondo dopoguerra – come sappiamo – hanno accolto la donna pienamente nell'ordine politico, attraverso il riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo, ma non hanno fatto scomparire l'abito sociale tradizionale che ritagliava per la donna un ruolo separato, confinato in seno alla famiglia. Nella famiglia, il marito e il padre era colui che sosteneva la vita familiare con il proprio reddito. Alla donna toccava il ruolo catturato da quel linguaggio edulcorato che la presentava come «l'angelo del focolare», linguaggio che, nella sua ambiguità, pretendeva di mitigare la condizione di diseguaglianza giuridica e di fatto in cui la donna si trovava, nobilitandola, tessendone le lodi.

Come questa disuguaglianza poteva essere mantenuta, anzi, come poteva essere giustificata, e resa pienamente legittima?

Se pensiamo alla famiglia, la leva – più esplicitamente – il condizionamento essenziale utilizzato per stabilire rapporti diseguali era legato a doppio filo ad un assunto semplice, quanto fortemente ideologico. Il matrimonio trae origine dal consenso dei nubendi, della cui libertà si faceva garante il diritto. Pertanto, con il proprio libero consenso al matrimonio, la donna avrebbe scelto – altrettanto liberamente – di aderire al regime diseguale consacrato dal matrimonio, che la poneva in posizione di subordinazione rispetto al marito.

Il quadro ora ricordato si arricchisce di una nota niente affatto secondaria. In realtà, sebbene di regola il consenso alle nozze fosse dato liberamente, per la donna il matrimonio era molto spesso anche l'unica possibilità di «uscire di casa». Un'alternativa pienamente legittima sul piano sociale raramente esisteva (salva la possibilità di prendere i voti!).

Il testo della Costituzione italiana in qualche misura aderisce a questa visione tradizionale dell'ordine delle cose, quando stabilisce che: «Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, *con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*» (art. 29, 2°co. Cost., enfasi aggiunta). La Costituzione accoglie il medesimo approccio in materia di condizioni di lavoro della donna,. Le condizioni di lavoro della donna lavoratrice devono infatti consentirle: «...l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.» (art. 37, 2° co. Cost.).

Sulla essenziale funzione familiare del marito o del padre la Costituzione tace. Più prudentemente, le costituzioni del secolo diciannovesimo, nel proclamare l'eguaglianza tacevano su tutta la materia del diritto di famiglia.

Come è stato osservato, questo modello di uguaglianza è in realtà un modello basato sull'idea di ruoli separati e non intercambiali tra uomo e donna. Si tratta di un modello protettivo di una sola parte, rispetto a cui si pone quindi un problema di *reasonable accomodation*, di adattamento o accomodamento ragionevole, più che di vera e propria uguaglianza di trattamento. Questo modello non rappresenta più oggi, ai nostri occhi, l'ordine naturale delle cose. Ad esempio, il congedo parentale dal lavoro è ormai diritto dell'uomo o della donna, come la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato. Il costume si prende però tuttora la propria rivincita nel momento in cui si registrano i numeri dei congedi effettivamente fruiti dall'uno o dall'altro sesso, o le attività di cura e di assistenza svolte all'interno della famiglia dall'uno o dall'altro sesso[7]. Ma questa differenza, questa separazione di ruoli, è assai meno sottolineata sul piano del diritto oggi rispetto al passato[8].

---

6. R. Rubio-Marin, *The achievement of female suffrage in Europe: on women's citizenship*, *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 4-34; R. Rubio-Marin, *Women in Europe and in the World: The State of the Union 201*, *ivi,* 2016, pp. 545 ss.; R. Rubio Marin, *I ruoli di genere all'interno della famiglia come questione costituzionale: il superamento della distinzuione tra diritto pubblico e diritto privato*, in G. Benacchio, M. Graziadei (cur.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato - Atti del IV congresso nazionale Sird*, Napoli, 2016, pp. 161 ss.; per il quadro italiano: si veda l'importante studio di E. Pazé, *Diseguali per legge. Quando è più forte l'uomo e quando è più forte la donna,* Milano, 2013.

7. Vedi in proposito il rapporto Istat *La conciliazione tra lavoro e famiglia, 2010*, Roma, 2011.

8. V. Viale, R. Zucaro, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act,* Working Paper ADAPT, 10 aprile 2015, n. 175, notano tuttavia che anche le più recenti riforme del mercato del lavoro non mancano di lasciare la porta aperta a distinzioni che riflettono modelli del passato.

Cosa possiamo apprendere più in generale da questa vicenda legata all'evoluzione dei rapporti tra i sessi?

Dobbiamo riconoscere che il modello di uguaglianza che è stato alla base del discorso condotto in occidente negli ultimi due secoli ha avuto una funzione inclusiva e di integrazione nella vita pubblica di settori della popolazione che un tempo erano in tutto o in parte esclusi da essa.

Al tempo stesso, però, ha preteso imperiosamente un adattamento ai modelli culturali dominanti. La pretesa è stata tanto più forte quanto più la società italiana si pensava compatta in termini di adesione a valori culturali condivisi, comuni credenze e stili di vita, o per lo meno assumeva di essere tale.

Lo era davvero, compatta?

Su questo punto bisogna fare chiarezza.

3. Gli antropologi culturali, che indagano la struttura della società sanno che la compattezza di cui parliamo – utilizzando talvolta il vocabolo «identità» – è una grande favola[9].

Per missione professionale l'antropologo deve provare a vivere dentro una comunità, senza rinunciare, al proprio punto di vista, mancando il quale c'è completa assimilazione, piuttosto che osservazione partecipante.

Ebbene, cosa può dirci l'antropologo che ha fatto questa esperienza?

Ogni mondo è un mondo di mondi.

Ogni comunità presenta al proprio interno differenze, tensioni, slanci in direzioni diverse, talvolta diametralmente opposte.

Così, nell'Italia di oggi abbiamo gesti xenofobi, e gesti di solidarietà nei confronti dei migranti. Nel Sud Africa segregazionista, negli Stati uniti del *separate but equal*, c'erano bianchi che marciavano e lottavano insieme ai neri. Nell'epoca in cui le persone di colore potevano essere ridotte in schiavitù c'erano militanti abolizionisti che ne reclamavano la libertà. Quando gli ebrei cercarono scampo rispetto alla barbarie nazifascista, ci fu chi volle mettere a repentaglio la propria vita per proteggerli, e talvolta morì per loro.

L'immagine di una comunità omogenea è il frutto di un'illusione; se vogliamo essere più precisi: di una ideologia.

Un'ideologia che possiamo comprendere come uno strumento di oppressione, illuminato nella sua genesi e in molti dei suoi meccanismi fondamentali dalla psicologia sociale[10].

Beninteso, dietro il velo della nostalgia per la comunità omogenea si trova molto spesso il tema dell'equa ripartizione delle risorse e della povertà, che è il vero tema di cui spesso si discute, quando si parla d'altro[11]. Il rifiuto della differenza è infatti un bell'affare, quando porta con sé la negazione dei diritti, il lavoro nero, la bidonville, la marginalità o la clandestinità penalmente sanzionata per coloro che si trovano nel territorio dello Stato[12].

Mi limiterò a notare che quanto storicamente vale in relazione alla questione femminile vale in realtà per tutti i gruppi marginali nella nostra società. In relazione a tali gruppi, l'eguaglianza rischia di essere messa da parte, di essere revocata, di essere soppressa, sotto il manto delle norme che dovrebbero garantirla[13].

Teniamo presente che queste persone sono normalmente soggette a discriminazioni multiple, vale a dire ad un fardello doppiamente pesante di difficoltà. Talvolta si è in presenza di un vero e proprio stigma. Si può trattare di stigma non completamente rimosso, com'è, ad esempio, quello che riguarda la malattia mentale, mentre nel nostro Paese vi è stato un progresso significativo per quanto riguarda lo sviluppo di atteggiamenti più inclusivi verso la disabilità fisica.

Il primo passo necessario per scoprire come il diritto si può aprire alla diversità delle culture e alla loro interazione ed integrazione è comprendere quanto ho appena ricordato: in una società democratica, caratterizzata da uno stato costituzionale, si possono attuare meccanismi di subordinazione e di esclusione che riguardano coloro che vivono sul territorio semplicemente attraverso pretese avanzate in nome di (pretesi) valori culturali dominanti.

Certamente, oggi in Italia migliaia di operatori pubblici, tante organizzazioni di volontariato e religiose, milioni di cittadini impegnati a vario titolo nel

9. Il lettore italiano dispone in proposito della riflessione di Francesco Remotti, *L'ossessione identitaria,* in *Rivista italiana di gruppoanalisi*, 2011, 1, pp. 9-29; Id., *L'ossessione identitaria*, Bari, 2010; Id., *Contro l'identità*, Bari, 1996.

10. Si veda P. Amerio, *Problemi umani in comunità di massa*, Torino, 2004, pp. 118 ss.

11. Bisogna ricordare che in Europa, l'Italia è il Paese che registra le maggiori diseguaglianze nella distribuzione del reddito, seconda solo al Regno Unito: B. Sbisazza, *Distribuzione dei redditi, Italia seconda in Europa per disparità, Il Sole-24 ore*, 24 giugno 2013.

12. P. Borgna, *Clandestinità (e altri errori di destra e di sinistra)*, Roma-Bari, 2011.

13. C. Bartoli, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina,* Roma-Bari, 2012.

sociale, lavorano per promuovere l'inclusione. La ricchezza di vita che è contenuta in questa esperienza, irriducibile ad una sola dimensione, molteplice nei suoi aspetti, è inestimabile.

4. Oggi possiamo dire di aver lasciato alle spalle varii regimi oppressivi, avendo imboccato il sentiero che è poi diventato la via maestra dell'eguaglianza generalizzata, dell'uguaglianza quale sia la cultura o l'esperienza di vita di ciascuno.

Ho cercato di mostrare il rischio dell'ipocrisia, nel presentare un assunto di questo genere come pacificamente condiviso. Infatti, se dobbiamo dare nuovamente ascolto agli studiosi della cultura, ad essere universalizzato è in realtà solo quanto ci è già noto, quanto ci è familiare[14]. L'effetto di questa tendenza è quello di assumere che i propri modelli culturali abbiano valore universale, mentre in realtà si rimane chiusi ai modelli altrui.

Questo è vero anche in relazione al tema dei diritti umani.

Molti tra coloro che si occupano di diritti umani sanno che l'argomento tratto dalla necessità di difendere i diritti umani nel confronto con Paesi non appartenenti all'Occidente, o con persone che provengono da Paesi che non hanno condiviso il percorso verso la modernità dell'Occidente, non è al di sopra di ogni sospetto15. Il dubbio che si agita è che questi diritti rappresentino in realtà, agli occhi di chi ha vissuto in modo traumatico il contatto con l'Occidente, null'altro che la continuazione della missione civilizzatrice che l'Occidente scelto come vessillo per imporre regimi coloniali o di dominio, se non il puro e semplice sterminio16.

Soprattutto, ecco il monito formulato da molti dei nostri interlocutori, non chiamateli diritti umani: quasi fossero disumani i popoli non disposti a sottoscrivere immediatamente simili tavole di valori. Volete proporli e difenderli? Non colorateli dell'enfasi che li rende emblemi di civiltà17.

Scavando nella nostra storia, senza voler sottoscrivere visioni anacronistiche, scopriamo che si può procedere altrimenti, si possono quindi evitare alcuni errori di prospettiva.

Quello che, nell'epoca attuale, è chiamata cultura un tempo era apertamente chiamato costume, consuetudine: ciascuno legittimamente ne aveva uno proprio, per quanto «selvaggio». Mancava un parametro universale, legato all'idea di uguaglianza, com'è quello che verrà messo a punto più tardi, e che ci sollecita oggi.

Con il tempo abbiamo appreso che la regola dell'uguaglianza implica il rispetto della pluralità dei valori, vale a dire la pluralità degli orizzonti, delle aspettative, e dei desideri che rendono ricca la vita in società18. La Costituzione italiana è esplicita in proposito: è la Costituzione di una società pluralista.

Si tratta di una lezione importante: la prima condizione per procedere insieme – cosa che dobbiamo assolutamente fare – è non umiliare l'altro, nelle pieghe della cultura altrui troviamo infatti anche qualcosa di nostro. Sappiamo di cosa si tratta: è la nostra umanità.

14. Z. Todorov, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, trad. it., Einaudi, 1989.

15. Per una riflessione appropriata: L. Roniger, *Multiple Modernities 'East' and 'West' and the Quest for Universal Human Rights*, in Preyer-Sussman (cur.), *Varieties of Multiple Modernities*, Leiden, 2015, pp. 122 ss.

16. S. Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Roma, 2005, p. 30.

17. Per considerazioni validissime in merito: M. Ricca, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

18. R. Macdonald, *Legal Republicanism and Legal Pluralism*, in M. Bussani - M. Graziadei (cur.), *Human Diversity and the Law*, Bruylant, Brussels, 2005 pp. 43-70.

Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di *Guido Raimondi*

Da almeno quarant'anni (sentenze *Handyside, 1976* e *Young, 1981*) la giurisprudenza della Cedu attribuisce rilevanza fondamentale al dialogo interculturale e al rispetto delle minoranze quali condizioni necessarie per la difesa della società democratica e la conservazione del pluralismo, elementi che considera indissociabili dalla tutela delle libertà e dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea. La Corte europea, in questo campo particolarmente, deve confrontarsi con i suoi compiti di armonizzazione della protezione dei diritti fondamentali in Europa e del riconoscimento della diversità che esiste tra i Paesi che sono parti della Convenzione. Il metodo comparativo, la individuazione di uno *standard* minimo europeo di tutela, l'attribuzione di un margine di apprezzamento agli Stati sono i principi guida che la Cedu ha utilizzato sinora nei tre livelli cui è stata chiamata a intervenire e cioè i conflitti culturali all'interno delle singole società europee, fra le diverse culture dei Paesi europei aderenti alla Convenzione, nei rapporti tra l'Europa e il resto del mondo. In particolare il primo livello coinvolge la libertà e il diritto di conservare il proprio stile di vita e la possibilità di mantenere valori e usi tradizionali anche profondamente diversi da quelli delle società di accoglienza e ha visto la Corte impegnata in decisioni molto note e ampiamente discusse nelle società europee.

1. Il pluralismo nella giurisprudenza della Cedu

Una definizione del dialogo interculturale presente nei documenti del Consiglio d'Europa è quella secondo cui questo concetto indica "uno scambio di idee aperto e rispettoso tra individui e gruppi appartenenti a diverse culture che conduce ad una più intensa comprensione dell'altrui visione del mondo[1]."

L'essenza di questa definizione si ritrova nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito: la Corte) nel caso *Handyside c. Regno Unito* del 1976. In questa sentenza la Corte sottolinea non solo l'importanza della libertà di espressione, protetta dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in seguito: la Convenzione), ma anche la necessità del rispetto di opinioni che sono diverse, e quindi del pluralismo come carattere essenziale della società democratica. La Corte ricorda in questa sentenza che la protezione della libertà di espressione non riguarda solo le informazioni e le idee che sono favorevolmente recepite ovvero sono ritenute innocue o indifferenti, ma anche quelle che offendono, turbano o disturbano lo Stato o qualunque settore della popolazione. Queste, dice la Corte, sono «... le esigenze di quel pluralismo, di quella tolleranza e di quella apertura mentale senza i quali non vi è una 'società democratica'[2]».

1. *Council of europe*, *Consultation document for preparing the "White paper on intercultutal dialogue"*, Strasbourg, January, pp. 6-9. V; P.Wiater, *Intercultural Dialogue in the Framework of European Human Rights Protection* , *Council of europe, White Paper Series* - Volume, 2010. Attualmente un testo di *soft law*, intitolato *Guidelines of the Committee of Ministers to Member States on the Protection and Promotion of Human Rights in Culturally Diverse Societies* è all'esame del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

2. *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, Serie A, n. 24, § 49.

Con la sentenza *Young, James and Webster c. Regno Unito* del 1981, la Corte ha integrato questo concetto aggiungendo il rispetto delle minoranze. Dice la Corte che, anche se gli interessi individuali possono a volte esser subordinati a quelli di un gruppo, la democrazia non significa semplicemente che le opinioni della maggioranza debbano sempre prevalere: è necessario trovare un equilibrio che assicuri alle minoranze di essere trattate in modo equo ed adeguato ed eviti ogni abuso di posizione dominante[3].

A proposito di un aspetto particolarmente importante del dialogo interculturale, e cioè della sua rilevanza in materia di libertà religiosa, protetta dall'articolo 9 della Convenzione, la Corte, nel caso della *Chiesa metropolitana di Bessarabia ed altri c. Moldova*, del 2001, ha osservato che la libertà di pensiero, coscienza e religione è uno degli elementi più vitali che concorrono a formare l'identità dei credenti e la loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici e gli indifferenti. Il pluralismo, che è indissociabile da una società democratica, e che è una conquista cui si è giunti attraverso secoli, dipende da questa libertà. In una società democratica, nella quale coesistono diverse religioni all'interno di una stessa popolazione, può essere necessario prevedere delle restrizioni a questa libertà allo scopo di comporre gli interessi dei vari gruppi e assicurare che il credo di ciascuno sia rispettato. Tuttavia, nell'esercizio del suo potere di regolazione in questo campo e nei suoi rapporti con le varie religioni e credenze, lo Stato ha un dovere di neutralità e di imparzialità. Ciò che è in gioco è la conservazione del pluralismo ed il corretto funzionamento della democrazia, tra le cui caratteristiche principali vi è la possibilità che ad esse offre di risolvere i problemi di un Paese attraverso il dialogo. Di conseguenza, il ruolo delle autorità in queste circostanze non è quello di rimuovere le cause di tensione eliminando il pluralismo, ma di assicurare che i vari gruppi che sono in competizione si tollerino reciprocamente[4].

Nel caso *Leyla Şahin c. Turchia* del 2005, la Corte ha precisato che la tutela della libertà religiosa non garantisce in ogni caso il diritto di comportarsi in una maniera prescritta da un credo religioso e non conferisce a coloro che lo fanno il diritto di trasgredire regole che si sono dimostrate giustificate[5]. Un'applicazione recente, e molto conosciuta, di questo principio, la si è avuta con la sentenza della Grande Camera *S.A.S. c. Francia* del 2014[6], che ha confermato la non violazione della Convenzione in relazione al divieto stabilito in Francia di portare in pubblico il *burqa* ed il *niqab*.

Per comodità di esposizione, e seguendo la sistemazione utilizzata nei documenti del Consiglio d'Europa, si possono individuare tre livelli nei quali il dialogo interculturale è rilevante, vale a dire:

a) all'interno delle società europee;
b) tra diverse culture al di là dei confini nazionali;
c) tra l'Europa ed il resto del mondo.

La consapevolezza di questi diversi livelli permette una visione coerente della promozione del dialogo interculturale diretto ad una convivenza pacifica e costruttiva in un mondo multiculturale. Guardando in modo complessivo alla giurisprudenza della Corte in questo settore ci si rende conto che, nella percezione della Corte, la difesa e la effettiva realizzazione delle nozioni di pluralismo, tolleranza, apertura mentale e rispetto per le opinioni altrui sono di fondamentale importanza, indipendentemente dal diritto fondamentale che di volta in volta venga in rilievo, perché queste nozioni sono connaturali all'idea di democrazia, senza la quale le tutele della Convenzione non avrebbero senso.

I casi che sono portati alla Corte spesso sollevano questioni relative ad uno dei tre livelli di dialogo interculturale che ho citato. A proposito del *primo livello*, cioè le questioni che si pongono all'interno di una data società europea, cioè di uno Stato parte, la Corte ha elaborato un'ampia giurisprudenza sui conflitti che nascono dall'opposizione tra gruppi maggioritari e minoritari. La tutela della cultura e dei diritti identitari è sempre più importante per minoranze che si trovano a doversi confrontare con il modo di vivere spesso molto diverso della maggioranza della società. Relativamente al *secondo livello* di dialogo interculturale, quello che attraversa le frontiere degli Stati, la giurisprudenza della Corte affronta la questione della diversità delle culture giuridiche europee e della varietà con la quale nelle diverse parti del continente i diritti umani vengono interpretati ed applicati. Qui la Corte usa come riferimento per risolvere i conflitti la nozione di «*standard* comune europeo» (*common European standard*). Per quanto riguarda il *terzo livello* di dialogo interculturale, la Corte si trova spesso a doversi confrontare con consuetudini, tradizioni e

3. *Young, James e Webster c. Regno Unito,* 13 agosto 1981, Serie A, n. 44, § 63.

4. *Metropolitan Church of Bessarabia and Others c. Moldova*, no. 45701/99, §§ 114-116, ECHR 2001XII.

5. *Leyla Şahin c. Turchia* [GC], n. 44774/98, ECHR, 2005.

6. *S.A.S. c. Francia* [GC], n. 43835/11, 1° luglio 2014.

sistemi di valori, ed anche sistemi giuridici di Paesi extraeuropei. A questo livello, la Corte riconosce i limiti della sua competenza territoriale, che resta ovviamente regionale, ma allo stesso tempo è ferma sull'affermazione dei fondamentali diritti che essa è chiamata a proteggere. Quindi la Corte è chiamata a comporre tradizioni e approcci giuridici europei e non europei, che si confrontano in un mondo sempre più globalizzato.

Da un punto di vista generale, quando la Corte si confronta con nozioni quali «cultura», «diversità culturale» e «dialogo interculturale», due principi fondamentali vengono in rilievo: da una parte è compito della giurisprudenza della Corte di pervenire, entro certi limiti, ad una armonizzazione della protezione dei diritti fondamentali a livello europeo e, d'altra parte, ed allo stesso tempo, la giurisprudenza deve riconoscere la diversità che esiste tra gli Stati parti della Convenzione.

In effetti il principio di sussidiarietà che deriva dalla Convenzione implica che scopo della stessa Convenzione è l'istituzione di un sistema di controllo internazionale della protezione dei diritti fondamentali da parte delle autorità nazionali, ma non è quello della istituzione di un sistema di regolamentazione dettagliata in tutte le aree di attività coperte dai diritti garantiti. Gli *standard* della Convenzione, come si ripete continuamente, non sono da considerare come una disciplina uniforme, ma come un *livello minimo di protezione* che tutti gli Stati parte devono osservare. Si parte cioè dall'idea che spetta alle autorità nazionali proteggere e garantire i diritti fondamentali tenendo in considerazione le necessità e le tendenze della comunità locale. Attraverso il principio di sussidiarietà, la Corte promuove la varietà delle tradizioni culturali, giuridiche e anche ideologiche esistenti in Europa. Evidentemente dunque il principio di sussidiarietà è particolarmente importante nel contesto del dialogo interculturale.

Questi due grandi principi determinano l'atteggiamento della Corte rispetto alle questioni riguardanti le differenze culturali: lo scopo della giurisprudenza è quello della fissazione di uno *standard* europeo per la protezione dei diritti umani, mentre allo stesso tempo essa riconosce la legittima diversità culturale. In altre parole, come in ogni sistema di protezione internazionale dei diritti umani, è necessaria l'elaborazione di strumenti di interpretazione che permettano di tracciare il confine tra ciò che appartiene ad ogni comunità nazionale di decidere a livello locale e ciò che invece è talmente fondamentale da imporre lo stesso livello di tutela per tutti i Paesi che partecipano al sistema, quali che siano le variazioni nelle tradizioni e nelle culture[7].

Quali sono gli strumenti elaborati dalla giurisprudenza della Corte per affrontare la varietà delle tradizioni giuridiche e culturali tra i Paesi parte della Convenzione e poi stabilire se occorre veramente indicare una soluzione basata su di uno *standard* europeo da imporre a tutti? Questi strumenti sono essenzialmente due: l'analisi comparativa ed il margine di apprezzamento.

2. Analisi comparativa

Il metodo comparativo è uno degli strumenti usati dalla giurisprudenza della Corte nell'interpretazione, in situazioni specifiche, delle regole fissate in modo abbastanza vago dalla Convenzione. Si dice comunemente che il riferimento comparatistico è una fonte persuasiva di aiuto all'interpretazione[8]. Mettendo a confronto gli *standard* di protezione attuati dagli Stati parte al loro livello interno, la Corte realizza una sorta di «dialogo interculturale» allo scopo di individuare un «terreno europeo comune» nel rispondere a una specifica questione giuridica[9]. Nel caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* la Grande Camera della Corte, per esempio, ha esaminato la questione del regime del riconoscimento legale del cambiamento di sesso in diversi Paesi europei. Nella sua sentenza[10], che è del 2001, la Corte dice che nel decennio precedente era riconoscibile nelle legislazioni dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, senza possibilità di errore, una tendenza verso il pieno riconoscimento legale del cambiamento di sesso. Questo risultato dell'indagine di diritto comparato compiuta dalla Corte ha contribuito alla conclusione della Corte che è stata nel senso del riconoscimento a carico del Regno Unito di un obbligo positivo di riconoscimento legale del cambiamento di sesso e quindi di una violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Nel riferirsi a uno *standard* europeo comune per la protezione dei diritti umani, la Corte si basa sugli

7. P. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, *Human Rights Law Journal*, vol. 19. (1998), pp. 1-6.

8. P. Mahoney, *Comparative Law and the ECtHR*, in G. Canivet, M.Andenas e D. Fairgrieve (eds.), *Comparative Law before the Courts*, London, 2004, p. 136.

9. P.Mahoney, *op. cit*., p. 138.

10. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, n. 28957/95, ECHR 2002,VI.

sviluppi sociali e culturali, riflessi nelle legislazioni degli Stati parte alla Convenzione. L'interpretazione evolutiva della Convenzione, che può condurre a una modernizzazione della legislazione interna su temi che interessano l'ordine morale o sociale dello Stato interessato, si appoggia quindi su di un «terreno europeo comune» che a sua volta è ricavabile dalla legislazione e dalle prassi della comunità degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, nonostante l'importanza dell'analisi comparativa, la Corte considera che alle autorità nazionali deve essere comunque garantito un certo margine discrezionale quando esse regolano una determinata questione al loro interno. Questo aspetto della giurisprudenza della Corte va sotto il nome di «margine di apprezzamento».

3. Margine di apprezzamento

I risultati ottenuti mediante l'analisi comparativa e l'ampiezza del «margine di apprezzamento» si influenzano reciprocamente. Si dice che quanto più ampio è il cosiddetto «terreno comune europeo» nella legislazione e nella prassi dei Paesi europei, tanto più ridotto è il margine di apprezzamento per gli Stati che non seguono il *consensus* europeo, mentre, all'opposto, se l'analisi comparativa rivela una grande diversità, allora il margine è più ampio[11].

La dottrina del margine di apprezzamento è applicata dalla Corte in vari settori. Naturalmente il suo campo privilegiato è quello degli articoli da 8 a 11 della Convenzione, che proteggono diritti limitabili e che quindi richiedono normalmente il bilanciamento di interessi differenti e ugualmente tutelati.

Anche se la discrezionalità nazionale è limitata dal controllo finale della Corte, che ha anche l'ultima parola per quanto riguarda l'accertamento dei fatti, la Corte riconosce il profondo legame tra le idee di moralità, sistemi di valore e la comunità sociale locale. Quando determinati valori culturali e di società sono controversi e dunque formano oggetto di dibattito a livello nazionale e internazionale è ovviamente difficile che essi vengano convertiti in valori protetti dalla Convenzione. Quando manca l'uniformità tra i Paesi europei a proposito di certe concezioni, come può accadere per la protezione della morale, o anche a proposito del posto che va riconosciuto alla religione nella società, la Corte ritiene generalmente che le autorità statali si trovano, in via di principio, in una posizione migliore rispetto a quella del giudice internazionale per esprimersi nella materia.

Nel celebre caso *Lautsi c. Italia* del 2011, che riguardava l'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche, la Corte ha osservato che gli Stati dispongono di un margine di apprezzamento nei loro sforzi volti a conciliare l'esercizio delle funzioni che assumono in relazione all'educazione e all'insegnamento rispetto al diritto dei genitori di assicurare per l'appunto un'educazione e un insegnamento conforme alle loro convinzioni religiose. Questo si applica all'organizzazione dell'ambiente scolastico e anche alla predisposizione ed alla programmazione del *curriculum*. Quindi la Corte ha in linea di principio il dovere di rispettare le decisioni degli Stati contraenti in queste materie, incluso lo spazio che essi intendono destinare alla religione nella vita pubblica, purché tali decisioni non conducano a forme d'indottrinamento.

Viceversa, se l'elaborazione di sviluppi sociali e culturali in Europa, rivelata dalla legislazione degli Stati contraenti quale appare dall'analisi comparativa, permette alla Corte di discernere una tendenza unificante di progresso sociale e culturale, può sorgere un problema dal punto di vista della Convenzione se la legislazione dello Stato convenuto non riflette la tendenza generale.

Quindi nella sua giurisprudenza la Corte esplicitamente o implicitamente utilizza questi metodi per stabilire uno *standard* europeo comune in materia di protezione dei diritti umani, riconoscendo al tempo stesso la legittima diversità culturale. Il difficile compito di tracciare il confine tra il rispetto della diversità culturale e la necessità di armonizzare la protezione dei diritti umani si presenta a tutti e tre i livelli di dialogo interculturale che ho evocato all'inizio.

Cercherò ora di fornire qualche esempio per ciascuno di questi livelli.

3.1. Multiculturalismo all'interno delle società europee

Il primo livello di dialogo interculturale riguarda le questioni che si pongono all'interno delle società europee, come il dialogo tra le culture minoritarie e quella maggioritaria all'interno della stessa comunità. La protezione delle minoranze etniche e nazionali svolge un ruolo crescente nell'ambito della Convenzione. L'articolo 1 della Convezione assicura ad «ognuno» i diritti e le libertà previsti dal testo, ma non ci sono disposizioni espressamente dedicate alle minoranze. L'articolo 14, cioè la norma anti-discriminazione, è l'unica disposizione che si riferisce alla necessità di proteggere le minoranze. L'articolo 14 dice che il godimento dei diritti e delle libertà pro-

11. L.Wildhaber, *The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in Bröhmer et al. (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Köln/Berlin/München, 2005, p. 1106.

tetti dalla Convenzione deve essere assicurato senza discriminazioni di nessun genere, come ad esempio «l'appartenenza ad una minoranza nazionale». Inoltre il Protocollo n. 12 alla Convenzione (non ratificato dall'Italia), che stabilisce un divieto generale di discriminazione, è entrato in vigore il 1° aprile 2005. Nel determinare lo *standard* internazionale di protezione delle minoranze, la Corte utilizza diversi testi internazionali pertinenti, elaborati sia dal Consiglio d'Europa, sia dall'Unione europea e dall'Osce. In particolare la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali, entrata in vigore il 1° febbraio 1998 è una fonte di ispirazione particolarmente importante, come la Grande Camera della Corte ha osservato nel caso *Chapman c. Regno Unito* del 2001.

Vale la pena di ricordare alcune sentenze della Corte in materia di tutela delle minoranze.

3.2. Minoranze e diritto alla vita

L'importanza dell'articolo 2 della Convenzione come una disposizione che non solo protegge il diritto alla vita, ma fissa anche le condizioni nelle quali la privazione della vita può essere giustificata, è stata ripetutamente affermata dalla Corte.

Un caso particolarmente interessante in materia di protezione delle minoranze è la sentenza *Nachova ed altri c. Bulgaria* del 2005. In questo caso la Grande Camera della Corte si è occupata delle doglianze dei ricorrenti secondo i quali pregiudizi e atteggiamenti ostili verso l'etnia Rom avevano avuto un ruolo decisivo negli eventi che avevano condotto all'uccisione di due militari di leva di origine Rom da parte di soldati della polizia militare bulgara. Le vittime, che operavano nel genio militare, erano fuggite da un sito dove erano impegnate in una costruzione. Sebbene si sapesse che i due coscritti erano disarmati e non pericolosi, i soldati della polizia militare li avevano uccisi con un'arma automatica presso un campo Rom. Dopo l'uccisione, uno dei militari aveva, secondo i ricorrenti, gridato ad uno degli abitanti del campo: «Dannati zingari!», puntandogli contro un'arma. I congiunti delle vittime invocavano dinanzi alla Corte la violazione dell'articolo 2, dell'articolo 13 e dell'articolo 14 della Convenzione combinato con l'articolo 2. Nella sua sentenza, la Corte ha affermato che l'uccisione delle due vittime e l'inchiesta che ne era seguita, che aveva confermato la legalità del comportamento della polizia militare, avevano violato il diritto alla vita previsto dall'articolo 2 della Convenzione. A proposito della questione se le uccisioni avessero una motivazione razziale la Grande Camera ha affermato, pur non essendovi prova dell'insulto razziale che era stato pronunciato secondo i ricorrenti, ogni espressione verbale di questo tipo pronunciata in un'operazione implicante l'uso della forza contro persone appartenenti ad una minoranza etnica o di altra natura è altamente rilevante per stabilire se si sia trattato di violenza istigata dall'odio razziale, per cui, non avendo le autorità bulgare sufficientemente indagato su questo punto, è stata trovata una violazione dell'articolo 14 combinato con l'articolo 2 sotto il profilo procedurale. La Corte ha osservato che la violenza razziale costituisce un affronto particolare alla dignità umana. Tenuto conto della pericolosità delle sue conseguenze, essa richiede da parte delle autorità una speciale vigilanza ed una reazione vigorosa. Per questo esse devono ricorrere a tutti i mezzi a loro disposizione per combattere il razzismo e la violenza razzista, rafforzando così la concezione democratica della società, nella quale la diversità non è vista come una minaccia, ma come una ricchezza.

3.3. Minoranze, cultura e diritti identitari

La libertà e il diritto di conservare il proprio stile di vita, così come la possibilità di mantenere valori ed usi tradizionali è questione di grande e crescente importanza per le minoranze che nella società di oggi sono spesso circondate da una maggioranza che ha stili di vita totalmente diversi. In termini generali, il «diritto alla cultura» copre, oltre al diritto al proprio stile di vita, una vasta gamma di aspetti sostanziali, come l'uso di lingue minoritarie nell'apprendimento scolastico[12], ma anche altri aspetti legati all'educazione, come i *curricula* scolastici.

Nel caso *Chapman c. Regno Unito*, sentenza della Grande Camera del 2001, la Corte era stata chiamata ad esaminare la questione dello stile di vita di famiglie zingare, e le specifiche difficoltà che esse incontravano per parcheggiare le loro roulotte. Il ricorrente, che aveva acquistato un terreno in una zona verde (*Green Belt* area) nell'Hertfordshire, si era visto rifiutare il permesso di collocare sul terreno il suo *caravan* e di costruire un *bungalow*. Nel procedimento amministrativo si era riconosciuto che non vi erano campi zingari nelle vicinanze e quindi era stato accordato al ricorrente un certo tempo per ottemperare all'ordine di sgombero che era stato impartito. Nella sua sentenza la Grande Camera ha riconosciuto che l'articolo 8 della Convenzione, che protegge la vita privata e familiare, include la tutela degli stili di vita tradizionali dei gruppi minoritari, stabilendo che l'articolo 8 implica obblighi positivi a carico degli Stati, che sono tenuti a facilitare lo stile di vita degli zingari, consi-

12. *Belgian linguistic case* (*merits*), sentenza del 23 luglio 1968, Serie A, n. 6.

derando in particolare i loro bisogni nelle decisioni sulla pianificazione urbanistica del territorio e nella decisione su casi particolari. La Corte ha osservato che anche se il fatto di appartenere ad una minoranza certamente non può conferire una esenzione rispetto alla generale legislazione che è diretta a regolare i beni comuni, come l'ambiente, può però incidere sulla maniera in cui queste leggi sono applicate.

Con la sentenza *S.A.S. c. Francia*, la Corte, che evocavo prima, ha affermato che il divieto del velo integrale è compatibile con la Convenzione. In effetti il contesto generale dei valori e dei principi comuni derivanti dagli strumenti internazionali esistenti, compreso il *soft law* del Consiglio d'Europa, sembrava dover condurre la Corte a una diversa soluzione.

La Risoluzione 1743(2010) e la Raccomandazione 1927 (2010) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa su *L'islam, l'islamisme et l'islamophobie en Europe* invita gli Stati membri a non adottare un divieto generale del velo integrale. Nello stesso senso, la ferma presa di posizione del Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa, secondo il quale «*…l'interdiction de la Burqa et du niqab… ne correspondrait pas aux valeurs européennes*», que sont «*la diversité et le multiculturalisme*».

Tuttavia la decisione della Corte, che ammette la conformità alla Convenzione del divieto del porto del velo integrale riconoscendo la «scelta di società», a tutela del «vivere insieme» compiuta dal legislatore francese si inscrive nella giurisprudenza precedente, critica sul senso del *foulard* islamico. Naturalmente il rispetto del margine di apprezzamento riservato al legislatore nazionale ha giocato un ruolo importante[13].

3.4. Dialogo tra diverse culture di là dei confini nazionali

La pratica del dialogo interculturale attraverso i confini nazionali tra i Paesi del Consiglio d'Europa è uno degli aspetti del lavoro quotidiano della Corte. In effetti, la Corte deve valutare, formulare e riconoscere l'esistenza di uno «*standard* europeo comune» nella protezione dei diritti fondamentali. In particolare, le concezioni morali e valoriali che si esprimono negli stili di vita individuali, modi di pensare, usanze ed abitudini, formano una parte importante dello scambio interculturale tra le società europee per promuovere una migliore comprensione delle altrui concezioni di vita.

La Corte si è occupata in particolare di questioni che in questo campo si sono poste a proposito dell'articolo 8 sulla vita privata e familiare, dell'articolo 9 sulla libertà di religione e dell'articolo 10 sulla libertà di espressione.

Mi limiterò, per ragioni di tempo, ad un esempio in materia di tutela della vita privata e familiare, citando il famoso caso *Marckx c. Belgio,* sentenza del 1979.

In questo caso la Corte era chiamata a proteggere il rispetto della vita familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione a proposito della evoluzione delle forme di struttura familiare emergenti nelle moderne società. La Corte ha affermato che la posizione giuridicamente sfavorevole in Belgio delle madri non sposate e dei bambini nati fuori dal matrimonio, posta a confronto con le madri sposate e con i figli legittimi violava il diritto al rispetto della vita familiare ed era discriminatorio alla luce degli articoli 14 e 8 della Convenzione. Allo scopo di definire una comune tendenza europea relativamente allo *status* sociale e giuridico dei figli di madri non sposate la Corte ha preso in considerazione i cambiamenti legislativi negli Stati membri del Consiglio d'Europa, notando che se, nel 1950, quando la Convenzione fu adottata, si poteva considerare normale in molti Stati europei di fare una differenza tra famiglie «legittime» ed «illegittime», alla luce delle condizioni prevalenti al momento del giudizio, si doveva constare una netta evoluzione della situazione legislativa dei Paesi membri, oltre che degli strumenti internazionali pertinenti, in favore del principio «*mater semper certa est*», e dunque del superamento della distinzione tra figli legittimi ed illegittimi. Riferendosi alle convenzioni internazionali esistenti nella materia, e considerando le tendenze legislative in diversi Stati membri che avevano cambiato le tradizionali strutture della disciplina dell'affiliazione, la Corte ha concluso che l'eliminazione di ogni ineguaglianza basata sulla nascita corrispondeva ad un «bisogno sociale imperioso» nelle moderne società europee.

3.5. Dialogo interculturale tra l'Europa ed il resto del mondo

Il dialogo interculturale tra l'Europa ed il resto del mondo occupa un posto quantitativamente meno importante nella giurisprudenza della Corte. Da un punto di vista territoriale, l'articolo della Convenzione definisce l'ambito di applicazione con riferimento agli Stati parte, che sono responsabili per assicurare la garanzia collettiva della protezione dei diritti fondamentali. Quindi, gli Stati non europei, che non sono contraenti della Convenzione, non rientrano nella sfera di applicazione territoriale della Convenzione e quindi nella giurisdizione della Corte. Tuttavia, non bisogna dimenticare che talvolta la Convenzione è stata integrata nella Costituzione di Stati non euro-

13. *S.A.S. c. Francia* (GC), n. 43835/11, cit.

pei e che la giurisprudenza della Corte è spesso citata da Corti supreme di tutto il mondo[14]. La Convenzione non si applica quindi agli atti di Stati terzi, né obbliga gli Stati contraenti ad imporre gli *standard* convenzionali a Stati terzi.

Detto questo, però la Corte ha il dovere di controllare gli atti sovrani degli Stati contraenti che potrebbero esporre il ricorrente al rischio di una violazione dei suoi diritti fondamentali protetti dalla Convenzione, come gli articoli 2, 3, 4 o anche 6, quando si tratti di un flagrante diniego di giustizia. La maggior parte di questi casi sono legati ad un rischio imminente di una violazione dei diritti fondamentali in presenza di un ordine di espulsione deciso da uno Stato contraente.

In questo contesto, sempre per ragioni di tempo, mi limiterò ad un solo esempio, che riguarda la mutilazione genitale femminile.

Nel caso *Collins e Akaziebie c. Svezia*, decisione dell'8 marzo 2007, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato da una donna nigeriana anche nell'interesse della figlia minore. La prima ricorrente aveva chiesto asilo ed un permesso di soggiorno in Svezia dopo essere fuggita da Agbor, nello Stato del Delta. Le autorità svedesi avevano rigettato la richiesta di asilo, *status* di rifugiato e di permesso di soggiorno. La prima ricorrente aveva riferito essere una tradizione nigeriana quella di forzare le donne a subire la mutilazione genitale femminile (*Female Genital Mutilation, Fgm*) al momento del parto, facendo presente di aver avuto il timore di dover subire questa pratica quando si era accorta di essere incinta, specialmente perché né il marito né gli altri membri della sua famiglia avrebbero potuto impedire l'esecuzione della mutilazione perché si trattava di una tradizione profondamente radicata. La donna diceva in particolare che, pur avendo già subito la Fgm, rischiava di essere assoggettata ad una mutilazione ancora più grave, cioè l'infibulazione. Pur negando che la donna avesse provato la sua reale esposizione al rischio denunciato, e quindi rigettando il ricorso, la Corte ha però osservato che non è in discussione che sottoporre una donna alla mutilazione genitale femminile costituisca un trattamento contrario all'articolo 3 della Convenzione. In questo modo la Corte ha riconosciuto la sua responsabilità di decidere sulle circostanze socio-culturali in Stati non europei e sugli effetti che queste circostanze possono avere sugli obblighi degli Stati contraenti secondo la Convenzione.

Sotto un altro profilo, può venire in rilievo l'atteggiamento di uno Stato contraente della Convenzione rispetto al trattamento di valori giuridici ed etici extraeuropei.

Nella recentissima sentenza *Z. H. e R. H. c. Svizzera,* no. 60119/12,[15] dell'8 dicembre 2015, la Corte, in un caso di espulsione di una coppia di richiedenti asilo, si è trovata a doversi confrontare con il rifiuto delle autorità svizzere di riconoscere il matrimonio che essi sostenevano essere stato celebrato tra di loro. I ricorrenti, cittadini afgani, affermavano di essersi sposati in Iran con un matrimonio religioso all'età di 14 anni lei e 18 anni lui. La richiesta venne rigettata ed il secondo ricorrente venne espulso verso l'Italia, nell'ambito del sistema «Dublino». Nel confermare il rigetto della domanda, le Corti svizzere avevano considerato, tra l'altro, che il matrimonio della coppia non poteva essere riconosciuto in Svizzera perché contrario all'ordine pubblico, dato che i rapporti sessuali con un minore al di sotto dei 16 anni costituiscono reato in quel Paese, per cui non si poteva invocare la protezione della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione. La Corte ha concluso che l'articolo 8 della Convenzione non può essere interpretato nel senso di imporre ad uno Stato contraente l'obbligo di riconoscere un matrimonio, religioso o non, concluso da una bambina di 14 anni. In questo quadro, la Corte ha osservato che tale obbligo non poteva derivare nemmeno dall'articolo 12 della Convenzione, il quale espressamente prevede che il matrimonio sia regolato dalla legge nazionale. Data la delicatezza delle scelte etiche sulle quali le Corti svizzere dovevano decidere e l'importanza inerente alla protezione dei fanciulli e alla necessità di assicurare loro un ambiente familiare adeguato, la Corte ha fatto applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, concludendo che i giudici nazionali si trovavano in una posizione migliore, rispetto al giudice europeo, per decidere sulle questioni sollevate dal caso dei ricorrenti, e che quindi al momento dell'espulsione del secondo ricorrente le autorità elvetiche potevano con ragione considerare la coppia come non sposata.

Naturalmente il coinvolgimento della Corte in questo terzo livello di dialogo interculturale è indiretto: la Corte non giudica le azioni e le possibili violazioni dei diritti umani di Stati che non sono parti della Convenzione. Le sentenze della Corte mostrano però che ci sono effetti sulla giurisprudenza di sistemi sociali e giuridici non europei. Nella valutazione dei fenomeni sociali e giuridici propri di comunità non

14. J.F. Flauss (ed.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Coll. Droit et Justice, n. 35, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 162.

15. *Z. H. e R. H. c. Svizzera,* n. 60119/12, 8 dicembre 2015.

europee, si può dire che l'approccio della Corte è diretto a una più profonda comprensione dei sistemi giuridici e culturali non europei, in vista di assicurare quanto più è possibile una vita pacifica nelle nostre società europee multiculturali di oggi, senza però abbandonare mai, come si è visto, la tutela dei diritti fondamentali in omaggio a particolari tradizioni o usanze di questa o di quella parte del mondo.

Come dare più spazio alle culture e alle differenze culturali nei giudizi davanti alle Corti (*Making room for Culture in the Court*)*

di *Alison Dundes Renteln*

È un luogo comune che il dato culturale non debba pesare nell'ambito di un giudizio davanti alle Corti. Tuttavia le scienze sociali ci inducono a mettere in discussione tale paradigma monoculturale mostrandoci che un comportamento ragionevole e giusto dipende dal processo di acculturazione e socializzazione dell'autore del comportamento. Un processo spesso del tutto inconscio come acutamente disse Ruth Benedict osservando che non vediamo la lente attraverso cui guardiamo. Ma se non acquisiamo coscienza dei nostri preconcetti culturali le nostre valutazioni saranno tendenzialmente affette da una visione soggettiva. E questo vale ovviamente anche per i migranti che spesso non sono consapevoli dei comportamenti che li espongono a sanzioni e quando ne diventano coscienti vivono una situazione di dilemma normativo fra le consuetudini del loro Paese di provenienza e il diritto del Paese di immigrazione. Negli Stati Uniti c'è un filone giurisprudenziale attento alla valorizzazione dei diritti culturali delle minoranze che merita di essere preso maggiormente in considerazione. Nel diritto penale la cd. *cultural defense* trova fondamento non solo nel principio costituzionale di uguaglianza ma in quello della effettività della difesa nel processo e questo appare coerente se si pensa alle conseguenze quanto mai gravi che possono derivare per es. in termini di determinazione della pena o di revoca della responsabilità genitoriale dalla mancata contestualizzazione culturale dei comportamenti. Ma anche nel campo della legislazione sanitaria, della istruzione obbligatoria, e in altri svariati campi l'emersione della *folk law* ha portato a esenzione generalizzata da obblighi legali anche se sanzionati ovvero a una valutazione consapevole dei comportamenti illeciti. È importante quindi che il giudice, non solo in sede penale, sia nelle condizioni di riconoscere l'appartenenza del soggetto che deve giudicare a un gruppo etnico, la eventuale riferibilità a quel gruppo di una consuetudine in conflitto con il diritto che deve applicare, l'incidenza della consuetudine culturale sul comportamento del soggetto. A tal fine sarebbe auspicabile che nella conduzione del processo, nella formazione dei giudici, nella composizione delle giurie, nell'acquisizione di conoscenze antropologiche, linguistiche, religiose, consuetudinarie le Corti fossero dotate delle condizioni migliori per una effettiva esplicazione della *cultural defense*. Ciò non significa ovviamente legittimare comportamenti che se pure culturalmente motivati arrechino danni irreparabili a terzi o si pongano in conflitto con altri diritti fondamentali.

1. I giudici di fronte al multiculturalismo

Il numero di controversie caratterizzate da usi e costumi estranei alla cultura della maggioranza che approdano nelle aule dei tribunali è destinato ad aumentare nel mondo globale, rendendo urgente per i giudici rispondere all'interrogativo sul "se" e "come" tener conto del fattore culturale. Le decisioni dei giudici dovrebbero essere influenzate dalle diverse visioni del mondo che migranti e minoranze in genere portano con sé? Vi è un filone giurisprudenziale attento alla valorizzazione dei diritti culturali delle minoranze che, sebbene non ancora consolidato, merita di

* «©2010. Published in The Judge's Journal, Volume 49, Number 2, Spring 2010, by the American Bar Association. Reproduced with permission. All rights reserved. This information or any portion thereof may not be copied or disseminated in any form or by any means or

essere preso maggiormente in considerazione. Negli Stati Uniti, pur non essendo ufficialmente riconosciuto, il fattore culturale è stato preso in considerazione in un'ampia messe di casi accumulatisi nei decenni.

A titolo di esempio, si guardi al caso dei membri di una setta brasiliana del New Mexico che hanno citato in giudizio il governo degli Stati Uniti per aver dichiarato che il tè *hoasca*, una bevanda sacra contenente un blando allucinogeno, rientrava tra le droghe proibite dal *Controlled Substances Act*. La Corte suprema degli Stati Uniti ritenne che la legge limitasse ingiustificatamente la loro libertà religiosa, di fatto stabilendo una deroga alla normativa federale sugli stupefacenti[1].

In un altro caso, un tribunale è stato chiamato a decidere se Ruth Friedman, una giovane donna che si era catapultata da una seggiovia bloccatasi durante la corsa per evitare di trovarsi da sola con un uomo dopo il tramonto, così violando i dettami della legge ebraica ortodossa, fosse legittimata a un risarcimento danni. Il giudice, raccolta la deposizione di un rabbino che confermava tale interpretazione della legge ebraica, ha riconosciuto alla donna un risarcimento elevatissimo, nonostante la ditta che gestiva la seggiovia ritenesse il suo comportamento del tutto irragionevole[2].

Nell'ambito di un'altra controversia, una *babysitter* aveva riferito di aver visto un padre baciare il pene del proprio figlio di due anni. Il Signor Kargar, un rifugiato Afghano, spiegò che questo comportamento è un modo di esternare il proprio affetto pienamente accettato nella sua cultura e privo di alcuna implicazione sessuale. Molti membri della comunità afgana confermarono la fondatezza di tale argomentazione, ma soltanto, nell'ultimo grado di giudizio, dopo che l'imputato era stato condannato per violenza sessuale aggravata, la Corte suprema del Maine ha sposato la tesi difensiva, annullando la sentenza del Tribunale distrettuale[3].

In particolare l'ultimo caso citato mostra come gli operatori del diritto potrebbero non essere a conoscenza di alcune tradizioni e, pertanto, potrebbero darne un'interpretazione errata e leggere alcuni comportamenti in maniera superficiale. Con sempre maggiore frequenza, soggetti provenienti da contesti culturali diversi chiedono che i giudici prendano in considerazione prove che spiegano la loro condotta, per questo sarebbe auspicabile che i giudici individuassero un metodo per valutarle. Mostrare rispetto nei confronti delle tradizioni dei gruppi etnici nei Fori di propria competenza e applicare in modo persuasivo l'argomento culturale, senza pregiudizi etnocentrici e nel contempo con soluzioni che favoriscano la convivenza, accrescerà l'autorevolezza dei giudici e il loro ruolo nella costruzione di una nuova società multiculturale. Pur tuttavia, vi sono innegabilmente dei rischi derivanti dall'introduzione di testimonianze e prove culturali di cui occorre tenere conto. In questo articolo si cerca di capire con che modalità e a quali condizioni i giudici debbano dar rilievo ai fattori culturali nel decidere le controversie di cui gli stessi sono investiti.

Tradizioni, usi e costumi diversi possono emergere nell'ambito di un procedimento penale, in una causa finalizzata ad ottenere una deroga rispetto ad una legge generale o in una causa civile, entrando in scena in una vasta tipologia di procedimenti giudiziari concernenti abusi sui minori, diritti civili, discriminazione sul lavoro, omicidio, matrimonio e divorzio, asilo politico, culto religioso, autopsie non autorizzate, corruzione e via enumerando[4]. In tutti questi casi, è necessario inquadrare la controversia dal punto di vista culturale poiché in assenza di tale dato fattuale, i giudici e le giurie non possono che trovare di difficile comprensione quanto accaduto.

2. Perché la cultura rileva ai fini della decisione giudiziale: la teoria della "inculturazione"

Si tende a pensare che il dato culturale non debba rilevare nell'ambito di un giudizio. La visione *stan-*

stored in an electronic database or retrieval system without the express written consent of the American Bar Association or the copyright holder». Si ringraziano Chiara Rotondi e Ilenia Ruggiu che hanno curato la traduzione in lingua italiana.

1. *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal et al.,* 546 U.S. 418 (2006). Le conclusioni della Corte, secondo cui le eccezioni non minano necessariamente l'efficacia di una legge generale, sono molto interessanti: la decisione è significativa in quanto riconosce che è legittimo concedere deroghe per proteggere "riti" fondamentali per il mantenimento dell'identità di gruppo, purché tale concessione avvenga sulla base di una opportuna valutazione caso per caso.

2. *Friedman v. State*, 282 N.Y.S.2d 858 (1967); A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 119-120.

3. *State v. Kargar*, 679 A.2d 81 (Me. 1996). Per approfondimenti vedasi: A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit. pp. 58–61; A. Dundes Renteln, *Raising Cultural Defense*, in L.F. Ramirez (a cura di), *Cultural Issues in Criminal Defense* (2ª edizione) New York, Juiris publishing, 2007, pp. 453-455. Si veda anche *State v. Ramirez*, 2005 WL 367032 (Me. Super. 2005).

4. Si veda A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit., *passim*.

dard è: «Paese che vai, usanza che trovi» o, nella versione statunitense, «*when in Rome do as the Romans do*», che si traduce giuridicamente nel principio di territorialità della legge. Tuttavia, le scienze sociali ci impongono di mettere in discussione tale «paradigma monoculturale»[5] in quanto mostrano che esistono diverse nozioni di comportamento ragionevole e giusto: è, infatti, il processo di socializzazione o inculturazione del singolo che determina che cosa sia – o meno – ragionevole e giusto.

Di fatto, siamo tutti soggetti al processo di inculturazione. La cultura modella le nostre percezioni e il nostro comportamento spesso senza che ne siamo consapevoli; infatti, gli individui apprendono le categorie culturali delle proprie società perlopiù in maniera inconscia. Come disse la famosa antropologa Ruth Benedict, «non vediamo la lente attraverso cui guardiamo»[6]. Per esempio, in alcune parti del mondo si insegna ai bambini ad usare la mano sinistra solo per funzioni collegate alla minzione e alla defecazione; se costoro vedono qualcuno portare il cibo alla bocca con la mano sinistra, provano una sensazione ripugnante.

La cultura influisce sulle interazioni umane in moltissimi altri modi. Ad esempio, in alcune società è considerato osceno baciarsi in pubblico. Nel 2007 vi fu uno scontro culturale quando l'attore americano Richard Gere baciò un'attrice indiana durante una trasmissione diffusa dalla televisione in India. Con grande sorpresa degli americani, questo fatto causò proteste (furono bruciate foto di Richard Gere), minacce di morte, e persino l'emissione di un mandato d'arresto nei confronti dell'attore. Nonostante la decisione del giudice di primo grado che aveva condannato l'attore sia stata annullata in appello, la forza della reazione del pubblico in India mise in luce la gravità di questo «passo falso» culturale[7].

Un altro classico esempio di relativismo culturale riguarda i tabù alimentari. L'idea che si possa mangiare la carne di certi animali ma non di altri varia da una società all'altra. La carne di cavallo, per esempio, è popolare in Francia, mentre non si mangia in molti altri Paesi[8]. Talvolta, le nozioni contrastanti circa le abitudini alimentari assumono rilevanza giuridica, come nel caso di due immigrati cambogiani che furono arrestati a Long Beach-California, mentre si apprestavano a consumare carne di cane. Appurato che nessuna legge californiana vietava, in realtà, il consumo di carne canina, fu lanciata una campagna per l'adozione di una siffatta norma. La violazione di una norma sociale condusse, dunque, all'adozione di una legge che vieta a chiunque di mangiare animali domestici (*pets*), senza però specificare quali animali debbano essere considerati animali domestici, lasciando in qualche modo al dato culturale il compito di riempire il contenuto del divieto[9].

Spesso gli americani non riflettono sui propri assunti culturali[10]. Basti pensare, a titolo esemplificativo, che diamo per scontato di poter mangiare carne bovina, ma non quella canina e che riteniamo la monogamia l'unica forma «legittima» di matrimonio, al contrario della poligamia (anche se poi, nell'arco di una vita ammettiamo più di un matrimonio). L'inculturazione ci predispone ad agire in un certo modo e nella migliore delle ipotesi abbiamo soltanto una vaga consapevolezza di questo processo. Se non acquisiamo coscienza dei nostri preconcetti culturali, le nostre valutazioni saranno tendenzialmente affette da una visione soggettiva. Attraverso la considerazione degli elementi di prova culturali, i giudici po-

5. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense: Challenging the Monocultural Paradigm*, in M.C. Foblets, A. Dundes Renteln & J.F. Gaudreault-Desbiens (a cura di), *Cultural Diversity And The Law: State Approaches From Around The World*, Bruxels, Bruylant, 2010.

6. R. Benedict, *The Science of Custom*, in *The Century Magazine,* 117, 1929, pp. 641–649. Questo è tanto più vero negli Stati Uniti, dove si tende a pensare che ciò che vediamo con i nostri occhi non possa che essere vero. Vedasi A. Dundes, *Seeing Is Believing*, in A. Dundes, *Interpreting Folklore*, Bloomington, Indiana University Press, 1980.

7. A. Dundes Renteln, *When Westerners Run Afoul of the Law in Other Countries*, in 92 *Judicature* pp. 238-242 (Mar. Apr. 2009).

8. Relativamente ad un ricorso avverso un regolamento dell'Illinois che vieta la macellazione dei cavalli per esportarne la carne in Belgio, Francia e Giappone sulla base della Clausola sul commercio, vedasi *Cavel International, Inc. v Madigan*, 500 F.3d 551 (7° Circuito 2007). Il giudice ha ritenuto che la legge non violasse né le clausole sul commercio interstatale né quelle sul commercio con l'estero.

9. A. Dundes Renteln, *The Cutural Defense*, cit., pp. 104-105.

10. Per la disamina degli aspetti distintivi della cultura americana, si vedano i saggi analitici di A. Dundes, *The Number Three in American Culture* e A. Dundes, *Thinking Ahead: A Folkloristic Reflection of the Future Orientation in American Worldview*, entrambi in A. Dundes, *Interpreting Folklore*, cit.; si veda anche A. Dundes, *A Straightforward Study of Lineal Worldview in American Folk Speech*, in K.J. Lau, P. Tokofsky & S. D. Winick, *What Goes Around Comes Around: The Circulation Of Proverbs In Contemporary Life*, Utah State University Press, 2004, pp. 171–187.

trebbero evitare di adottare decisioni etnocentriche in varie controversie[11].

Talvolta, alcune minoranze culturali e religiose scoprono con stupore che le loro tradizioni sono qualificate come reati nella nuova patria in cui sono immigrati. Nonostante *ignorantia legis non excusat,* i «nuovi arrivati» potrebbero argomentare di non esser stati resi edotti di quanto disposto dalla legge, come, per esempio, in alcuni casi riguardanti la masticazione di *khat*[12]. Altre volte, pur essendo a conoscenza del diritto prodotto dalla cultura maggioritaria, gli immigrati vivono un dilemma normativo, che gli studi sul pluralismo giuridico ben evidenziano, per cui se seguono il loro diritto consuetudinario (*folk law*) violano la legge del nuovo Paese, ma se rispettano la legge del nuovo Paese, si trovano a violare il proprio diritto consuetudinario. Atteso che sono molte le persone «intrappolate» in questa situazione, le tradizioni culturali – centrali nell'ambito di tali controversie – meritano un'attenta disamina.

3. La cultura nel processo penale

In genere, è quasi impossibile accertare l'elemento soggettivo di un reato senza tener conto del contesto culturale in cui l'imputato ha tenuto la condotta oggetto di una controversia. Sono state formulate eccezioni culturali in processi per omicidio, come ad esempio nel notissimo caso Kimura. Fumiko Kimura, cittadina giapponese emigrata in California, rimase sconvolta quando scoprì che suo marito aveva avuto una relazione extraconiugale, e tentò di commettere l'*oyaku-shinju*, o omicidio-suicidio genitore-figlio, gettandosi nell'oceano con i suoi due figli piccoli. I bambini annegarono, ma lei fu salvata e accusata di omicidio di primo grado aggravato da circostanze speciali, che avrebbero potuto determinare l'applicazione della pena di morte. L'imputata scelse di sollevare un'eccezione culturale, enfatizzando l'importanza della natura culturalmente motivata della propria condotta. In base alla sua visione del mondo, infatti, sarebbe stato più crudele da parte sua lasciare i bambini senza la madre che si prendesse cura di loro, piuttosto che portarli con sé nell'aldilà. Migliaia di membri della comunità giapponese negli Stati Uniti firmarono una petizione sostenendo che in questo caso i giudici avrebbero dovuto applicare il diritto giapponese. Il giudice statunitense emise una declaratoria di temporanea incapacità di intendere e di volere e in seguito a patteggiamento, la pena fu sospesa, fu computato il periodo di custodia cautelare e venne accordato sostegno specialistico psicologico all'imputata. Ragionando ipoteticamente, la sentenza effettivamente emessa nei confronti di Kimura negli Stati Uniti è, con ogni probabilità, equivalente alla sentenza che sarebbe stata irrogata in Giappone in un caso analogo: infatti, nonostante l'omicidio-suicidio genitore-figlio sia ormai illegale anche in Giappone, non si tratta di un fenomeno raro, che risulta generalmente compreso e giustificato dalla popolazione, tanto da essere disciplinato dallo stesso ordinamento alla stregua di un omicidio colposo. Questo caso mette in luce le differenze radicali nella visione del mondo: un tribunale, in assenza di spiegazioni in merito al significato e al «valore» dell'*oyaku-shinju*, avrebbe avuto senza dubbio difficoltà a cogliere l'imperativo culturale dell'azione di Fumiko Kimura[13].

Altri casi di omicidio hanno riguardato mariti infuriatisi dopo aver scoperto che le rispettive mogli erano state loro infedeli. Dopo siffatti omicidi, fu invocato il movente della provocazione. Ad esempio, Aphaylath uccise a randellate la moglie dopo che quest'ultima aveva ammesso di aver ricevuto una telefonata da un suo *ex* fidanzato[14]. Il difensore d'ufficio chiese l'ammissione di prove che dimostrassero l'enorme difficoltà di Aphaylath di adattarsi alla vita negli Stati Uniti (*shock culturale*) e che mostrassero

11. Vi è un crescente riconoscimento del fatto che le questioni culturali sono ritenute rilevanti dalla magistratura. A. Efrati, *Cultural Background Gains Traction as a Legal Defense*, in *Wall Street Journal*, 2 luglio 2009, p. 1. Si veda l'edizione speciale di *Judicature*, a cura del Giudice Delissa A. Ridgway: *Cross-cultural Justice*, 92:5 *Judicature* (Mar. Apr. 2009). Persino la disposizione degli arredi nei tribunali varia da una società all'altra. Si veda J.N. Hazard, *Furniture Arrangement as a Symbol of Judicial Roles*, in A. Dundes Renteln, A. Dundes (a cura di), *Folk Law: Essays In The Theory And Practice Of Lex Non Scripta*, University of Wisconsin Press, 1995.

12. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit., pp. 74–76. Si veda, inoltre, *U.S. v. Caseer*, 399 F.3d 828 (6° Circuito 2005); *U.S. v. Hassan*, 542 F.3d 968 (2° Circuito 2008); *Sam Howe Verhovek*, (22 agosto 2006). *DEA's Khat Sting Stirs Up Somali "Cultural Clash"*, in *L.A. Times*, 22 agosto 2006, p. A9.

13. In un altro caso, Helen Wu, una madre che uccise tragicamente il figlio nel contesto di un tentato omicidio-suicidio genitore-figlio, la Corte d'appello annullò con rinvio la condanna per omicidio ordinando che il giudice di primo grado ammettesse le prove di ordine culturale. Tuttavia, la Corte suprema della California, motivando succintamente la propria decisione, annullò la coraggiosa sentenza d'appello e ne ordinò la cancellazione dall'elenco di sentenze pubblicate (*depublished*). Il ricorso alla cosiddetta *depublication* (rimozione della pubblicazione), un potere non tipizzato, ha reso vana la decisione, che avrebbe potuto rappresentare un utile precedente. Si veda Renteln, *The Cultural Defense*, cit., p. 27.

14. *People v. Aphaylath*, 499 N.Y.S.2d 823 (N.Y. App. Div.), riformata 502 N.E.2d 998 (N.Y. 1986).

come l'«infedeltà» di sua moglie avesse causato in lui una grande vergogna, tale da scatenare la sua rabbia omicida. Il giudice di merito non ammise tale mezzo probatorio adducendo che la gelosia è universale, ma la Corte d'appello rilevò che non ammettere l'elemento probatorio culturale costituiva un errore: infatti, nonostante la gelosia sia un sentimento universale, il fatto che si possa – o meno – agire sulla base di tale sentimento varia da una società all'altra e deve rilevare nella decisione.

Vi sono anche casi in cui l'imputato si ritiene provocato da un insulto che non è percepito come tale da un ipotetico agente modello: nel diritto americano, la cosiddetta «persona obiettivamente ragionevole» (*reasonable person*). Per esempio, nel caso *Trujillo-Garcia v. Rowland*[15], due americani di origine messicana stavano giocando a poker e uno dei due, Padilla, perse 140 Dollari contro l'altro, Trujillo-Garcia. Padilla tornò qualche giorno dopo chiedendo la restituzione della somma persa al gioco. In risposta al rifiuto di Trujillo-Garcia, Padilla pronunciò una frase estremamente offensiva: «*chinga tu madre*». A quel punto Trujillo-Garcia sparò a Padilla, uccidendolo. Al processo, l'imputato cercò invano di invocare il movente della provocazione. Sebbene avesse dimostrato di essere stato provocato, non riuscì a provare che una «persona obiettivamente ragionevole» avrebbe ucciso per una frase del genere in quanto il giudice faceva riferimento ad un agente modello americano, non messicano. Avverso il rigetto dei suoi motivi di appello nel foro statale, egli sostenne, di nuovo invano, innanzi al Tribunale federale che l'esclusione del dato culturale costituisse una violazione del principio di uguaglianza in quanto il giudice avrebbe dovuto applicare non il «*reasonable person*» *standard* bensì il «*reasonable Mexican man*» *standard*. Nonostante che nella maggior parte dei casi le giurie possano facilmente comprendere il movente della provocazione, nel caso in questione l'eccezione sollevata, non suffragata da alcuna spiegazione dell'insulto (percepito), non sortì l'effetto auspicato. Alcuni sono convinti che chiunque debba avere un certo autocontrollo, anche a fronte di un insulto, tuttavia, il movente della provocazione è una tesi difensiva consolidata in giurisprudenza ed anzi, è una delle più risalenti nel diritto penale americano. I soggetti appartenenti alla cultura dominante possono vedersi derubricare un'accusa di omicidio di primo grado ad omicidio di secondo grado, meno grave, purché dimostrino di essere stati significativamente provocati, mentre gli imputati appartenenti ad altre culture non possono fare altrettanto in quanto non sono in grado di dimostrare che la cosiddetta persona obiettivamente ragionevole si sarebbe ritenuta provocata da ciò che viene percepito come un insulto nella loro cultura minoritaria[16]. Se imputati in situazioni simili non riescono a farsi riconoscere neanche un'attenuante invocando il movente della provocazione, sussiste indubbiamente una violazione del principio di uguaglianza[17].

L'utilizzo della difesa culturale o «*cultural defense*» è fondato non solo sulla necessità di garantire il principio di uguaglianza, ma anche sul diritto costituzionale alla difesa effettiva garantito dal VI emendamento della Costituzione americana. Per esempio, in alcuni casi il difensore non è riuscito a spiegare efficacemente come l'atteggiamento stoico dell'imputato non indicasse una mancanza di rimorso, visto che in alcune culture si insegna alle persone, sin dalla tenera età, a non far trasparire le proprie emozioni nemmeno in situazioni di forte *stress* emotivo. Questa mancanza di traduzione culturale ha fatto sì che in alcuni casi le giurie, interpretando erroneamente il linguaggio del corpo dell'imputato, applicassero la pena di morte invece dell'ergastolo[18]. Anche se non c'è modo di sapere se la comunicazione non verbale è stata la ragione unica o principale del verdetto della giuria, tale elemento potrebbe avere avuto un ruolo nel processo decisionale. La mancata evocazione del fattore culturale in circostanze come queste può costituire una violazione del VI Emendamento. In tal caso, gli avvocati devono produrre informazioni sufficienti a garantire che il contesto culturale in cui ha agito l'imputato sia compreso con chiarezza.

---

15. 1992 U.S. Dist. LEXIS 6199 (N.D. Cal. 1992).

16. In alcuni casi i giudici hanno respinto argomentazioni relative al movente della provocazione basate su prove culturali, ma non hanno escluso in radice futuri utilizzi di argomentazione di ordine culturale. Si veda *Nguyen v. State*, 505 S.E. 846, 847-48 (Ga. App. 1998.), riformata, 505 S.E.2d 907 (Ga. 1999.); *Nguyen v. State*, 520 S.E.2d 907 (Ga. 1999)

17. A mio avviso, la tesi difensiva della provocazione andrebbe respinta *in toto* quando sia stato cagionato un danno irreparabile, come in tutti i casi di omicidio - colposo o meno - perché determina l'applicazione di attenuanti a mio avviso non ammissibili quando viene in gioco il bene vita. Tuttavia, qualora tale tesi difensiva sia ammessa, è ingiusto che venga presa in considerazione solo in relazione a membri della cultura dominante.

18. *Kwai Fan Mak v. Blodgett*, 754 F. Supp. 1490 (W.D. Wash. 1991), 970 F.2d 614 (9° Circuito 1992), *cert. denied*, 507 U.S. 951 (1993); *People v. Siripongs*, 45 Cal. 3d 548, 247 Cal. Rptr. 729, 754 P.2d 1306 (1988), *cert. denied*, 488 U.S. 1019 (1993).

Sono invocate argomentazioni di natura culturale anche in alcuni casi di abuso e abbandono di minori, dal momento che l'approccio educativo nei confronti della prole varia a seconda dei Paesi. In un caso particolarmente significativo dei rischi della mancata traduzione culturale, un uomo musulmano di origine albanese aveva accarezzato sua figlia nel pube in una palestra durante un torneo pubblico di arti marziali cui si era recato con la bambina per vedere giocare l'altro suo figlio che era uno dei giovani atleti in gara[19]. Anche se il fatto avvenne in pubblico, la polizia e il pubblico ministero non ebbero remore a qualificare la condotta come abuso sessuale su minore. Entrambi i bambini furono temporaneamente tolti dalla cura dei propri genitori e dati in affidamento; il Tribunale di famiglia confermò la fondatezza della decisione dei servizi sociali (*Child Protective Services*), dichiarando l'inidoneità del padre. Dopo che la madre portò i bambini a vedere il padre violando l'ordine del Tribunale, venne revocata la potestà genitoriale ad entrambi e tale decisione fu confermata in appello. Nel procedimento penale che seguì per valutare l'accusa di abuso sessuale, il perito – un antropologo specializzato in cultura albanese – rese edotti la giuria ed il giudice circa la natura innocua dell'accarezzare i bambini nel pube nella cultura albanese. Sulla base di questa deposizione, la giuria assolse il padre da tutti i capi d'accusa. La sua assoluzione, tuttavia, non inficiò il provvedimento di revoca della potestà genitoriale deciso in sede di giurisdizione minorile.

Altri casi riguardano il ricorso alla medicina popolare e obiezioni di natura religiosa alle cure mediche. Ad esempio, accade che i bambini di famiglie originarie del sud-est asiatico chiedano ai genitori di usare un rimedio popolare noto come *cao gio* contro l'influenza, il raffreddore o qualche altro disturbo fisico. Questa tecnica che consiste nel collocare delle coppelle sul corpo lascia lividi sul tronco. In alcuni casi, il personale scolastico, avendo notato tali tumefazioni ha chiamato la polizia, che ha proceduto all'arresto dei genitori per abuso su minori, dal che è scaturito anche l'affidamento dei figli. Apparentemente, il *cao gio* rientra nella definizione giuridica di maltrattamenti su minore, in quanto causa intenzionalmente un danno fisico, ma, in realtà, in questi casi i genitori usano un rimedio innocuo che ritengono possa curare i propri figli. Se, come eccepito, non vi è alcuna intenzione di cagionare un danno, l'accusa di maltrattamenti – che è un delitto – appare sproporzionata[20].

A differenza dei genitori immigrati che fanno uso di rimedi popolari innocui, i genitori americani i cui bambini muoiono per mancanza di cure mediche in molti casi non sono accusati di alcun reato in quanto esistono deroghe alla legge sugli atti omissivi e negligenti nei confronti dei bambini quando si confida, ad esempio, in una «guarigione per fede». Vi sono diversi gruppi religiosi, quali i *Christian Scientists*, che hanno evitato il carcere in virtù delle esimenti religiose che sono ancora riconosciute valide nella maggior parte degli Stati americani[21].

La difficoltà principale per chi intenda sollevare un'eccezione di natura culturale consiste nel fatto che la definizione ordinaria di un reato fa riferimento meramente all'elemento psicologico e all'elemento oggettivo; il movente non attiene, tecnicamente, al concetto di colpevolezza. Ciò che i genitori desiderano introdurre nel processo nei casi sopra esposti, al fine di provare il proprio minore grado di colpa, è precisamente la motivazione culturale, ma la lettura restrittiva data dalla giurisprudenza penale americana non lo consente. Per garantire che le ragioni di ordine culturale vengano prese in considerazione dobbiamo recuperare il concetto tradizionale di *mens rea*, comprensivo sia della colpa morale (movente) sia della colpa giuridicamente rilevante (intenzionalità)[22]. I giuristi dovrebbero, quindi, interpretare le disposizioni in tema di prova in modo tale da consentire la produzione degli elementi probatori culturali che spieghino il movente[23].

4. Le esenzioni legislative

Certe abitudini determinano la costante violazione da parte delle minoranze etniche degli *standard* comportamentali dell'ordinamento giuridico dominante. I membri dei gruppi le cui tradizioni contra-

19. Si veda, in proposito, la discussione del caso *Krasniqi* in A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit. pp. 59, 244.

20. Si veda, ad esempio, Joseph Morton, (14 maggio 2002). *Second Coining Case Is Dropped; Asian Dad Hopes Case Helps Others*, *Omaha World Herald*, 14 maggio 2002, p. 1B.

21. *Children's Health is a Legal Duty (CHILD)*, analizza casi di esenzioni di ordine religioso e il loro impatto. Vedasi www.childrenshealthcare.org.

22. A. Dundes Renteln, *A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse*, 2 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* 1993, p. 437.

23. Nonostante i pareri contrari, non vi è alcun dubbio che il dato culturale rilevi nei casi *de quo*.

stano con la legge possono però prevedere questi conflitti e chiedere che venga ammessa preventivamente una deroga alla legge generale.

Spesso, il *casus belli* è consistito in abitudini alimentari[24]. In alcuni casi, quando gli ispettori hanno sollevato dubbi in merito alla sicurezza di una certa cucina etnica, i legislatori hanno ricevuto pressioni tese ad ottenere «esenzioni culinarie» alla legge. Ad esempio, una campagna che ha ottenuto una deroga alla legge sulla salute pubblica ha riguardato l'anatra alla pechinese messa sotto accusa in seguito alle indagini condotte su tale pietanza dagli ispettori competenti. Poiché non si era mai appreso di nessuno che fosse stato male dopo aver consumato questa prelibatezza, l'esenzione può dirsi fondata. Allo stesso modo, quando le torte di riso coreane causarono polemiche, il legislatore della California accordò una deroga alle disposizioni del codice della salute. L'esito positivo di tali vicende potrebbe dipendere dal fatto che tali specialità erano consumate perlopiù dalla comunità culturale di appartenenza e non si riteneva che potessero rappresentare una minaccia reale per la collettività in generale.

Anche se alcune minoranze sono riuscite ad ottenere esenzioni legislative, non può dirsi lo stesso per tutte. Per esempio, la campagna tesa ad ottenere l'esenzione per il *kirpan,,* un pugnale rituale indossato dai *sikh,* dalle disposizioni relative alle armi da taglio non ha avuto esito positivo. Questo impegno pubblico fece seguito al contenzioso che vide coinvolti dei bambini *sikh* non ammessi alla scuola pubblica in quanto il fatto di portare addosso il loro simbolo religioso violava l'impostazione «niente armi» della scuola; essendo il *kirpan* un simbolo obbligatorio per i *sikh* le famiglie si trovarono a dover scegliere se rimuovere il *kirpan* o non frequentare la scuola pubblica. Fu presentato ricorso, ma questo fu rigettato dal tribunale federale distrettuale[25]. Dopo non aver frequentato la scuola per quasi un anno in pendenza della causa d'appello, la Corte d'appello del Nono Circuito federale statuì, in una sentenza non pubblicata, che i ricorrenti dovevano essere riammessi a scuola, ma il *kirpan* doveva essere reso sicuro incollandolo alla guaina o cucendolo saldamente in modo da non poterlo rimuovere. Questa scelta di compromesso assurge a modello nell'ambito di altri conflitti culturali. A seguito di tale contenzioso, l'allora senatore della California Bill Lockyer presentò un disegno di legge per esentare il *kirpan* dalle leggi in materia di armi. Anche se la legge fu approvata da entrambe le Camere, fu in ultima istanza oggetto di veto da parte del governatore e non entrò mai in vigore.

Per contro, altri Paesi consentono ai *sikh* di indossare il *kirpan*. Per esempio, il Parlamento del Regno Unito ha promulgato una deroga alle leggi in materia che ammette il porto del *kirpan*[26]. In altri Stati, la magistratura si è pronunciata in favore dei *sikh*, come nel caso in cui la Corte suprema del Canada ha pronunciato la sentenza Multani[27] con cui ha stabilito il diritto degli studenti *sikh* di portare il *kirpan* o come il caso italiano dove la magistratura di merito[28] ha utilizzato il criterio del «giustificato motivo» di cui all'art. 4 legge 18 aprile 1975, n. 110 e l'art. 19 della Costituzione italiana per stabilire che il coltello rituale può essere portato nello spazio pubblico. Sebbene sia globalmente risaputo che il *kirpan* è un simbolo religioso che, pur somigliando ad un coltello, non rappresenta alcun pericolo, il legislatore della California non ha di fatto tutelato la libertà religiosa dei *sikh*. Così, spetterà inevitabilmente ai giudici sposare, se del caso, le argomentazioni difensive religiose quando un *sikh* dovesse essere perseguito per aver portato sulla propria persona simboli religiosi obbligatori. Non si può fare affidamento sul fatto che altri rami del governo promulghino le deroghe necessarie a garantire che le minoranze siano libere di seguire tradizioni fondamentali per il loro stile di vita.

Nonostante richiedere una deroga tramite l'*iter* legislativo sia una strategia prudente, non vi è alcuna garanzia che il legislatore ritenga sempre opportuno

24. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit, cap. 6, *Animals*. In merito al caso dell'anatra alla pechinese, A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit., pp. 105-106. Per approfondimenti circa il caso della torta di riso coreana, vedasi A. Dundes Renteln & R. Valladares, *The Importance of Culture for the Justice System*, in 92:4 *Judicature* pp. 198-199 (Mar. Apr. 2009). Si veda anche Ching-Ching Ni, *Food Fight Waged Over Asian Noodles*, in *L.A. Times*, 2 ottobre 2009, p. A3.

25. *Cheema v. Thompson*, n. 94-16097, 1994 U.S. App. LEXIS 24160 (9° Circuito, 2 settembre 1994) (sentenza non pubblicata), 67 F.3d 883 (9° Circuito 1995); A. Dundes Renteln, *Visual Religious Symbols and the Law*, in 47 *American Behavioral Scientist,* 2004, p. 1573.

26. Un commentatore ha osservato: «L'esperienza inglese dimostra che un Paese che ha a cuore la sicurezza pubblica e la questione dell'uso delle armi può prevedere un'eccezione *ad hoc* da interpretarsi restrittivamente nell'ottica di consentire ai *sikh* di indossare il *kirpan*. In effetti, nel Regno Unito vi è un maggior impegno sul fronte della sicurezza che negli Stati Uniti, ma ciò non ha precluso la possibilità di prevedere una deroga, senza far troppo rumore per nulla chiedendosi se qualcuno vestito come un *sikh* sia davvero un *sikh*.», A. S. Bhachu, *A Shield for Swords*, in 34 *American Criminal Law Review*, 1996, pp. 197, 218.

27. *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256.

28. Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.

autorizzare deroghe a favore delle minoranze culturali. Nella misura in cui gli usi e costumi appaiono bizzarri o controversi, i legislatori possono valutare se vietarli o ammetterli. Inoltre, coloro che mirano ad ottenere esenzioni appartengono spesso a minoranze distinte e isolate: per definizione, dunque, sono privi di rappresentanza politica e del peso politico necessario ad ottenere esenzioni legislative.

Pertanto, è inevitabile che certi conflitti culturali approdino alle aule di tribunale. In alcuni casi riguarderanno rivendicazioni religiose, come quando gli *Amish* chiesero – e ottennero – una deroga giudiziaria alla legge del Wisconsin sulla scuola dell'obbligo, in ragione dell'asserita messa a repentaglio del loro stile di vita a causa del potenziale contatto dei loro figli adolescenti con i valori secolari prevalenti nelle scuole pubbliche superiori[29].

Sebbene le esenzioni legislative siano in teoria preferibili, inevitabilmente i giudici dovranno decidere se le minoranze possano vedersi riconosciute delle deroghe alle leggi generali. In molti casi la questione interculturale approderà nei tribunali perché il legislatore non è riuscito a risolvere il conflitto in modo tale da tutelare i diritti culturali delle minoranze.

5. La cultura nel contenzioso civile

Nonostante la dottrina si concentri per lo più sull'utilizzo delle cosiddette prove culturali nel processo penale, è importante tener conto del ruolo della cultura anche in quello civile[30], dove le differenze culturali entrano in scena in un'ampia gamma di casi: diritto di famiglia, azioni concernenti i diritti civili, discriminazione sul lavoro e azioni aquiliane in cui la cultura rileva nella quantificazione del risarcimento danni. Alcuni esempi possono dimostrare l'importanza dell'elemento culturale nel contenzioso civile.

Il diritto consuetudinario o *folk law* ha assunto un ruolo rilevante negli Stati Uniti in una causa in tema di diritti civili incentrata sulle conseguenze di una perquisizione illegale da parte della polizia[31]. A Spokane, Washington, la polizia sospettava che una famiglia *rom* fosse in possesso di beni rubati. Gli ufficiali di polizia eseguirono erroneamente la perquisizione prima di ottenere il mandato del giudice. Entrarono quindi nell'abitazione della suddetta famiglia, cercando argenteria, gioielli e contanti, ed eseguirono anche una perquisizione personale di alcune giovani donne *rom*. Poiché secondo la legge popolare gitana, le donne perquisite erano da considerarsi *marime*, «contaminate» in quanto venute a contatto con uomini prima del matrimonio, la famiglia citò in giudizio la polizia chiedendo un risarcimento del valore di 40 milioni di dollari. Poiché la perquisizione era tecnicamente illegale e la polizia lo ammise, l'unico oggetto della controversia fu la quantificazione dei danni. La deposizione dei periti confermò che le donne erano effettivamente inadatte al matrimonio. Il caso si concluse con una transazione extragiudiziale[32].

I fattori culturali rilevano anche nelle cause per responsabilità civile. Alcuni ricorrenti affermano che, in ragione del loro *background* culturale o religioso, la condotta negligente ha causato loro più traumi di quanti ne avrebbe cagionati alla persona media[33]. Ad esempio, nel 2006 i genitori di un giovane di origini egiziane rimasto ucciso in un incidente aereo fecero causa ad Egypt Air sostenendo che, poiché il defunto

29. *Wisconsin v. Yoder*, 406 Stati Uniti 205 (1972). Secondo alcuni, l'accoglimento del ricorso proposto dagli *Amish* sarebbe in parte dovuto all'idealizzazione della loro immagine da parte dell'opinione pubblica.

30. Si veda A. Dundes Renteln, *The Influence of Culture on the Determination of Damages: How Cultural Relativism Affects the Analysis of Trauma*, in R. Grillo et al. (a cura di), *Legal Practice And Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate 2009, pp. 199-218.

31. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, cit., pp. 119-121. Il film *American Gypsy*, che racconta la vicenda e il *background* socio-culturale di questo caso, ci spinge a riflettere. *Marks v. Clarke*, 103 F.3d 1012 (9° Circuito 1996); B. Morlin, *Expert Says Raids Were 'Catastrophic' to Gypsy Families*, in *Spokesman-Review*, 17 settembre 1992, p. 2.

32. In un altro caso, un Tribunale inglese ha stabilito che una ragazza iraniana aveva diritto al risarcimento dei danni in quanto uno scimpanzé le aveva morsicato (e staccato) le dita, dal momento che questo avrebbe potuto diminuire le sue *chances* di sposarsi. *Bakhitiari v. La Zoological Society of London*, 141 N.L.J. 55 (1991); S. Poulter, *Ethnicity, Law, And Human Rights: The English Experience*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 64 Poulter rileva la natura sessista di tale decisione; la disabilità potrebbe ridurre le prospettive di matrimonio. Per un'analisi del modo in cui la relatività culturale incide sulla visione delle disabilità, si veda A. Dundes Renteln, *Cross-Cultural Perceptions of Disability: Policy Implications of Divergent Views*, in S. Herr, L. Gostin & H. Koh (a cura di) *Different But Equal: The Rights Of People With Intellectual Disabilities*, Oxford, Oxford University Press,, 2003.

33. Anche in altri casi sono stati introdotti fattori culturali. Si veda, ad esempio, *In re Air Crash Disaster Near New Orleans*, 789 F.2d 1092 (5° Circuito 1986); *Saavedra v. Korean Air Lines*, 93 F.3d 547 (9° Circuito 1996). Nei tribunali canadesi è stata presa in considerazione la pietà filiale ai fini della quantificazione dei danni in cause riguardanti la morte di un figlio o di una figlia di famiglie di origine cinese e vietnamita. Si veda, ad esempio, *To v. Toronto (City) Bd. of Educ.*, [2001], 55 O.R. (3°) 641 (C.A.); *Lian v. Money*, [1994] 8 W.W.R. 463 (B.C.S.C.), riformata, [1996] 4 W.W.R. 263 (B.C.C.A.); *Lai v. Gill*, [1980] 1 S.C.R. 431, [1868] B.C.J. No. 1988, [1978] B.C.J. No. 300. Sono grata alla Professoressa Jennifer A. Chandler, della Facoltà di Legge dell'Università dell'Ottawa per avermi segnalato questi casi.

era il figlio maggiore, nella cultura egiziana c'era una forte aspettativa che egli li avrebbe sostenuti durante la vecchiaia[34]. Il giudice sposò questa tesi e liquidò alla famiglia 3,6 milioni di dollari a titolo di risarcimento danni[35].

In un altro caso, ad un indù che aveva ordinato un *burrito* di fagioli nella catena di *fast food* Taco Bell fu erroneamente servito un *burrito* di manzo, poi parzialmente consumato dallo stesso. Ciò rappresentò la violazione di un importante tabù alimentare, e l'uomo, che subì un trauma psicologico a causa dell'accaduto, si sentì costretto ad andare in India per purificarsi nel Gange. In seguito intentò una causa chiedendo il risarcimento dei danni per il trauma subìto[36]. Ne seguì una transazione stragiudiziale prima del processo per una somma non resa nota. L'opinione pubblica, almeno stando a quanto si può leggere nelle lettere inviate ai quotidiani che commentarono l'accaduto, non espresse grande simpatia nei confronti del ricorrente, sostenendo che, se l'interesse in gioco fosse stato effettivamente così alto, lo stesso avrebbe dovuto srotolare il *burrito* per controllarne preventivamente il contenuto.

Vi è, infine, un sorprendente numero di azioni legali intentate contro obitori e medici legali per il fatto di aver praticato autopsie. Secondo alcune culture, i morti vanno nell'aldilà nella condizione in cui si trovano al momento della sepoltura, quindi, se hanno subìto una mutilazione, rimarranno mutilati per l'eternità. Poiché il diritto anglo-americano considera i morti come un bene soggetto ad un regime giuridico simile al diritto di proprietà (*quasi-property*) e di certo non in grado di citare in giudizio a proprio nome e per proprio conto, la causa intentata dai parenti si fonda non su alcun diritto culturale del defunto, ma sull'umiliazione da loro stessi subita per un'autopsia non autorizzata sul corpo del defunto[37].

6. Argomenti a sostegno e contro la rilevanza del fattore culturale

Una delle principali motivazioni contrarie alla *cultural defense* o difesa culturale è che l'introduzione di questo istituto comporterebbe una semplificazione eccessiva e una reificazione dei gruppi, trasformati in oggetti culturali e stereotipati. Se un tribunale ammette prove che dimostrano che i lividi sono stati causati dal *cao gio*, per esempio, questo potrebbe dare la fallace impressione che tutti i soggetti provenienti dal sud est asiatico utilizzino questo rimedio popolare.

Anche se vi è il rischio che l'uso della *cultural defense* rafforzi certi stereotipi, si può facilmente ovviare a questo inconveniente. I Tribunali e i mezzi di informazione dovrebbero, infatti, evidenziare con particolare cura che una data difesa culturale è stata invocata da un soggetto singolo in un caso specifico; se il caso giudiziario è presentato col dovuto equilibrio e buon senso, la collettività sarà meno incline a generalizzazioni. D'altra parte, potrebbe anche darsi che in alcuni casi un'usanza sia ampiamente praticata (come nel caso del *cao gio*), al punto che si potrebbe affermare, senza tema di smentita, che alcuni gruppi sono comunemente adusi a tale tecnica. Un modello di comportamento non equivale necessariamente ad uno stereotipo, ed è opportuno sempre considerare che in ogni gruppo culturale vi sono individui che deviano dal modello.

Un altro argomento contro il riconoscimento del fattore culturale è che certi soggetti potrebbero presentarsi come membri di determinati gruppi strategicamente per, ad esempio, avere la possibilità di portare addosso un coltello, usare un farmaco o una droga, sposare più donne, e via enumerando. Anche se non si può escludere in radice che qualcuno finga di appartenere a un gruppo religioso o culturale, i tribunali dispongono degli strumenti per determinare se tali soggetti sono veramente *sikh, rastafariani, mormoni*, o membri di determinate minoranze. Secondo alcuni, certi soggetti potrebbero non limitarsi a rivendicare una falsa appartenenza ad un gruppo, ma addirittura inventare interamente una pratica culturale o religiosa che non esiste, ad esempio, affermando di appartenere ad un credo che impone l'uso di mitragliatrici.

Sebbene questi rischi siano teoricamente possibili, i giudici dovrebbero essere in grado di accertare se

34. *In re Air Crash near Nantucket Island, Massachusetts v. EgyptAir*, 462 F. Supp. 2d 350 (E.D.N.Y. 2006). Poichè EgyptAir non negò la propria responsabilità, la decisione riguardò esclusivamente la quantificazione dei danni. Cit. (789 F.2d 1092 (5° Circuito 1986), p. 362.

35. John Marzulli, (8 dicembre 2006). *Air Crash Victim's Kin Win $3.6M Award,* in *N.Y. Daily News*, 8 dicembre 2006, www.nydailynews.com. L'avvocato della famiglia rimarcò l'importanza dell'argomentazione culturale: «Il giudice ha tenuto conto, con grande elasticità, del ruolo del figlio primogenito in una famiglia egiziana».

36. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit., p. 107.

37. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit., cap. *The Dead*. Si veda, inoltre, A. Dundes Renteln, *The Rights of the Dead: Autopsies and Corpse Mismanagement in Multicultural Societies*, 100:4 S. ATL. Q. 1005–1027 (2001).

una siffatta religione esista davvero e se i membri di un gruppo non sono sinceri.

Al fine di aiutare i giudici nell'*iter* valutativo delle rivendicazioni culturali, ho suggerito un *test* per la *cultural defense* che ciascun giudice potrebbe applicare. Il *test* consiste di queste domande[38]:

1) L'imputato o il ricorrente appartiene ad un gruppo etnico?
2) L'usanza appartiene al gruppo etnico in questione?
3) La condotta dell'imputato o del ricorrente è stata influenzata da tale usanza?

Se gli organi giudicanti adottano tale *test*, dovrebbero essere in grado di rilevare l'eventuale falsità delle affermazioni nei procedimenti penali e civili. La risposta negativa ad una delle domande del *test* è, infatti, di per sé sufficiente a mettere in dubbio la veridicità della difesa culturale invocata.

Supponendo di poter superare le difficoltà pratiche nella valutazione di certe rivendicazioni culturali dopo aver ammesso le prove che le sostengono, bisogna chiedersi quanto queste debbano poi prevalere nel merito, e quindi giustificare un certo tipo di condotta. Che cosa succede se vi è la prova che una cultura consente i delitti d'onore nel caso in cui le ragazze nubili hanno un comportamento apparentemente inaccettabile per la propria famiglia? Dovrebbe essere consentita una particolare usanza culturale che mette a repentaglio donne, bambini, o membri di altri gruppi vulnerabili? A mio parere, i costumi che causano un danno irreparabile non dovrebbero essere ammessi. Pertanto, da un lato ritengo che la cultura debba avere una massima rilevanza a livello procedurale, nel senso che la produzione di prove culturali dovrebbe sempre essere ammessa, ma dall'altro ritengo che le argomentazioni culturali debbano essere rigettate nel merito in tutti i casi in cui una data usanza si traduca in un danno irreparabile.

Alcuni temono che una politica ufficiale che riconosca la *cultural defense* possa pregiudicare l'integrità dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, l'idea di giustizia individualizzata impone la ricerca di una pena proporzionata al reato e l'argomento culturale serve proprio per garantire che la pena rappresenti una risposta commisurata alla gravità del reato commesso. Un genitore che cerca di guarire il figlio ha un minor grado di colpa rispetto a chi usa punizioni corporali su un minore. Nella misura in cui la legge consente la considerazione di qualità personali, come ad esempio il fatto che un soggetto sia – o meno – sano di mente, maggiorenne o minorenne, l'aggiunta del fattore «identità culturale» rappresenta semplicemente un'ulteriore caratteristica di cui tenere conto; richiedere con determinazione la proporzionalità della giustizia non costituisce uno scostamento radicale rispetto alla politica attuale. L'introduzione di elementi di prova culturali aiuta i giudici a personalizzare la sentenza in modo da far sì che la pena non sia sproporzionatamente severa.

È doveroso evidenziare come la mera facoltà di invocare una difesa culturale non vincola in alcun modo il giudice o la giuria ad accogliere tale tipo di prova: come avviene nel caso di un imputato che eccepisce la propria infermità mentale, la difesa può essere rigettata. L'ipotesi che alcuni possano cercare di abusare di un mezzo probatorio non è un motivo sufficiente per negare tale diritto nei casi in cui il suo uso sarebbe legittimo.

In alcuni casi federali si è sostenuto che sono le linee guida su come redigere le sentenze elaborate a livello federale a precludere espressamente la considerazione dell'etnia o dell'origine nazionale. Tuttavia, a mio avviso bisogna considerare che la *ratio* di tali previsioni si spiega nell'ottica di una politica tesa ad evitare che razzismo e xenofobia influenzassero le decisioni giudiziarie, pertanto non sarebbe corretto invocarle al fine di escludere la rilevanza delle prove culturali. In questa sede si propone l'introduzione dei fattori culturali in un'ottica *pro reo*, pertanto non avrebbe senso fare affidamento sulla suddetta politica per escludere tali elementi di prova.

Sono state fornite varie motivazioni di ordine costituzionale in sostegno della rilevanza delle prove culturali. Oltre al principio di uguaglianza, del giusto processo, e del diritto ad una difesa effettiva, ve ne sono altre fondate sul Primo Emendamento e sulle obbligazioni internazionali in materia di diritti umani. Le prove culturali possono rendersi necessarie a garantire la libertà religiosa, come nel caso dei bambini *sikh* non ammessi a scuola a causa di un'errata visione secondo cui il *kirpan* sarebbe un'arma e non un simbolo religioso. Il diritto alla cultura è un diritto fondamentale stabilito dall'Articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, ratificato da quasi tutti i Paesi, compresi gli Stati Uniti. I firmatari hanno l'obbligo positivo di far rispettare il diritto alla cultura: tale obbligo può essere interpretato nel senso di garantire alle parti di un procedimento il diritto di spiegare le proprie motivazioni culturali in giudizio e quindi il diritto procedurale di esibire pro-

38. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit., p. 207. Si veda anche A. Dundes Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, 20:1 Canadian Journal of Law & Society, 2005, pp. 47–67, ripubblicato in M.C. Foblets & A. Dundes Renteln (a cura di), *Multicutural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

ve culturali che poi il giudice valuterà se accogliere o meno nel merito[39].

Il diritto alla cultura, tuttavia, deve anche essere bilanciato con altri importanti diritti umani, quali i diritti delle donne, i diritti dei bambini, i diritti delle persone con disabilità e i diritti fondamentali alla vita e alla integrità fisica. Quando un'usanza determina un danno irreparabile, la prova culturale non dovrebbe attenuare la responsabilità penale, i soggetti in questione non dovrebbero ottenere una deroga, e la quantificazione dei danni non dovrebbe discostarsi dalla determinazione ordinaria. Per contro, quando un'usanza non comporta alcun rischio grave in tal senso, sono dell'opinione che le persone abbiano il diritto di seguire i propri progetti di vita senza subire interferenze da parte delle istituzioni.

7. Indicazioni pratiche per valutare efficacemente le prove culturali

L'ammissione e la valutazione delle prove concernenti culture diverse nell'ambito di specifiche controversie giudiziarie potrebbero scoraggiare i giudici[40], ma esistono vari modi di affrontare tali sfide in modo che la diversità culturale, sempre più frequentemente rilevata nelle aule di tribunale, non sia considerata un problema.

I giudici possono manifestare la propria attenzione e considerazione nei confronti di soggetti provenienti da altre culture in molti modi. Nel far prestare giuramento, i Tribunali possono mettere a proprio agio i testimoni consentendo loro di utilizzare simboli rappresentativi per il loro credo, come i loro libri sacri, per esempio, Gita (per gli *indù*), il Sunder Gutka (per i *sikh*), e il Corano (per *i musulmani*). Questa pratica di sostituzione del testo sacro di riferimento, consentita da vari anni nel Regno Unito[41], presenta vari vantaggi: mostra rispetto nei confronti delle differenze culturali e aumenta significativamente le probabilità che il soggetto chiamato a deporre si senta in dovere di dire la verità. Potrebbero anche rendersi necessari alcuni piccoli *adattamenti*, come nel caso dei membri di minoranze religiose che potrebbero avere bisogno di lavarsi prima di prestare giuramento, o per chi è tenuto a indossare un copricapo religioso; questo potrebbe richiedere un'interpretazione elastica della regola tradizionale che vieta di indossare cappelli in aula.

L'uso e la corretta pronuncia dei nomi possono essere utili, per non parlare della disponibilità di interpreti qualificati e periti specializzati in questioni culturali[42]. Gli studiosi che hanno dedicato la propria carriera allo studio delle usanze popolari di specifici gruppi sono qualificati a rendere pareri ai giudici circa la fondatezza delle affermazioni di ordine culturale. I tribunali potrebbero dover decidere se nominare periti d'ufficio per giudicare le contrastanti opinioni dei periti di parte o per rendere un parere in luogo degli stessi[43].

Il Regno Unito ha da tempo adottato un manuale giudiziario sulle tradizioni delle minoranze etniche – il *Judicial Handbook on Ethnic Minority Traditions* del 1994 riedito nel 1999 come *Equal Treatment Bench Book* – i cui capitoli illustrano diversi modi di far prestare giuramento e danno informazioni su diversi sistemi di attribuzione dei nomi, sul linguaggio corporeo, sulle religioni e i modelli familiari interculturali. Sarebbe auspicabile che l'*American Bar Association*,

39. A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense,* cit. Si veda, inoltre, A. Dundes Renteln, *Cultural Rights*, in P. Baltes & N. Smelser (a cura di), *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, 2002; A. Dundes Renteln, *In Defense of Culture in the Courtroom*, in R. Shweder, M. Minow & H. Rose-Markus (a cura di) *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge In Liberal Democracies*, New York, Russell Sage Foundation, 2002, pp. 194-215.

40. I giudici che hanno conoscenze nell'ambito dell'antropologia, del folklore, di questioni comparatistiche in materia religiosa, cultura politica, e settori correlati saranno con ogni probabilità più a proprio agio quando si troveranno a dover analizzare tradizioni culturali diverse dalle loro.

41. Il *Judicial Studies Board* ha prodotto il *Handbook On Ethnic Minority Issues* (1994) che al capitolo 2 elenca diversi tipi di giuramento e spiega come i Tribunali possano accogliere eventuali richieste speciali relativi agli stessi. «Se da un lato la legge prevede la procedura da seguire per un cristiano o un ebreo, dall'altro si limita ad affermare che il giuramento debba essere prestato "con qualsiasi legittima modalità" da soggetti che non siano né cristiani né ebrei» (cap. 2.4). Il manuale del 1994 è stato più volte aggiornato, si veda *Judicial Studies Board, Equal Treatment Bench Book* (2004), cap. 3. Quanto sopra è previsto anche dalla legge della California.

42. L'*American Bar Association* potrebbe creare un sito *web* contenente l'elenco dei periti specializzati sui vari gruppi etnici e le loro usanze. Le informazioni per creare un siffatto database potrebbero essere ottenute consultando varie associazioni di categoria.

43. Alcuni temono che certi periti "mercenari" possano essere indotti a fornire una visione volutamente travisata dei gruppi culturali i cui membri sono *sub iudice*. Nonostante non possa escludersi a priori che ciò accada, i codici di deontologia professionale forniscono le indicazioni necessarie ai periti che si trovano a dover rendere testimonianza in simili circostanze.

l'*American Judicature Society* e altre organizzazioni redigessero congiuntamente un manuale analogo per i giudici statunitensi e lo stesso dovrebbe, a mio avviso, avvenire anche in altre giurisdizioni.

Una certa *varietà culturale* nella composizione del corpo giudiziario e della giuria sarebbe, ugualmente, molto utile. Se tra i giurati di un caso riguardante una data tradizione culturale vi fosse un membro della stessa comunità culturale, probabilmente sarebbero garantite una maggior comprensione ed equità; certamente, la preclusione di giurati con lo stesso *background* culturale potrebbe essere dannosa. Inoltre, l'elaborazione di modelli di istruzioni per la giuria concernenti la valutazione delle usanze arrecherebbe un beneficio a tutte le parti del contenzioso.

Ancora, i giudici nelle cui giurisdizioni risiede un numero considerevole di minoranze culturali potrebbero imparare le loro lingue, documentarsi sul loro folklore e interagire con le comunità etniche presenti nelle loro collettività, dato che aumenterebbe la fiducia di tutti i consociati nei confronti del sistema giudiziario.

Programmi di formazione giudiziaria potrebbero contribuire a rendere edotti i giudici circa quali usanze sono più esposte al rischio di essere interpretate erroneamente. Questo tipo di corsi potrebbe rientrare nei programmi di orientamento per i nuovi giudici, nonché nella formazione giudiziaria continua. Ad esempio, sempre negli Stati Uniti, l'avvocato Kathleen Sikora, *research attorney*, e il giudice Robert Timlin hanno istituito un corso annuale, «Giurisprudenza e cultura», presso il Centro per l'istruzione e la ricerca giudiziaria della California. Più di recente, il giudice Delissa Ridgway, una pioniera della giustizia trans-culturale, ha organizzato Comitati per la giustizia trans-culturale presso l'American bar association, l'Associazione nazionale delle donne giudici, e altri gruppi professionali. Un numero crescente di associazioni giuridiche e giudiziarie, che vanno dall'*American Bar Association* (Aba) al *North American south Asian bar associaton* (Ordine degli avvocati del Nord America e dell'Asia meridionale) (Nasaba) hanno condotto azioni di sensibilizzazione su questo argomento. Oltre ai corsi nazionali sulla formazione culturale, potrebbero essere stanziati dei finanziamenti anche per consentire ai giudici di fare viaggi di «immersione culturale» in altri Paesi, in modo da sperimentare direttamente visioni del mondo diverse dalla propria e vedere gli aspetti positivi del folklore di altre società. Iniziative come questa porterebbero una maggiore comprensione trans-culturale e la magistratura ne trarrebbe enormi benefici.

Conclusioni

Le questioni culturali sono approdate nelle aule dei tribunali, sia nelle aree urbane che in quelle rurali degli Stati Uniti, e i giudici di tutto il mondo si sono ritrovati di fronte a domande complesse poste dalla convivenza multiculturale. È evidente che per garantire il diritto ad un equo processo, una giustizia uguale per tutti, la libertà di credo e di culto per tutte le fedi e i principali diritti umani internazionali, i giudici dovrebbero tenere in adeguata considerazione le differenze culturali. Riguardo alle modalità concrete, l'approccio da me consigliato è volto a ritenere sempre ammissibili le prove culturali a livello procedurale, seguite da un'attenta valutazione tramite il *test* culturale che ho elaborato per verificare se effettivamente la cultura abbia influenzato la condotta. Una volta valutatane la fondatezza, la prova culturale dovrebbe assumere un peso nella decisione del caso a livello sostanziale e di merito, salvo che la condotta in questione comporti un danno irreparabile a terzi, principalmente inteso in riferimento all'integrità fisica ma non solo, profilo che dovrebbe rappresentare un limite invalicabile al riconoscimento culturale.

I giudici hanno molte responsabilità, spesso potenzialmente confliggenti, una delle quali è quella di tutelare i diritti delle minoranze. Quando le parti in causa appartenenti a gruppi minoritari chiedono l'ammissione di prove culturali, i Tribunali possono accogliere tale richiesta, in quanto non vi è alcuna norma che impedisca che le stesse vengano prese in considerazione. Ugualmente niente impedisce di adattare lo *standard* dell'agente modello ai diversi gruppi culturali: dimostrando che l'ordinamento giuridico è flessibile al punto da tener conto di definizioni variabili della cosiddetta condotta «ragionevole», i Tribunali rendono comprensibili le azioni culturalmente motivate e garantiscono che l'interesse della giustizia sia preservato.

Processi culturali e spazi giuridici. Dal Bangladesh all'Italia: migrazioni, protezione umanitaria e reinterpretazione del divieto di patto commissorio

di *Mario Ricca* e *Tommaso Sbriccoli*

Il saggio tratta delle relazioni tra categorie culturali e categorie spaziali nella prospettiva giuridica. Si muoverà da un'analisi delle relazioni esistenti, e spesso intessute di tragiche vicende, tra debiti migratori e richieste d'asilo. Il tema è affrontato con un approccio multidisciplinare di tipo antropologico-giuridico. L'indagine si basa su una ricerca sul campo condotta tra i richiedenti asilo in Italia provenienti dal Bangladesh. Per mezzo di una lettura interculturale e corologica – cioè, semantico-spaziale – si analizza l'incontro tra culture e spazi d'esperienza differenti nello spettro del diritto. Il saggio propone una soluzione legale alle situazioni vissute da richiedenti asilo in Italia e suscettibili di essere qualificate in termini di tutela umanitaria. A questo risultato si perviene mediante una reinterpretazione inter-spaziale del divieto di patto commissorio (art. 2744 cod. civ.) e delle sue implicazioni rispetto ai diritti umani. Più in generale, l'uso interculturale dei diritti e del diritto – compreso il diritto interno degli Stati – potrebbe gettare le basi per un pluralismo articolato a partire dai valori, come tale idoneo a promuovere l'inclusione della differenza culturale dal livello locale sino a quello globale. Inoltre, se accoppiato all'approccio corologico, esso potrebbe consentire ai soggetti sociali di superare i limiti intrinseci a un pluralismo strettamente inter-normativo e/o inter-ordinamentale, così come alla cd. inter-legalità, e di esercitare la propria creatività culturale proprio attraverso le potenzialità del discorso giuridico.

Dal colloquio tra un immigrato senegalese e un avvocato divorzista italiano:
Immigrato: *Non capisco più cosa vuole mia moglie (senegalese) …*
Avvocato: *… che vuole fare, è diventata italiana!*
Immigrato: *No, è molto peggio che italiana, non so più dove collocarla.*

1. Prologo

Una libbra di carne a garanzia del debito. Shylock si reincarna in ogni dove e aleggia sempre e ovunque vi siano rotte di viaggio rischiose. L'incertezza, il bisogno, sono la sua linfa. Una sorta di mistura diabolica che gli consente di materializzarsi in ogni luogo, attraversando le epoche. Non importa che il suo corpo-ospite appartenga a un ebreo, un musulmano o un cristiano; svedese, africano o pakistano. Basta sia «umano». Un Antonio su cui accanirsi è sempre a portata di mano.

Una libbra di carne a garanzia del debito; talvolta anche corpi interi. Pezzi di vita, esistenze in ostag-

* Il saggio qui pubblicato è opera di Mario Ricca e Tommaso Sbriccoli, che sono tuttavia autori di sezioni diverse del testo. Tommaso Sbriccoli è autore esclusivo dei paragrafi 2, 3 e 4; Mario Ricca è autore esclusivo dei paragrafi 1, 5, 6, 7 e 8. Mentre la ricerca sul campo e la raccolta dei materiali su cui questo articolo si basa è stata svolta da Tommaso Sbriccoli, l'elaborazione complessiva della ricerca che ha condotto alla confezione del saggio nella sua veste attuale, è frutto del dialogo e dell'interazione interdisciplinare e interpersonale tra i due autori. I nomi utilizzati nel testo per identificare gli attori delle vicende analizzate per mezzo della ricerca sul campo sono rigorosamente

gio. È questo il controvalore che molti aspiranti migranti, a corto di mezzi economici per partire, sono costretti a offrire. Spesso non hanno che il proprio corpo, la propria capacità di lavorare, come garanzia da prestare pur di ottenere i soldi per la partenza. È notorio: si tratta della premessa per situazioni di asservimento[1].

I migranti si fanno servi volontari. Agiscono così per evitare il peggio, per sventare la minaccia di vedere annientato il loro mondo personale e familiare. Conseguenza del mancato pagamento del debito, fornito nella generalità dei casi a interessi ultra-usurai, sono però svariate forme di ritorsione. I creditori minacciano spesso i familiari dei migranti, in modo diretto o indiretto. Quando è possibile, la minaccia si concretizza in una sorta di confisca integrale. Se il migrante e i suoi familiari possiedono case, terreni, locali per l'esercizio di attività commerciali, tutto viene risucchiato a saldo del debito migratorio.

Chi non riesce a pagare, magari perché il suo progetto di vita all'estero è andato in frantumi, ha la stessa sorte di un giocatore alla roulette russa. Perderà ogni cosa, anche il poco che ha, e lo farà perdere a tutta la famiglia o alla rete familiare che su quel poco sopravvive facendo già la fame. In qualche caso, i patti di prestito, redatti in forma di contratto, prevedono persino il «diritto/potere» del creditore di infliggere punizioni fisiche a chi resta a fare da ostaggio[2].

Su tutto questo si staglia, a spezzare quei cuori già dati in garanzia, l'implacabile distinzione – oggi in voga – tra «rifugiati» e «migranti economici». Chi parte di sua volontà e non è costretto a scappare – questa, in soldoni, la *summa divisio* applicata dalle Commissioni delle richieste d'asilo e dalla giurisprudenza italiana e comunitaria, anche se in modo tacito – è etichettato come «migrante economico». Non è rifugiato politico, né profugo da Paesi in guerra. Può dunque tornare a casa «sua», a cedere la sua libbra di carne e magari qualcosa di più. Un destino che si avvererà quasi certamente. Anche perché ad arginare lo Shylock pronto a sbranare il migrante indebitato e respinto dal Paese di approdo – quindi impossibilitato a riscattare la sua libertà – non ci sarà (quasi) mai una Porzia travestita da dottor Bellario e un giudice equo disposto ad ascoltarla[3].

Il migrante ha dato in garanzia se stesso, i suoi familiari e i suoi beni. Tornato a casa a mani vuote, dovrà pagare senza scampo. L'asilo, del resto, si dà solo a chi scappa, non a chi non può tornare dopo essere voluto partire di sua sponte – è questo il *refrain* intonato dall'opinione pubblica dei Paesi occidentali. Sul crinale di questa distinzione, s'arresta la disponibilità all'accoglienza (dei più sensibili) tra gli ordinamenti statali. Di fronte a simili vicende, è possibile, doveroso e legittimo alzare l'asticella della tutela umanitaria? A un'attenta disamina delle normative in materia, noi crediamo di sì. A questa conclusione – come si vedrà – conduce un approccio corologico-interculturale ai testi di legge e alle loro proiezioni applicative.

Chi risponde no, per intuibili ragioni di opportunità, è comunque invitato a fare un esperimento metaforico, un esercizio di traduzione interculturale. Sarebbe disposto a dichiarare, di fronte al mondo, che l'Antonio del *Mercante di Venezia* avrebbe dovuto essere lasciato nelle mani di Shylock? Che questo tipo di giustizia sarebbe in linea con la odierna tutela dei diritti umani? Nel rispondere sia prudente, però. Il pianeta pullula di migranti sotto scacco. Ciascuno di essi potrebbe dire: «il mio nome è Antonio»!

Uno tra gli «Antonio» scelti per questa indagine è Robel, è arrivato in Italia dal Bangladesh per fuggire dalla Libia caduta in mano all'Isis, ed è nelle mani di uno Shylock del Bengala … che in fatto di ferocia ha davvero poco da invidiare alle tigri che scorrazzano da quelle parti. Tra le due categorie di mammiferi corre, però, una differenza. A causa della deforestazione e dello sterminio da parte degli umani autoctoni, che la considerano «animale pericoloso», la tigre del Bengala è ormai a rischio estinzione. E invece, grazie alle migrazioni degli indigenti e all'inerzia delle autorità locali, gli Shylock bengalesi, decisamente più pericolosi dei felini striati, prosperano e si moltiplicano. Del resto, loro sono tigri globali. Potrebbe non sembrare così, eppure il loro effettivo ambiente di caccia è diventato e coincide con lo spazio planetario.

La piaga dell'usura nella regione bengalese traspare anche dalle alterne vicende della *Grameen Bank*, ideata dal premio Nobel bangladese Mohammad Yusuf, campione mondiale del microcredito. Le reiterate accuse mosse a suo carico e dirette a conte-

---

pseudonimi. Le interviste ai richiedenti asilo bangladesi sono state effettuate in urdu da Tommaso Sbriccoli e trascritte quindi in italiano. Gli estratti degli articoli in inglese citati nel testo sono stati tradotti in italiano dagli autori di questo saggio, tranne in due casi in cui si è preferito lasciare la citazione in inglese per rispettare l'idiomaticità del testo d'origine.

1. L'asservimento psicologico può essere il trampolino per forme di riduzione in schiavitù, sfruttamento dei migranti, e fa da contorno ai fenomeni di tratta degli esseri umani.

2. Cfr. *infra*, per un esempio paradigmatico.

3. Rinviamo, per l'identificazione dei personaggi, alla trama del *Mercante di Venezia* di Shakespeare.

stargli di esercitare attività usurarie ai danni dei più poveri, soprattutto donne, narrano una storia ambigua, a tinte fosche. Lungo le orme della *Grameen Bank* ci si imbatte anche in altre attività, condotte pure sotto la bandiera del microcredito da molti altri istituti di credito del Bangladesh e dell'India. Dichiarano tutte di ispirarsi al modello ideato da Yusuf, su tutte aleggia lo spettro di uno sfruttamento spietato ammantato di pelosa solidarietà.

2. Viaggi indebiti

Alì vive in uno delle centinaia di Centri di accoglienza per richiedenti asilo fioriti sul territorio italiano negli ultimi anni a seguito delle politiche di «esternalizzazione» dei servizi per i profughi. È isolato, assieme a molti altri suoi compatrioti del Bangladesh e ad altri richiedenti africani, in una cascina a trenta chilometri da Siena. Qui non passano autobus. Il paesino più vicino è a sei chilometri di strada tra i boschi e offre un bar tabacchi e alimentari, e niente più.

Alì e i suoi compagni trascorrono le giornate guardando la televisione, parlando al cellulare, e ricucinando il cibo che ricevono, già pronto, una volta al giorno.

Seduti nella sua stanza, che condivide assieme ad altri tre Bangladesi, Alì mi racconta la sua storia.

«La mia famiglia non era povera, anzi. Avevamo un bel negozio, una casa e della terra. Gli affari mi andavano bene ed io ne ho comprata dell'altra. Poi ho iniziato ad assumere anfetamina, con gli amici. All'inizio era un gioco, ma poco alla volta sono diventato dipendente, e la mia vita si è trasformata in un inferno. Ho dovuto cedere la terra che avevo preso, la mia motocicletta, e tutto il magazzino del negozio. A un certo punto mi sono reso conto che non potevo andare avanti così. Ho figli, una famiglia, non potevo fargli questo. Allora ho smesso di assumere droga, e ho deciso di partire per la Libia, dove avrei potuto ricostruire un piccolo capitale con cui ricominciare. Ho contattato il *dalal*, un intermediario, che mi ha chiesto 4,5 lakh di taka [450.000 taka, circa 5.500 euro][4] per il viaggio e il visto di lavoro in Libia. Per trovare questi soldi ho dovuto chiedere un prestito a un uomo d'affari della mia zona. Era un *bada admi* (grande uomo) locale, uno che ha contatti con tutti e che nella mia area la fa da padrone. Mi ha dato i soldi a un interesse del 3% mensile. Ha fatto firmare l'atto di vendita della nostra casa e della terra a tutti i miei famigliari. Quindi in calce, nel foglio in cui erano scritte le condizioni del prestito, ha fatto firmare me. Gli atti di vendita li ha tenuti lui. Se non riesco a ripagare il debito (*ṛiṇ*) li registra e tutto passa a lui.

Sono partito per la Libia. A Tripoli mi aspettava un uomo del *dalal*. I miei documenti erano a posto. A volte non vanno bene, e allora bisogna pagare altri soldi alla polizia di frontiera per poter entrare nel Paese. Il *dalal* in Libia mi ha portato in una casa con altri. Ci sono stato una settimana. Poi attraverso dei miei contatti sono andato a vivere altrove. Ho trovato lavoro in una fabbrica. Mi pagavano 500 Dinar al mese. Sono riuscito anche a ripagare parte del mio debito. All'inizio andava bene. Ma poi la situazione in Libia è degenerata. La guerra e gli scontri hanno reso tutto difficile. In Libia ti rubano tutto. Quando cammini per strada ti fermano e ti minacciano con pistola e coltello. Ti rubano il cellulare, i soldi, a volte anche i vestiti. I salari hanno iniziato a essere pagati ogni due mesi, poi ogni tre. Le commissioni per mandare i soldi a casa sono arrivate al 50%, per spedire 200 Dinar ne dovevi dare 400 all'agente. Un giorno la mia fabbrica è stata bombardata. Il mio passaporto era lì dentro, lo teneva il proprietario per dimostrare che lavoravamo per lui. Io non sapevo cosa fare.

Nei giorni successivi, mentre giravo in cerca di lavoro, la polizia mi ha fermato. Non avevo i documenti e così mi hanno arrestato. Eravamo in venti in una stanza minuscola. Ci davano da mangiare una volta al giorno, e sempre una volta al giorno ci facevano andare ai servizi. Durante la giornata dovevamo fare i nostri bisogni nelle bottiglie, o per terra. Un giorno eravamo così stravolti che, quando ci hanno fatto uscire, sette di noi hanno iniziato a correre verso il muro di cinta del carcere per tentare la fuga. Io ero tra loro. Siamo riusciti a scavalcarlo mentre i poliziotti sparavano in aria. Appena fuori io ho iniziato a correre come un matto. C'erano almeno cinque automobili che ci cercavano in giro. Io sono riuscito ad arrivare a casa di un amico e mi sono messo in salvo. So che almeno altri tre sono stati ripresi e torturati.

A quel punto ho parlato con un intermediario libico, che mi ha chiesto cosa volevo fare. Poteva procurarmi un documento falso per rimanere in Libia a lavorare. Ma la polizia mi cercava e la situazione in Libia era disperata. Se avessi voluto tornare in Bangladesh mi sarebbe costato, tra documenti falsi e biglietto, almeno 2.500 Dinar. Oppure sarei potuto andare in Italia, e mi sarebbe costato solo 600 Dinar. Io sapevo che andare in Italia era rischioso, ma cosa potevo fare? Mi sono detto che era meglio morire in mezzo al mare piuttosto che farlo a Tripoli, ucciso dalla polizia, dagli scontri o dalla fame; o tornare in Bangladesh senza ripagare il debito, che avrebbe voluto dire perdere tutto e forse anche la vita. Il proble-

4. Il taka è la valuta del Bangladesh. Un euro corrisponde a circa 82 taka.

ma è che non avevo più soldi. Allora ho chiamato la mia famiglia. Non gli ho detto che volevo andare in Italia, ma solo che avevo bisogno di soldi per un problema con la polizia. Non volevo farli preoccupare. Mi hanno fatto arrivare altri 50000 taka, che si sono aggiunti al debito che già avevo.

Ho fatto il viaggio e ora sono qui, vivo. Allah mi ha aiutato. Ma ora per ogni mese che non mando soldi a casa il mio debito aumenta. E più aumenta, più diventa difficile per me e la mia famiglia riuscire a estinguerlo».

Razel, un altro richiedente del Bangladesh in un Centro in provincia di Firenze, ha venduto la terra per ottenere 200mila taka per pagare l'intermediario, e ha firmato un atto di vendita della propria casa per avere i restanti 250mila da un usuraio della sua zona. Mohammed, invece, ha firmato l'atto di vendita della terra, ora in mano all'usuraio come garanzia del prestito che gli ha elargito. Entrambi non sono stati fortunati come Alì, e devono ripagare il prestito al 4% mensile. Per entrambi, tuttavia, il seguito della storia è molto simile a quello di Alì, e dopo uno o più anni di lavoro in Libia sono stati costretti a fuggire verso l'Italia, spesso a seguito di esperienze traumatiche.

Questo schema sembra ripetersi per una buona parte dei richiedenti asilo del Bangladesh, arrivati più o meno recentemente in Italia dalla Libia e con cui abbiamo potuto parlare[5].

Il Bangladesh è uno degli Stati più poveri del mondo. Metà della sua popolazione vive con meno di 1,2 dollari al giorno e quasi un terzo è al di sotto della soglia di povertà. Nel 2012, circa il 40% della popolazione era sotto-occupata[6]. La mancanza di occupazione, la povertà diffusa e il mancato rispetto dei diritti umani spingono molti dei suoi abitanti a lasciare il Paese in cerca di lavoro. Inoltre, la generale scarsità di terreni coltivabili e di altre risorse naturali in relazione alla grandezza della popolazione, aggiunta alla frequente esposizione del territorio sia a inondazioni sia a siccità, hanno rappresentato seri ostacoli ai programmi di sviluppo e hanno intensificato le divergenze di interessi e i conflitti per l'uso delle scarse risorse disponibili tra gli abitanti del Paese[7].

Come riportato da molti studi[8], la storia di Alì rispecchia le modalità attraverso cui questi viaggi di lavoro transcontinentali vengono organizzati. Le numerose agenzie che si occupano di tali questioni si prendono in carico l'organizzazione del viaggio, l'accoglienza iniziale nel Paese di approdo e l'ottenimento del visto di lavoro. Talvolta, esse offrono anche la possibilità di trovare un impiego. Sotto tali agenzie, alcuni intermediari aiutano gli aspiranti migranti a completare tutta la trafila burocratica per ottenere il passaporto e gli altri documenti richiesti. Nelle parole di Rahman:

[...] *sub-agents assist prospective migrants with a wide range of activities such as paperwork, passports, bank accounts, medical checkups, and transportation to the airport. In addition to facilitating the actual migration process, they sometimes vouch to the traditional moneylenders that their potential clients have already secured jobs [abroad] and therefore are eligible for credit. They can even act as guarantor for some potential migrants who otherwise could not secure loans for migration, expanding the role of sub-agents beyond the simple matching task*[9].

Il ruolo di questi intermediari, che agiscono spesso in parallelo a loro colleghi residenti nei Paesi di destinazione dei migranti, ci permette di approfondire meglio l'aspetto fondamentale di questo sistema: quello del debito e della credibilità.

Come in ogni sistema basato sul prestito, infatti, anche qui alla base della possibilità di ricevere il capitale necessario a intraprendere un'attività stanno le garanzie che una persona è in grado di fornire. Essere credibili, degni di credito, è la condizione necessaria per poter instaurare quella relazione debitoria che è al centro dell'impresa migratoria della maggior parte dei Bangladesi espatriati[10].

Gli intermediari, i *dalal*, oltre al lavoro di supporto burocratico, agiscono infatti per i potenziali

5. Il presente articolo si basa sull'interazione diretta con, e la raccolta di dati sul percorso migratorio di, circa 40 richiedenti asilo del Bangladesh, ospitati in varie strutture in provincia di Siena e Firenze, tra il giugno e il novembre 2015.

6. Central Intelligence Agency (2012).

7. Cfr. G. H. Peiris (1998).

8. Cfr. M.A.M. Joarder and P.W. Miller (2013, 2014), M.M. Rahman (2013), S.R. Rashid (2012).

9. Rahman (2012, p. 222).

10. Ci sia concesso qui un parallelo semantico tra la credibilità intesa come possibilità di restituire un debito (solvibilità) e la credibilità come condizione di veridicità di ciò che uno afferma. Se nel primo significato essa sembra essere alla base del percorso migratorio della maggior parte dei richiedenti asilo Bangladesi, nel secondo essa diviene categoria centrale nel loro percorso legale di ottenimento dell'asilo in Europa. Per un'analisi della credibilità in questa seconda accezione cfr. T. Sbriccoli e S. Jacoviello (2011) e A. Good (2007).

migranti anche come mediatori di credito, fornendo garanzie per la restituzione del prestito concesso loro dagli usurai (*mohajan*) locali.

Secondo alcune stime, questi usurai locali prestano denaro a un interesse che può raggiungere il 60% (ed in alcuni casi arrivare addirittura al 100%!). Chi non ha garanzie da dare è costretto quindi a trovare garanti locali che co-firmino il contratto di prestito e che ricevono in cambio il 10% del valore del prestito per ogni anno in cui la garanzia viene fornita[11]. Già da questa prima ricognizione sulle pratiche locali di accesso al credito, si può intravedere in filigrana come il sistema di credito informale locale alla base dei processi migratori si fondi su catene di garanzia e reti sociali intrecciate con differenti modalità relazionali.

L'attenzione al concetto di «credibilità» ci conduce più a fondo nei meccanismi di tale sistema. Esso ci aiuta a coglierne l'aspetto profondamente sociale, relazionale e gerarchico, liberando l'analisi da concezioni meramente individualistiche e individualizzanti del migrante come «*homo economicus*», e del sistema in sé come un mercato inteso in senso economicista. Visti da una prospettiva integrata, tali meccanismi appaiono invece inseriti a pieno in dinamiche che coinvolgono il migrante in quanto nodo di reti molteplici, che lo rendono al tempo stesso imprenditore e lavoratore dipendente, debitore e potenziale creditore, privilegiato e subalterno, autonomo e schiavo, razionale e in balìa di logiche non controllabili. Tale carattere ambiguo e multi-prospettico del sistema può portare, come analizzeremo in seguito, a potenziali cortocircuiti giuridici nel momento in cui la complessa situazione bangladese si rifrange sul sistema legale italiano in casi specifici quali quelli di richiesta d'asilo o di sfruttamento lavorativo.

Ma vediamo ora come la «credibilità» si traduce in forme empiriche di debito che coinvolgono sia i beni delle persone, sia il loro lavoro, sia le persone stesse intese come oggetti.

3. Le forme del debito nella migrazione lavorativa dall'Asia del Sud

Le due principali forme contrattuali attraverso cui il migrante stabilisce la propria relazione con i *dalal* sono il contratto «fisso» (*fixed*) e quello «condiviso» (*shared*).

Nel primo caso, la persona s'impegna a versare una cifra stabilita, che copre tutte le spese e i servizi forniti dall'agenzia privata per la migrazione. Usualmente, il prezzo prevede anche l'accoglienza al porto d'arrivo e l'ospitalità per alcuni giorni, fino a che il migrante non riesce a trovare appoggio presso amici o conoscenti. Talvolta, gli accordi prevedono anche che il *dalal* presente nel Paese di migrazione trovi un lavoro al migrante. Il denaro per pagare tali prestazioni viene spesso in parte o integralmente ottenuto tramite prestiti a usura, sebbene non siano rari i casi di migranti che sono riusciti a far fronte al costo del progetto migratorio grazie a risparmi personali e/o alla vendita di beni propri o della famiglia (terre, negozi ecc.). Non sempre quindi la migrazione presuppone un debito verso esterni, sebbene sia sempre legata alla creazione di un debito verso la propria famiglia, che prende in carico le spese per far sì che uno dei suoi membri possa partire all'interno di un progetto condiviso di miglioramento economico. Nell'un caso come nell'altro, tuttavia, e come cercheremo di mostrare tra poco, il debito si configura come funzione delle reti sociali in cui è inserito il migrante, producendo e riproducendo legami e responsabilità che eccedono una lettura «individualizzante» del percorso migratorio.

La seconda forma di contratto di migrazione, lo *shared contract*, presuppone fin dall'inizio lo stabilirsi di un rapporto debitorio con il *dalal* o il trafficante. Esso prevede che il migrante accetti di lavorare per il trafficante nel Paese di destinazione fino a che tutti i costi di migrazione siano stati ripagati[12]. Naturalmente, al costo iniziale vengono applicati interessi usurai, e le condizioni di vita e di lavoro del migrante sono scandite da pratiche continue di controllo che rendono la sua condizione simile a quella di uno schiavo. Il ritiro del passaporto, orari di lavoro estenuanti, l'impossibilità di allontanarsi dal posto di lavoro (dove spesso i migranti vengono anche fatti dormire), e l'incertezza circa la possibilità di saldare quanto dovuto (spesso anche per la totale arbitrarietà dell'interesse applicato al debito), sono caratteristiche di molti casi in cui lo *shared contract* è il tipo di relazione istituita con il trafficante.

Sebbene nello *shared contract* entrino costitutivamente tutte quelle forme di dipendenza che possono risolversi in veri e propri casi di schiavitù, anche il *fixed contract* può spesso rivelarsi un'arma a doppio taglio, sia per la necessità per molti di pagare il dovuto creando debiti con usurai locali, sia per il verificarsi di vere e proprie truffe.

Salman, dopo aver pagato 500mila taka per andare in Libia, all'arrivo a Tripoli viene prelevato

11. Cfr. P. Martin (2009, p. 5).

12. Cfr. G. Friebel and S. Guriev (2006).

all'aeroporto dal *dalal* Bangladese locale assieme a un complice libico. Questi gli ritirano il passaporto e lo chiudono in una casa con altre dodici persone del Bangladesh. I due carcerieri contattano le loro famiglie chiedendo altri 50mila taka ciascuno per liberarli. I tredici prigionieri, dopo venti giorni, riescono a sfondare la porta e fuggire. La loro avventura migratoria inizia non solo in modo tragico, ma li costringe da allora in poi a vivere in Libia senza passaporto, aumentando il rischio di soprusi sia da parte dei datori di lavoro sia da parte della polizia[13].

Siamo quindi di fronte a una costellazione di pratiche che presuppongono lo stabilirsi di relazioni di dipendenza, esplicita o potenziale, tra il migrante e una serie di altri soggetti che gravitano nel circuito preso in esame. È importante qui esplicitare come tali relazioni siano spesso la continuazione nell'ambito dell'impresa migratoria di rapporti qualitativamente simili in cui le persone si trovano quotidianamente coinvolte. Con questo intendiamo dire che spesso relazioni di dipendenza lavorativa, o di debito già esistente, possono trasformarsi in relazioni di dipendenza e debito nell'ambito migratorio, spostando di piano, ma non di livello, rapporti preesistenti.

Se prendiamo ad esempio il caso del lavoro asservito (*bonded labour*), ci troviamo di fronte, almeno per quanto riguarda il Sud Asia, a una presenza sistemica di questo tipo di relazioni. Con il termine «sistemico», alludiamo qui a situazioni che non sono semplici eccezioni a condizioni di lavoro regolato e legale, ma a relazioni che formano una parte consistente dei rapporti con manodopera. In India, ad esempio, nel 2006 si trattava, secondo una stima dell'antropologo Djalal Heuze, di una percentuale tra lo 0,5 e il 10% a seconda delle regioni e dei settori[14].

Anche il Bangladesh e il Pakistan conoscono questo tipo di relazioni, squalificando quindi una semplice lettura «castale» del fenomeno, come talvolta antropologi e politologi sono portati a fare. Sebbene dunque non sia la casta, o non solo essa, a spiegare l'instaurarsi, il proliferare e il perdurare di simili relazioni, appare tuttavia come tale fenomeno abbia alcune sue peculiarità concernenti l'area geografica culturale presa in esame.

Come abbiamo mostrato attraverso l'esame dei casi presentati finora, il debito è certamente l'aspetto centrale per il mantenimento di tali rapporti sbilanciati fino, talvolta, all'asservimento.

Il rapporto tra debito, dipendenza e migrazione ha quindi due vettori speculari di attivazione. Per un verso, il progetto migratorio spesso instaura catene debitorie che possono risolversi o in lavoro asservito nei Paesi di destinazione o nella perdita dei mezzi di sussistenza (se il debito non viene restituito per il fallimento del percorso migratorio) che genera quindi forme di lavoro asservito e dipendenza economica in Bangladesh. Per altro verso, è proprio nei confronti di situazioni di dipendenza locali già instaurate che spesso il progetto migratorio si pone come unica via di uscita, ovvero come il tentativo di rendersi indipendenti attraverso il mezzo provvisorio di un aumento del proprio debito.

Dal punto di vista generale, quindi, la migrazione di gran parte dei Bangladesi si mostra come un progetto spesso collettivo, ovvero gestito da famiglie piuttosto che da singoli, che attiva reti esistenti di dipendenza e debito che assumono forme ibride. Gran parte dei Bangladesi intervistati per questo articolo, ad esempio, hanno differenziato i canali attraverso cui ottenere i capitali necessari alla migrazione. Questi possono essere risparmi propri, soldi presi a prestito da familiari (a interessi nulli o molto bassi, o con la promessa di una cifra aggiuntiva forfettaria di «premio» in caso di successo dell'impresa migratoria), la vendita dei beni familiari (terra, immobili, beni mobili quali animali, veicoli ecc.), il ricorso al microcredito o a banche (con interessi bassi ma, allo stesso tempo, con la possibilità di ottenere solo cifre ridotte), e infine il ricorso a usurai.

È precisamente su quest'ultima forma di accesso al credito che vorremmo ora approfondire l'analisi, dal momento che riteniamo che esso attivi forme di sopruso riconosciute dalla legislazione italiana (e come vedremo solo in parte da quella del Bangladesh), la cui tutela possa essere situata sull'orizzonte della protezione dei diritti umani, qualora si intendano questi ultimi come il prodotto della inter-traduzione di pratiche e valori mediati da tempi e spazi diversi, e non come il semplice terreno già dato sul quale le forme empiriche di sfruttamento possano essere o meno fatte rientrare.

Come già accennato, i *mohajan*, termine che identifica in Asia del Sud chiunque presti soldi ad usura[15], sono spesso persone inserite nelle reti di potere locali, a livello sia economico sia politico. Sebbene anche proprietari di negozi di media grandezza o di appezzamenti di terra di medie dimensioni spesso

13. Dalla storia di un richiedente asilo del Bangladesh residente in un Centro prefettizio in Toscana.

14. Cfr. D.G. Heuze (2007).

15. Un altro termine spesso usato in India è quello di *sahukar*.

pratichino tale attività, per ottenere cifre significative ci si deve usualmente rivolgere a personaggi di un certo livello, che non solo hanno a disposizione quantità di denaro liquido adeguate, ma anche la possibilità «concreta» di riavere indietro il denaro prestato qualora vi siano problemi nella restituzione.

Le reti gerarchiche di potere e subalternità che caratterizzano la vita sociale dell'Asia del Sud sono quindi le stesse all'interno delle quali il debito per la migrazione viene instaurato, ponendo tale relazione in un contesto di controllo politico e sociale da cui difficilmente il debitore può riuscire a liberarsi secondo modalità legali di ricorso alla giustizia ufficiale.

Nel prossimo paragrafo metteremo in luce le reti sociali ed economiche attraverso cui i migranti come Robel/Antonio, le cui vicende saranno al centro dell'analisi nella seconda parte di questo saggio, costruiscono la propria impresa migratoria: vale a dire, ciò che si nasconde dietro un debito.

4. La vita sociale del debito

Ci occuperemo qui principalmente di chiarire i presupposti sociali e il contesto politico del tipo di debito che maggiormente abbiamo riscontrato nel nostro lavoro di ricerca con, e di assistenza ai, richiedenti asilo del Bangladesh, cioè il contratto anticipato (*fixed*). Tale tipo di contratto prevede, come già accennato, il pagamento di una quota fissa alle agenzie per migranti: pagamento che esclude (sebbene talvolta si verifichino casi di truffa o vero e proprio «rapimento» una volta che i migranti siano giunti nel Paese di destinazione) una relazione debitoria continua con gli intermediari. Nel *fixed contract*, il problema principale per gli aspiranti migranti è quello di mettere assieme il massiccio capitale necessario a intraprendere il proprio viaggio, e di farlo ottimizzando il più possibile il rapporto tra rinuncia a beni e capitali già in proprio possesso (la cui perdita immediata tramite vendita o cessione non deve compromettere la capacità produttiva e le necessità di sostentamento di chi rimane) e la costituzione di un rapporto debitorio, in cui l'ammontare di capitale e interesse non mettano a repentaglio la possibilità di una restituzione. In altre parole, i migranti e le loro famiglie usano strategie di pagamento miste per raccogliere le cifre necessarie al pagamento dei *dalal*, attingendo ai propri risparmi, vendendo parte dei loro beni, prendendo a prestito da parenti e amici o dalle banche a interessi convenienti e infine creando debiti con gli usurai. La cospicuità della cifra necessaria, tuttavia, rende il ricorso agli usurai spesso obbligato, costringendo le famiglie a instaurare un complesso equilibrio economico-finanziario delle proprie risorse e ipotecando, inevitabilmente affidandosi agli esiti di una vera e propria scommessa, le speranze di emancipazione future.

Per comprendere la logica di tali precari equilibri, e come gli Shylock locali vi si inseriscano con strategie di credito ben calibrate al fine di ottimizzare il proprio guadagno, è necessario partire dalla descrizione dell'unità socio-residenziale e parentale di base del Bangladesh rurale, il *bari*.

Tale descrizione risulta utile ai casi trattati, soprattutto perché la maggioranza dei richiedenti asilo bangladesi proviene da aree rurali, solitamente piccoli villaggi inseriti in reti di alleanze matrimoniali, scambi commerciali e amministrazione politica con altri villaggi simili, piccole cittadine e più grandi centri urbani.

Il tipico villaggio rurale bangladese è composto da un insieme di quartieri denominati *para*, che sono a loro volta formati da gruppi di poderi, i *bari*. Le persone residenti in un *para* sono solitamente appartenenti a un unico lignaggio patrilineare e talvolta praticano la stessa occupazione (agricoltura, pesca, attività artigianali). Spesso, i residenti condividono anche la stessa appartenenza religiosa.

Ecco come Chen descrive un tipico agglomerato rurale del Bangladesh:

«All'interno del *para* si trovano un certo numero di *bari* o poderi nascosti dalla vegetazione e interconnessi da sentieri ben riparati. Il *bari* è usualmente composto di 5-6 *ghors* o capanne che si affacciano attorno a una singola aia. I residenti di un *bari*, divisi in famiglie che vivono in *ghors* [case] separate, sono membri di una famiglia patrilineare a vari stadi del ciclo di vita familiare. Potenzialmente, i residenti includono un padre, una madre, i figli con le loro mogli e bambini, e le figlie finché non si sposano o tornano a casa»[16].

In molte delle storie raccolte con i richiedenti bangladesi, il *bari* torna come luogo e metafora allo stesso tempo della solidarietà della famiglia allargata o della sua potenziale crisi, da cui talvolta scaturisce la necessità di migrare. Prendiamo ad esempio la storia di Naim.

«Io facevo il commesso in un negozio nella città di Comilla. Un giorno sono tornato a casa e mio padre e i suoi due fratelli avevano fatto la divisione del *bari* in tre parti. Mio nonno era morto da qualche anno e avevamo aspettato a fare la divisione, ma ora improvvisamente torno e la trovo fatta. Mi sono subito reso conto che le parti erano profondamente ingiuste, e che i miei zii si erano approfittati del fatto

16. M. Chen (1986, p. 217).

che io fossi via e mio padre fosse solo, senza che io potessi appoggiarlo. Abbiamo litigato con i miei zii e gli ho detto che se non si fossero rifatte le parti in modo equo sarei andato a denunciare il fatto alle autorità. Quando sono tornato a Comilla per lavorare, pochi giorni dopo, i miei zii hanno aggredito mio padre e gli hanno detto che se mi fossi permesso di andare alla polizia a denunciare il caso in due famiglie contro una non avrebbero avuto problemi a farcela pagare, soprattutto a me. Mio padre si è davvero spaventato per le minacce. Non sapeva cosa fare. Sapeva che io non avrei desistito, ma allo stesso tempo era anche consapevole che i miei zii erano più forti e non avrebbero esitato a fare qualsiasi cosa per mantenere la divisione così come era. Per questo ha contattato un *dalal* e ha organizzato il mio viaggio in Libia. Mi ha detto: «Se tu rimani qui finisce male, lo so, e noi non possiamo permetterci né di perdere te, né di lasciare la nostra casa». Non potevo andare contro il volere e i timori di mio padre, così sono partito[17]».

Per partire, la famiglia di Naim ha preso in prestito da un usuraio locale 440mila taka a un interesse del 36% annuo. In garanzia, hanno dato l'unica cosa che possedevano: il terzo (scarso) del *bari* di famiglia, ovvero la loro parte di eredità[18].

In altre occasioni, i parenti (sia consanguinei che affini) collaborano invece in modo solidale con la famiglia. È il caso ad esempio di Suman, che riceve 200mila taka dallo zio, che non vuole alcun interesse ma che, in caso di fallimento del progetto migratorio del ragazzo, otterrà in risarcimento una parte dell'eredità familiare ancora indivisa per il valore corrispondente al prestito.

Spesso parenti di vari gradi, dal lato sia della famiglia del padre sia della madre, prestano piccole cifre (10-20mila taka), o senza interessi o con la promessa che, alla restituzione, una piccola cifra forfettaria e a piacere sarà aggiunta al capitale prestato. Tali pratiche contraddittorie mettono in luce dinamiche familiari complesse, situate ora dal lato della reciprocità – con l'attuarsi di una solidarietà «calcolante», che prevede la registrazione di ciò che è dato, di ciò che è preso e dello scarto da colmare – ora invece decisamente poste sul versante della competizione su risorse comuni – dove soprattutto i consanguinei si trovano, al momento della divisione dell'eredità paterna o del nonno, a testare forze e volontà reciproche nel tentativo di massimizzare il proprio profitto a scapito dei nuclei più deboli.

Non è un caso che una buona parte dei minori richiedenti asilo le cui storie abbiamo avuto occasione di raccogliere, o coloro i quali hanno lasciato il Bangladesh per recarsi in Libia ancora minorenni (e che hanno poi trascorso alcuni anni ivi lavorando), hanno dovuto lasciare il loro Paese proprio a seguito di simili situazioni conflittuali all'interno del *bari* e della famiglia allargata. Spesso, infatti, nello svolgersi del ciclo familiare la morte di un avo a cui è intestata la proprietà familiare indivisa produce tensioni che si risolvono nella fissione dei vari nuclei familiari e nella divisione dell'eredità. Tuttavia, tale processo raramente è lineare e spesso non è pacifico, e le famiglie economicamente e numericamente più forti tendono a ritagliare per se stesse fette più ampie del patrimonio. Le famiglie il cui figlio maggiore navighi in quell'età di mezzo, tra i quattordici e i sedici anni, in cui non si è più «bambini» e non si è ancora completamente uomini, si trovano quindi nella scomoda posizione di non avere ancora un «erede» in grado di porsi come figura giuridicamente autonoma. Il giovane può così facilmente divenire il bersaglio di attacchi e minacce da parte dei fratelli del padre che, così facendo, mettono in discussione la capacità e la possibilità della famiglia di difendersi e di «riprodursi» socialmente. L'allontanamento del minore e la sua migrazione, in questi casi, si configurano quindi allo stesso tempo come mossa di protezione del soggetto, sottraendolo ai rischi cui potrebbe andare incontro, e strategia familiare di accrescimento delle proprie risorse economiche e simboliche in vista di un futuro ribilanciamento delle forze in gioco e di un potenziale riscatto. Come accennato in precedenza, la scarsità di terreni coltivabili in Bangladesh in relazione alla popolazione aumenta la competizione a tutti i livelli del tessuto sociale[19]. Il *bari* è una risorsa fondamentale nel mondo rurale, configurandosi come un'unità produttiva multifamiliare che permette di far fronte ad alcune esigenze di base. All'interno del *bari* si ritagliano piccoli appezzamenti di terreno per allevare polli e, talvolta, una stalla in cui tenere qualche vacca. Un orto, che copre parte del fabbisogno alimentare delle famiglie di un *bari*, occupa sempre una porzione dello spazio del podere. Alla crescita demografica di una famiglia, corrisponde quindi la diminuzione

17. Dalla storia di un richiedente asilo del Bangladesh residente in un Centro prefettizio in Toscana, ottobre 2015.

18. Si può consultare nell'Appendice I il contratto di prestito dall'usuraio che il padre di Naim ha firmato.

19. Cfr. G. H. Peiris (1998).

20. Spesso gli abitanti di un *para* appartengono allo stesso lignaggio e, sebbene siano talvolta divisi da molte generazioni, continuano a identificarsi l'un l'altro usando termini di parentela classificatori.

pro-capite di tali risorse e si instaurano dinamiche conflittuali per la loro redistribuzione lungo le linee di fissione del gruppo agnatico.

La terra coltivabile è un altro fattore di conflitto sia, come nel caso del *bari,* tra i nuclei che compongono una famiglia allargata, sia invece tra le famiglie dello stesso *para* (quartiere, vicinato) o dello stesso villaggio. Il caso di Ripon, un ragazzo minorenne, è esplicativo al riguardo.

«La mia famiglia possiede due appezzamenti di terra. Uno lo coltiviamo, l'altro non è tanto buono e lo teniamo a maggese per fare foraggio per le nostre vacche. Questo secondo terreno lo ha comprato mio nonno da un uomo che vive nel nostro *para*, un mio zio [classificatorio][20]. Mio nonno aveva registrato la transazione al catasto, per fortuna, perché alla sua morte questo nostro zio è venuto a dirci che dovevamo lasciare la terra poiché non l'avevamo mai comprata e la stavamo occupando illegalmente. Alla fine hanno denunciato il fatto alla polizia e siamo finiti in Tribunale. In Tribunale noi abbiamo fatto vedere il certificato di proprietà, e il giudice ci ha dato ragione. Ma a quel punto quest'uomo ha aperto un altro caso accusandoci di avere falsificato i documenti. E poi ha anche denunciato me, dicendo che li avevo aggrediti. Loro sono una famiglia che è diventata molto potente negli ultimi anni prestando soldi a usura, e ora rivolevano la terra che avevano venduto, in tutti i modi. Io ero l'unico uomo giovane su cui poteva contare mio padre, per questo mi hanno preso di mira. Hanno minacciato mio padre dicendogli che se avesse continuato a difendere la proprietà della terra io avrei fatto una brutta fine. Loro hanno appoggi importanti nella polizia e tra i politici, noi invece siamo gente semplice. Per questo mio padre si è molto spaventato e ha deciso di mandarmi via[21]».

La storia di Ripon mostra nuovamente, ma a livello di quartiere e in relazione a terreni agricoli, la competizione locale per risorse scarse e la difficoltà a difendere i propri interessi da parte di famiglie situate in fasi critiche del loro ciclo di sviluppo. Come in precedenza, il figlio maggiore minorenne (Ripon ha lasciato il Bangladesh a 15 anni) diviene allo stesso tempo oggetto di minaccia (e conseguentemente da proteggere allontanandolo) e investimento per l'emancipazione familiare. Il caso di Ripon apre tuttavia anche uno squarcio su altre relazioni di potere e dinamiche sociali nel mondo rurale bangladese.

Lo zio classificatorio, che pretende di riavere indietro un terreno venduto anni prima, lo fa da una posizione di forza costruita su due importanti presupposti/risorse. La prima è costituita da stretti legami con la polizia e con importanti politici della zona. La seconda consiste nell'ingente capitale economico accumulato negli anni grazie all'usura. Presi in coppia, questi fattori restituiscono un'istantanea di alcune modalità di costruzione e gestione del potere nel Bangladesh rurale.

Il Bangladesh versa in uno stato di corruzione profonda e strutturale a tutti i livelli delle istituzioni. Nel *ranking* globale di *Transparency International* del 2014, il Bangladesh si situa al centoquaranticinquesimo posto su centosettantacinque Paesi[22]. Molti autori hanno messo in luce la problematicità della situazione bangladese e l'alto tasso di corruzione amministrativa e politica[23], nei settori dell'educazione e della sanità[24], e in generale nel settore pubblico, evidenziando sacche di corruzione sistemica anche all'interno del sistema giudiziario e delle forze di polizia[25]. Dalle parole di questi ultimi traspare la profonda difficoltà e frustrazione dei cittadini che si trovano a dover far fronte ad una situazione di corruzione o sopruso da parte di un funzionario pubblico.

Non c'è una via per i cittadini per poter riparare i torti subiti o fare un reclamo contro una qualsiasi azione di corruzione o irregolarità commessa da ufficiali pubblici. In realtà, essi sono demotivati persino a provarci poiché il capo dell'istituzione contro cui il reclamo andrebbe fatto sarebbe allo stesso tempo il giudice, la giuria e l'accusato. Se una persona fosse colpita da un'azione di un qualsiasi ufficiale pubblico, come il capo esecutivo di un distretto o l'ufficiale capo di una stazione di polizia, sarebbe alquanto pericoloso fare reclamo contro di loro. Certo, questa persona potrebbe rivolgersi ad un Tribunale, ma non solo questa sarebbe una procedura costosa ed estenuante: ci sarebbero anche ben poche possibilità di vincere una causa contro dei potenti ufficiali pubblici[26].

In questo contesto generalizzato di utilizzo delle istituzioni e delle risorse pubbliche in modo privati-

21. Dalla storia di un richiedente asilo del Bangladesh residente in un centro prefettizio in Toscana, settembre 2015.

22. Cfr. Trasparency International (2014).

23. Cfr. M.M. Khan (2005).

24. Cfr. C. Knox (2009).

25. Cfr. H. Zafarullah e N. A. Siddiquee (2001).

26. Cfr. H. Zafarullah e N. A. Siddiquee (2001, p. 480.).

stico e clientelare, i cosiddetti *boro lok* (*bigmen*) locali si pongono come figure di mediazione tra esigenze della popolazione rurale e macchina amministrativa/burocratica statale. Persone con elevati capitali finanziari e di rendita, i *boro lok* sono coloro che legano per mezzo di relazioni clientelari (favori, prestiti, intercessioni) chi sta sotto di loro (i *choto lok*, la "gente piccola", che non ha risorse), e interagiscono con i livelli alti della società urbana e dell'amministrazione statale, garantendo al momento opportuno che le loro reti di clienti si trasformino in capitale elettorale o politico in senso più lato[27].

Tornando al racconto di Ripon ed estrapolando da esso la traiettoria di successo dello zio classificatorio, la si può ora meglio comprendere nel contesto socio-politico bangladese. Il capitale economico creato con l'usura e la capacità di produrre relazioni di fiducia e scambio con politici e forze di polizia hanno dunque permesso all'uomo e alla sua famiglia di raggiungere una posizione di grande potere locale e potenziale impunità. Queste reti di potere, a volte anche trans-locale, acquisiscono una sorta d'impermeabilità a eventuali verifiche e sanzioni, costruendosi completamente all'interno di spazi che sovrappongono macchina amministrativa/burocratica statale da un lato, e istituzioni e reti sociali locali dall'altro. Le logiche "ibride" lungo le quali si producono queste concrezioni di potere economico e politico garantiscono una estrema efficacia alla loro azione nei confronti di chi, semplice abitante di villaggio, rimane completamente isolato in uno spazio «senza un fuori», senza cioè quelle aperture relazionali verso l'esterno (istituzioni di più alto livello, reti di conoscenze a livello urbano ecc.), che sole potrebbero porre un limite sanzionatorio alle pratiche predatorie che li colpiscono.

In effetti, se da un lato questi "grandi uomini" locali per garantire il proprio potere devono inevitabilmente creare un consenso attorno alla propria persona per mezzo di favori e sostegno ai propri clienti, dall'altro la loro attitudine nei confronti delle risorse locali è profondamente predatoria e aggressiva.

Questa aggressività è inoltre mediata da figure, definite *mastan*, che sono una sorta di attivisti politici "bulli" e mercenari[28], che formano la "manodopera" violenta sia dei partiti politici sia di chiunque, potendoselo permettere, abbia bisogno di un aiuto convincente per ottenere qualcosa da altri.

Il *boro lok*, insomma, spesso politico egli stesso o comunque ben inserito nella rete istituzionale dello Stato e dei partiti, si pone al centro della vita sociale, politica ed economica del villaggio e gestisce una rete di clienti e di uomini a servizio i quali, in un modo o nell'altro, aspirano essi stessi a ottenere un riconoscimento sociale ed economico che li innalzi a loro volta al ruolo di "grandi uomini".

Inizia quindi a configurarsi un quadro complesso della situazione bangladese, in cui *dalal* (intermediari), *mastan* (mercenari), *boro lok* (grandi uomini) e funzionari governativi (poliziotti, ufficiali, politici ecc.) collaborano tra loro, e talvolta competono, per spartirsi le risorse dello stato e incamerare risorse locali appartenenti alla massa della *choto lok* (i poveri e gli esclusi) e della *modhom lok* (la classe media rurale).

Nel complesso svolgersi di queste relazioni, tuttavia, non sempre è facile distinguere ruoli e funzioni del primo gruppo di attori sociali. Spesso, i *mastan* agiscono anche come intermediari (*dalal*), e questi ultimi possono in alcuni casi essere considerati *boro lok*. Gli stessi *boro lok* possono aver raggiunto il loro *status* attraverso una carriera da picchiatori politici[29], o essersi costruiti reputazione, ricchezza e contatti agendo da intermediari tra gli uffici pubblici e la "gente semplice".

Le situazioni di crisi familiare descritte in precedenza, quindi, sia quando sono causate da conflitti intra- o inter-familiari, sia quando sono invece il frutto dell'azione predatoria di un *boro lok*, inevitabilmente devono risolversi all'interno delle pratiche informali e/o formali di mediazione di questo stessa sistema. Come accennato in precedenza, per le classi rurali medie e basse non esiste uno spazio "esterno" istituzionale cui ricorrere per uscire dal circolo vizioso della propria dipendenza strutturale. L'unico spazio esterno lasciato aperto alla loro iniziativa diviene dunque quello della migrazione internazionale, allo stesso tempo fuga e scommessa, rischio e momentaneo allontanamento dal rischio[30].

27. Per una analisi del rapporto tra differenti livelli istituzionali e tra reti locali e giustizia statale nell'India rurale cfr. T. Sbriccoli (2013). Per uno studio dei modelli di autorizzazione locale in ambito indiano di queste figure di mediatori, posti al limite tra patronaggio classico e criminalità, cfr. A. Piliavsky e T. Sbriccoli (forthcoming). Per un quadro d'insieme del Sud Asia sulle stesse tematiche cfr. invece gli articoli contenuti in A. Piliavsky (2014).

28. Cfr. A. Ruud (2014).

29. Cfr. A. Ruud (2014).

30. Naturalmente stiamo qui discutendo i casi di migrazione in cui crisi esplicite dei nuclei familiari rendono inevitabile l'intrapresa migratoria. Non vogliamo sostenere che tutti i casi di migrazione siano da intendere in questi termini. Sebbene, infatti, ogni progetto migratorio contenga al suo interno una parte di investimento autonomo per il miglioramento delle proprie condizioni assieme ad una di mancanza di alternative reali, il modello qui discusso pertiene ai casi in cui il secondo termine ha importanza preponderante sul primo.

Questo spazio esterno, tuttavia, è tale solo apparentemente. A uno sguardo più attento, infatti, si mostra anch'esso imbricato, ed anzi in realtà addirittura prodotto, dalla stessa rete di *dalal*, *mastan* e *boro lok* che intesse localmente e quotidianamente la propria tela di ragno. Una trappola che, una volta imbrigliata la preda, le lascia come unica possibilità di salvezza la scommessa di un ultimo volo attorno a una ragnatela le cui maglie sono solo più larghe, ma non meno pericolose: appunto la scommessa migratoria.

A guardarla con un po' di cinismo, la migrazione ha aperto in effetti per i grandi uomini locali e le reti di mercenari politici e intermediari una nuova forma di moltiplicazione delle risorse locali, in un contesto di disponibilità scarse e di diffusa povertà. Le commesse provenienti dai migranti bangladesi sono ormai una parte cospicua della ricchezza disponibile, e non c'è da stupirsi se, come abbiamo visto e vedremo in seguito, una buona parte di esse torna, sotto forma d'interesse sul debito, a rimpinguare i capitali degli usurai/*boro lok*, riproducendo localmente la disparità di potere economico e politico tra alto e basso, tra chi migra e chi fa migrare. Del resto, che la migrazione sia un *business* ormai riconosciuto lo esplicita alla perfezione l'affermazione di un lavoratore migrante bangladese a Singapore raccolta da Bal:

«*If you ask anybody 'Eh, lend me one lakh [100mila] taka, I want to do business, he will tell you to get lost. But if you say 'eh lend me five lakh taka, I want to go bidesh [all'estero]', he will surely lend you. Even after you go bidesh and lose money and ask for another three lakhs, he will lend you again!*[31]».

Riprendendo la similitudine iniziale tra usurai e tigri, sembra di poter dire che essi non differiscano solo per la condizione attuale di espansione dei primi, e di riduzione delle seconde, ma anche e soprattutto per il modo in cui cacciano. Se per le tigri la caccia è questione individuale, di attese e appostamenti, di agguati e rapidi inseguimenti, per i *bara lok* bangladesi essa sembra più prendere la forma di una caccia al cinghiale, in cui una serie di battitori spingono la preda bene in vista, là dove il cacciatore può tranquillamente e facilmente colpire senza tema di sbagliare.

Tra questi battitori, il più abile è certamente il *dalal*, aspirante *boro lok* egli stesso, e sulla buona strada per diventarlo. È lui che, una volta contattato (o talvolta, come emerge dalle storie raccolte, contattando lui stesso direttamente coloro che vede in situazioni di difficoltà e proponendogli di migrare) oltre ad organizzare il viaggio funge spesso da mediatore e addirittura da garante, come abbiamo visto, per l'ottenimento del prestito da un usuraio.

Dai dati raccolti, il *dalal* appare essere quasi sempre una persona proveniente da un altro villaggio rispetto a quello del migrante. Egli spesso agisce da mediatore per un altro mediatore di livello più alto che lavora nelle città e cittadine dell'area. Il *dalal* è spesso amico o parente di un amico o di un collega di lavoro. Questa mancanza di relazione diretta con la famiglia del migrante sembra indicare uno spazio di apertura verso un campo esterno alle reti di dipendenza immediate del migrante, una sorta di *mercato libero* della migrazione. Tale campo, tuttavia, è come abbiamo mostrato solo apparentemente esterno. Proprio nei casi in cui è necessario per la famiglia del migrante ricorrere a un usuraio per raccogliere il capitale necessario alla partenza, il *dalal* diviene infatti figura centrale per mediare la re-iscrizione del progetto migratorio all'interno dei rapporti di dipendenza locali del proprio *cliente*.

Il *mohajan*/usuraio, d'altronde, è sempre un *boro lok* locale ed una persona conosciuta dal potenziale migrante. Dai casi a nostra disposizione, egli risulta talvolta essere addirittura dello stesso villaggio del migrante. In questi esempi, è interessante notare come la stesura di un contratto di prestito e le garanzie reali poste a tutela del creditore siano spesso assenti. La spiegazione di questo fatto da parte dei richiedenti è sempre identica: essendo l'usuraio una persona di villaggio, con la quale ci si conosce da sempre, egli "si fida" del debitore e non pretende altre garanzie se non la parola data. Tali disponibilità e "fiducia" non devono tuttavia farci credere di essere di fronte a pratiche solidali, quali sono invece quelle dei prestiti da parte di parenti del migrante, sebbene sempre all'interno di logiche almeno in parte "calcolatrici". Se messe sullo sfondo di quanto illustrato finora, e confrontate con le pratiche di usurai "esterni" che andremo tra poco ad analizzare, queste scelte di "informalità" nascondono la capacità del *mohajan* di esercitare un controllo diretto e totale sul debitore, proprio grazie alle reti di potere e dipendenza che egli ha intessuto localmente e dalle quali la sua preda è impossibilitata a liberarsi. La fiducia nel debitore si mostra così per quel che è in realtà: fiducia del creditore negli strumenti a propria disposizione per recuperare il proprio capitale in caso d'inadempienza del suo "compaesano".

Altra indicazione a favore di questa interpretazione è che in nessun caso gli interessi applicati da un usuraio dello stesso villaggio del richiedente sono più bassi di quelli offerti da uno esterno. La fiducia, insomma, non si traduce in una morsa meno stretta.

Nei casi a nostra disposizione, gli interessi vanno dal 2% al 5% mensile, ovvero tra il 24% e il 60% annuale. La richiesta di interessi può essere a scadenza

31. C. S. Bal (2013: 79).

mensile o annuale. L'esosità degli interessi in questione ha ricevuto attenzione da parte di vari autori[32], che hanno indicato come essi creino circoli viziosi da cui spesso il debitore non riesce più a tirarsi fuori. Nelle parole di Rahman:

Usualmente le fonti di credito non-istituzionali chiedono tassi d'interesse estremamente elevati, che si portano via la maggior parte del salario del povero debitore, lasciando lui o lei in una condizione economica avversa e in un circolo vizioso di povertà di cui beneficia solo l'usuraio[33].

Tale vantaggio non si concretizza esclusivamente in relazione all'interesse elevato, ma anche e soprattutto per la frequente presenza, che ha colpito gli autori citati, di garanzie reali (quello che in inglese essi definiscono *collateral* o *security*) a tutela del creditore. Quest'ultimo, quindi, si trova nella condizione di incorrere in un rischio minimo o nullo, in quanto "la relazione personalizzata tra creditore e debitore permette al primo di estrarre la parte di debito eventualmente non restituita sotto forma di acquisizione di un bene del debitore"[34].

Questo tipo di contratto di prestito ha storicamente un'incidenza significativa nel complesso delle transazioni di prestito in ambito rurale. Secondo un'indagine della *Reserve Bank of India* del 1977, il 40% dei prestiti nel 1971 erano concessi contro garanzie ben definite[35]. Il dettagliato studio di Atiqur Rahman sulle relazioni di credito in due regioni del Bangladesh ha rivelato che più del 50% dei prestiti erano concessi contro una qualche forma di garanzia. Inoltre, una buona parte di questi prevedevano a garanzia un qualche bene immobile[36].

Secondo Basu[37], ciò suggerisce l'importanza della prossimità fisica tra creditore e debitore. Questi dati confermano l'analisi svolta fin qui circa la vita sociale del debito migratorio come concretizzazione materiale di relazioni strutturali di potere e dipendenza in ambito locale.

Non solo quindi alti interessi legano la persona e la sua famiglia in modo continuativo e a doppio filo all'usuraio, ma quest'ultimo si arroga anche il diritto di acquisire i beni che il debitore ha messo a garanzia in caso di inadempienza. Il tutto viene peggiorato dalle clausole arbitrarie e vessatorie che spesso fanno capolino nei contratti di prestito scritti o orali che abbiamo potuto consultare o conoscere dal racconto dei richiedenti bangladesi.

La presenza di questo tipo di clausole, l'alto interesse e il tipo di garanzie previste sono tutti fattori che indicano un aspetto drammatico di tali contratti, che sia Bahaduri sia Basu hanno evidenziato criticando precedenti modelli economici che vi ravvisavano esclusivamente la necessità del creditore di abbattere un elevato rischio di perdita del capitale.

Il modello di Bahaduri indica come il creditore usi l'alto tasso d'interesse sul prestito proprio al fine di incoraggiare l'inadempienza del debitore, così da poter confiscare il bene dato in garanzia, che spesso è a sua volta sottovalutato rispetto al prezzo reale di mercato[38].

Un aspetto interessante di questo modello, che ci riconduce all'analisi svolta fin qui, è che esso prevede che la sottovalutazione del bene dato in garanzia sia possibile proprio perché il creditore, grazie al suo posizionamento socio-economico superiore, ha accesso a un mercato dei beni riguardo al quale il debitore non ha, né potrebbe avere, informazioni esaurienti. Invertendo poi la logica dei modelli precedenti, sia Bahaduri sia Basu sostengono ancora che è proprio la sottovalutazione del bene dato in garanzia, e che di per sé già annulla il rischio del creditore, a spingere verso l'alto il tasso di interesse così da produrre l'inadempienza del debitore e l'incameramento del bene da parte del primo.

Quello che i *mohajan*/*boro lok* locali riescono dunque a fare è di costituirsi da un lato una rendita continua attraverso l'alto interesse sul prestito, e garantirsi in prospettiva il probabile default del debitore, che permetterà loro di incamerare un bene, oltretutto sottostimato.

Come abbiamo fin qui mostrato, dunque, l'attitudine e la capacità predatoria di questi creditori si inscrive nel circuito coincidente con il loro posizionamento sociale, politico ed economico nelle aree di provenienza dei richiedenti asilo, e si attua per mezzo

32. Cfr. A. Bahaduri (1977), K. Basu (1984) e M. Rahman (2005).

33. M. Rahman (2005, p. 6).

34. K. Basu (1984, p. 145).

35. Reserve Bank of India (1977).

36. A. Rahman (1979).

37. K. Basu (1984, p. 147).

38. A. Bahaduri (1977).

di strumenti che mettono a frutto tutto il potere differenziale che essi hanno nei confronti delle loro "prede". Tale incredibile disparità di forze può facilmente evincersi dal seguente contratto di prestito, che un richiedente asilo si è fatto spedire dal Bangladesh per dimostrare la propria posizione debitoria[39].

Contratto di prestito

Totale: 250.000/- (duecentocinquantamila) Taka
Interesse mensile: 5.000/- (cinquemila) Taka

Dettagli della prima persona, cui sono restituiti i soldi
Nome: /
Nome del padre: /
Nome della madre: /
Villaggio: /
Nazionalità: Bangladesh.
Religione: Islamica.
Lavoro: Affari.

Dettagli della seconda persona, che restituisce i soldi
Nome: /
Nome del padre: /
Nome della madre: /
Villaggio: /
Nazionalità: Bangladesh.
Religione: Islamica.
Lavoro: Affari.

Nel nome di Allah, in questo contratto io, seconda persona, ho chiesto in prestito 250.000 (duecentocinquantamila) rupie dalla prima persona che ha voluto darmeli a certe condizioni. In questo contratto dico che, alla presenza di altre due persone, ho ricevuto in prestito 250.000 (duecentocinquantamila) rupie e che, allo scadere del mese, entro il terzo giorno di quello successivo, devo dare 5000 (cinquemila) rupie come interesse alla prima persona.
Dichiaro di dare questi soldi in ogni circostanza. Se la prima persona ha bisogno di questi soldi immediatamente e mi chiede di ridarglieli, io devo restituire tutti i suoi soldi anche se con 1-2 mesi di anticipo.
Se non dovessi riuscire a restituire il denaro preso in prestito, egli potrà prendere il mio negozio e la mia casa. Egli potrà anche vendere tutte e due queste cose per avere indietro i suoi soldi. Egli inoltre può infliggermi qualsiasi punizione. Non è possibile che la successiva generazione della mia famiglia reclami giustizia. Io devo essere pronto a qualsiasi punizione.
Nel caso in cui morissi prima di aver ripagato il debito, la mia famiglia dovrà restituire tutti i soldi con gli interessi.
Dichiaro di firmare questo contratto in piena consapevolezza, in piena salute, con la mia volontà. Nessuno mi ha costretto a firmare il presente contratto, sono io che l'ho voluto firmare.
Ho capito tutto ciò che è scritto nel presente contratto.
Data *Firma*

Garanzia: *1. Testimone garante 1*
2. Testimone garante 2

Robel, il richiedente asilo riuscito a partire grazie al prestito relativo a questo contratto, ha dovuto pagare 500mila *taka* per andare in Libia. Di questi, 250mila sono stati ottenuti dal padre attraverso una banca, al vantaggioso interesse dell'1,8% annuo. Per i restanti soldi, la famiglia si è dovuta rivolgere ad un usuraio, che ha impunemente fatto loro firmare tale contratto. La firma in calce, nell'originale, è tuttavia del fratello di Robel: il creditore voleva infatti che il firmatario rimanesse in Bangladesh a garanzia fisica che il denaro sarebbe stato restituito.

A questo punto, se messo sullo sfondo di quanto detto finora, tale contratto appare decisamente come il risultato finale di una serie di pratiche predatorie inscritte in relazioni locali strutturali di potere e dipendenza che fanno della *choto lok* rurale bangladese l'oggetto di sfruttamento e espropriazione perfetto per i signori che dominano le loro regioni.

5. Crediti in viaggio

Il contratto riprodotto alla fine del paragrafo precedente non è solo un accordo. Piuttosto è una mappa, ancorché molto lacunosa e (volutamente) imprecisa. A partire dalle sue coordinate, si diramano rotte di esperienza che traversano lo spazio, le distinzioni/relazioni tra sistemi giuridici, i paesaggi semantici e

39. Vogliamo qui ringraziare Amrita Chaudhury per la traduzione dal Bengali di questo contratto e di quello in Appendice I.

le categorizzazioni dell'agire umano che li ritmano, disegnando così l'effettiva cornice di senso dei diritti umani e della loro protezione. Un'analisi di questo contratto ci condurrà al cuore del problema giuridico-spaziale che può fornire le chiavi per comprendere il senso, le implicazioni semantiche ed etico-giuridiche della storia di Robel/Antonio – e di molte storie come la sua.

Prendiamo le mosse, dunque, dalla mappa siglata dal nostro Robel/Antonio e dal suo Skylock. Nel leggerla proveremo a immaginarci nei panni di una Porzia d'oggi.

Primo dato. Il contratto è caratterizzato da una simulazione di persona. Il vero destinatario del prestito non è il firmatario ma il fratello. Perché la simulazione? A questa domanda non può rispondersi sulla base del solo contratto, che è anzi costruito proprio in modo da nascondere il contesto, cioè quanto si verifica a contorno della piattaforma negoziale. Solo una previa conoscenza della cornice socio-culturale dell'accordo consente di comprendere l'esistenza di una simulazione di persona, le sue ragioni e le sue possibili, drammatiche implicazioni. In breve, chi ha sottoscritto fungeva da ostaggio e doveva rimanere a portata di mano dei creditori, dal momento che i soldi dati in prestito erano finalizzati a sovvenzionare un viaggio migratorio del fratello della persona contraente. Il reale destinatario del prestito sarebbe dunque stato lontano dal Bangladesh. Per assicurarsi il pagamento serviva un sostituto a portata di mano, in modo da esercitare pressioni psicologiche sul reale creditore e annullare la relativa immunità dalle ritorsioni assicuratagli dalla distanza geografica.

Secondo dato. Conseguente alla simulazione è anche la totale mancanza di indicazioni circa lo scopo del prestito. Il passaggio di proprietà del negozio e della casa costituisce, in altre parole, una sorta di contratto autonomo, anche se collegato a quello principale e sottoposto a condizione sospensiva. L'architettura degli obblighi cui si sottopone il fratello di Robel impegnando beni della sua intera famiglia corrisponde a una forma di garanzia reale (in Italia, come vedremo, sarebbe definita «patto commissorio»). Questa garanzia potrebbe essere ulteriormente qualificata – ancorché non in termini tecnici – come aggravata. Ed è tale perché il fratello di Robel, oltre ai beni propri e a quelli familiari, pone anche se stesso a garanzia del debito: dichiara di assoggettarsi a qualsiasi punizione. Inoltre, dal punto di vista patrimoniale, coinvolge anche le persone della propria rete familiare e le generazioni successive – non si capisce bene con quale fondamento giuridico, quantomeno in base alla stessa legislazione del Bangladesh – qualora lui premorisse alla restituzione del dovuto.

Terzo dato. Il «dovuto» si compone di un interesse assai alto, definibile come usurario e/o ingiustamente afflittivo a norma dell'*Usurious Loans Act* del 1918, *Section* 3, (integrato nel 1973) e del *Money-Lenders Act* del 1933, art. 3 del Bangladesh. L'interesse previsto è del 2% mensile, quindi del 24% annuo, rispetto a un prestito assistito da una garanzia reale. Il prestito è da considerarsi prestato a condizioni ingiuste o usurarie, secondo gli standard del Bangladesh, e ciò per due ragioni: a) le norme sopra citate stabiliscono che la rata di pagamento dei prestiti non possa essere pretesa a un intervallo inferiore a sei mesi; b) il tasso d'interessi eccede la misura del 15 %, che è il massimo previsto per i prestiti assistiti da garanzia.

Quarto dato. L'unica *chance* di restituire il prestito, al tasso d'interessi praticato, coincide con il successo economico del progetto migratorio che funge da elemento costitutivo, ancorché occulto, del contratto e della piattaforma negoziale. In parole più semplici, ciò significa che se non avesse conosciuto la destinazione migratoria dei suoi soldi, il creditore non li avrebbe mai prestati. Si tratta di un dato essenziale affinché possa intendersi l'effettivo significato del contratto. Senza la conoscenza di queste "parti mute" del testo, ci sarebbe persino da chiedersi perché sia stato concluso. Che senso avrebbe dare soldi a qualcuno che si sa in anticipo non essere in grado di restituirli alle condizioni che si chiedono? E, simmetricamente, che senso avrebbe chiedere un prestito con la consapevolezza di non poter onorarlo, mettendo così a repentaglio tutto il proprio patrimonio, la propria incolumità fisica e le possibilità di sopravvivenza della propria famiglia allargata?

Quinto dato. L'adempimento del debito, secondo il contratto, può essere riscosso dal creditore anche in anticipo, a seconda delle sue necessità, oppure anche uno o due mesi prima della scadenza. Alla luce di quanto considerato al punto precedente, questa clausola non appare del tutto chiara. Per un comune migrante in cerca di lavoro, la possibilità di restituire duecentocinquantamila rupie inizia a configurarsi solo dopo alcuni anni di residenza all'estero e a condizione che si sia potuto lavorare (legalmente) in modo continuativo. Qual è la scadenza cui si allude? Non certo la rata mensile; ma neanche una rata annuale, poiché non è menzionata. Il sospetto è che si tratti di una sorta di clausola di stile. Il suo significato è tuttavia da presumersi più ampio di quanto un'interpretazione strettamente letterale non lascerebbe intendere. Forse indica che il creditore si riserva di valutare *come procede* il progetto migratorio e, quindi, di regolarsi di conseguenza nei confronti di chi è rimasto in Bangladesh a garantire per il pagamento.

Sesto dato. Una lettura contestualizzata del contratto consente di realizzare che il credito ha solo in apparenza un solo debitore. Il rapporto debitorio s'instaura in effetti con una pluralità di persone, e cioè i costituenti la rete familiare del debitore nominale.

Questa rete affida le sue prospettive a una proiezione multi-territoriale ed extra-nazionale delle attività condotte dai suoi componenti. Ciò significa che lo spazio esistenziale e progettuale della famiglia, i suoi destini, non coincidono con il territorio dello Stato di residenza. Al contrario, quello spazio destinale appare distribuito attraverso una molteplicità di contesti territoriali posti a grande distanze sulla superficie del pianeta. Il contratto mappa e forgia questo interspazio, e lo fa proprio mediante la sua valenza simulatoria e le sue lacune. Quel che è dissimulato nel testo contrattuale corrisponde insomma a un "implicito" in grado di funzionare come un pantografo. Esso fa sì che i tracciati di realizzazione degli interessi personali e familiari modellino lo spazio geografico che ospita e condiziona l'effettività del contratto e, ancor prima, il suo significato e l'evento della sua conclusione. Detto diversamente: l'interspazio transnazionale e il senso della piattaforma negoziale sono coestensivi. La stipula di simili accordi, in vista e a cavallo di esperienze migratorie, rappresenta una conseguenza di modalità di auto-rappresentazione culturale e individuale intrinsecamente de-localizzate. L'Altrove è già presente in esse come potenziale spazio d'azione, come reale ambiente esistenziale. Su di esso si misurano sia la realizzazione personale e collettiva sia il processo di costruzione identitaria degli agenti che compongono molte famiglie e comunità bangladesi. Comprendere questo profilo psico-sociale è estremamente importante – come illustreremo – per cogliere la dimensione sistemica del debito migratorio in Bangladesh e, di riflesso, per la valutazione della sua incidenza sulle prerogative umanitarie di *migranti senza successo e, quindi, inadempienti*. Partire, in altre parole, è spesso una scelta obbligata; prendere a prestito dagli Skylocks locali un altro passaggio pressoché inaggirabile. Enormi pressioni psico-sociali sono all'opera e cementano situazioni di potere in grado di condizionare e neutralizzare il controllo istituzionale su simili pratiche.

Settimo dato. Il contratto è siglato nel nome di Allah. Eppure, il testo viola in modo quasi spettacolare il divieto islamico di *ribah*, cioè il divieto di prestare a interesse. Inoltre, le sue clausole costituiscono una negazione radicale del principio di equità nei rapporti intersoggettivi, vero e proprio pilastro del diritto contrattuale islamico. Ora, la violazione dei precetti religiosi potrebbe essere imputata anche agli effetti di fenomeni d'inculturazione di matrice occidentale e/o capitalistica. Questa ricostruzione entra in contraddizione, tuttavia, con l'invocazione di Allah. Certo, potrebbe trattarsi solo di un elemento stilistico. Ciò nondimeno, il divieto di *ribah* è ben presente a qualsiasi islamico. È vero, comunque, che le banche del Bangladesh praticano ordinariamente il prestito a interesse, benché il Paese sia a maggioranza islamica. Persino la Grameen Bank, fondata e promossa da Mohammad Yusuf, praticava il micro-credito a tassi del 20% annuale, con frequenze di riscossione settimanale. La risposta del premio Nobel, di fronte alle obiezioni e alle critiche provenienti dal mondo islamico, si iscriveva nella logica di un'interpretazione sistematico-evolutiva del testo Coranico. Yusuf sosteneva che il rispetto dei precetti religiosi dovesse combinarsi con i bisogni delle persone. Del resto, l'unico modo per dar vita a istituti in grado di arginare l'usura consisteva nell'utilizzo del microcredito a un interesse ragionevole – questa la tesi di Yusuf. Il divieto Coranico avrebbe dunque dovuto essere considerato derogabile, quantomeno tenuto conto della situazione specifica del Bangladesh e, specificamente, delle sue realtà rurali. Tutto ciò senza nulla togliere alla fede in Allah e al rispetto del Corano.

Niente di strano, dunque, che nel contratto qui considerato i contraenti non si facessero scrupolo di invocare Allah come garante di un prestito praticato al tasso del 24% annuo. Del resto – ma si tratta di un dato culturalmente meno indicativo, considerata la data di emanazione delle normative e la forte influenza dei modelli occidentali sulla legislazione di quegli anni – gli stessi *Usurious Loans Act* del 1918 e il *Money-Lenders* Act del 1933 del Bangladesh, tuttora vigenti, prevedono la possibilità di prestare a interesse. Comunque sia, si tratta di un dato da tenere in considerazione anche al fine di evitare false stereotipizzazioni. Nonostante la popolazione del Bangladesh sia per il 90% musulmana, le norme deducibili dalla Rivelazione Coranica non costituiscono la legge dello Stato e tantomeno l'effettiva ortoprassi seguita dalle persone. Non basta dunque muoversi secondo l'equivalenza Paese Musulmano/Normatività (etica e legale) Sharaitica per comprendere quel che vi accade. La conoscenza effettiva del contesto di esperienza è indispensabile. Deduzioni elaborate da dietro una scrivania, limitandosi a leggere testi, libri e notizie sul web, non sono sufficienti a schiudere alla vista di un osservatore esterno lo scenario socio-esistenziale dei Bengalesi, come di qualsiasi altra popolazione. Come si vedrà, questa considerazione dovrà essere ripresa in modo analogo con riferimento ad altri profili dell'intera vicenda di Robel.

Il quadro tracciato sin qui lascia intendere che il credito dello Skylock bangladese è un *credito in viaggio*, pensato e prestato, cioè, in stretta connessione alle possibilità e alle potenzialità economiche connesse all'esperienza migratoria del debitore. Questa connotazione è particolarmente interessante poiché evidenzia il carattere trans-territoriale e quindi trans-culturale dei tracciati d'esperienza inclusi implicitamente nella piattaforma negoziale. Creditore e debitore immaginano attività consumate altrove, lon-

tano dal Bangladesh, come parte integrante del loro accordo – ancorché non lo dicano espressamente. Naturalmente, questo proiettarsi *oltre* la prossimità spaziale, intesa in senso fisico, non è privo di conseguenze. Il significato dell'operazione economica non potrebbe essere colto indipendentemente da questo "guardare oltre".

Stranamente – ma non tanto – l'Altrove e le sue imprevedibilità sono presenti anche nella vicenda dell'Antonio shakespeariano. In quel caso, erano navi commerciali che disegnavano la rotta personale verso l'Altrove al fine di riportare a Venezia un'incrementata disponibilità economica a beneficio di chi accettava il rischio di investire nei traffici marittimi. Il loro naufragio annunciato – ma smentito alla fine del dramma, in ossequio alla logica del lieto fine – lascia Antonio in balìa di Shylock. Anche nel caso di Robel/Antonio il fallimento dell'intrapresa verso l'Altrove produce un effetto analogo ma con il pericolo – tutt'altro che *remoto* – che non vi sia alcuno spazio per il lieto fine.

Cosa significa, in concreto, che creditore e debitore modellano il senso del loro accordo su quel che avverrà altrove? Significa che in quell'accordo l'autorappresentazione dei soggetti e la loro relazione intersoggettiva hanno come implicazioni, e quindi come connotazioni di senso, elementi geograficamente e culturalmente distanti. Robel migra inizialmente verso la Libia. Nonostante sia sottoposto a prassi lavorative al limite della schiavizzazione, da lì riesce comunque a inviare a casa somme di danaro congrue rispetto all'esigenza di saldare il debito contratto. La Storia – non la sua personale – si è poi messa di mezzo ai suoi piani. Nella Libia liberata dalla dittatura di Gheddafi non c'erano e non ci sono più le condizioni per lavorare, né per vivere. In questa situazione, si schiudevano allora due possibilità:

a) Tornare a casa, e consegnare se stesso e la famiglia nelle mani dello Shylock bengalese.
b) Provare a proseguire il viaggio, con un ulteriore investimento, nella speranza di approdare in Italia e, di là, muoversi nello spazio europeo per trovare lavoro. In questo modo, il debito avrebbe forse potuto essere adempiuto. Così, anche un rientro in Bangladesh dalle conseguenze meno catastrofiche avrebbe potuto quantomeno essere immaginato.

Come si è detto, Robel sceglie – si fa per dire – l'alternativa b). A questo punto, però, l'Altrove si riconnota. I suoi elementi costitutivi, per alcuni versi *i traghetti del credito in viaggio*, si modificano profondamente. Gli elementi informativi iniziali avevano fornito a Robel e al suo Shylock uno spazio prognostico calibrato sulla Libia e sulle modalità di ingresso e permanenza in quel territorio consentite (concretamente) dal governo libico. Tutto il progetto esistenziale di Robel dipendeva da questa variabile remota e indipendente. Al suo mutare, il quadro migratorio è saltato, la situazione è precipitata e ha finito per modificare anche il significato dell'opzione iniziale.

Lo spazio prognostico, il progetto, doveva essere sottoposto ad alcuni riaggiustamenti. In primo luogo, c'era da affrontare il rischio fisico della traversata del canale di Sicilia. Scampato al pericolo di annegamento, Robel ha poi dovuto fare i conti con le possibilità di rimanere sul territorio italiano ed europeo. Le normative sull'immigrazione e sul soggiorno entrano improvvisamente, come una sopravvenienza geografico-semantica, a far parte del senso di quel che era stato progettato in Bangladesh. La mappa contenuta nel contratto di prestito va quindi ulteriormente integrata, ridisegnata.

È importante osservare, a questo punto, che la necessità di ri-cartografare la prognosi migratoria, e quindi le possibilità di adempiere il debito, si commuta inevitabilmente in un rimodellamento categoriale. Il significato e le implicazioni pratiche, esperienziali, di quel che abita il nuovo spazio geografico incluso nel progetto migratorio si trasformano in connotazioni di senso dello spettro semantico del contratto. E vale la reciproca. Lo slargamento della mappa migratoria è una conseguenza, un'implicazione del contratto stesso, delle sue condizioni, nella necessità di adempiere il debito nei tempi previsti per salvaguardare le prospettive esistenziali e la stessa incolumità di Robel e della sua famiglia. In proposito, basti considerare questo: chi avrebbe affrontato il rischio di affogare nel canale di Sicilia e tutte le incertezze connesse all'ingresso sul territorio europeo se fosse potuto rientrare in Bangladesh in sicurezza e, comunque, senza esporre la propria rete familiare a una vera e propria catastrofe esistenziale?

Asserire che il credito generato dalla conclusione del contratto è un *credito in viaggio* sta a indicare il carattere dinamico del suo spettro semantico e pragmatico. Questo dinamismo genera una sorta di *continuum* semantico/spaziale di tipo mobile, *in fieri*. Ciò che è Altrove e ciò che è Prossimo, unitamente alle loro rimodulazioni connesse all'incedere imprevedibile dell'esperienza, si ritrovano unificate – come si accennava sopra – all'interno di una cornice semiotica dove spazio e connotazioni di senso finiscono per confluire in una dimensione marcata dalla loro coestensività. Ciò accade perché ogni categorizzazione e scansione dello spazio dipende, nelle rappresentazioni e nell'esperienza umane, da quel che si svolge in esso, dagli eventi, dai fatti, dagli oggetti che lo popolano. Tutti insieme disegnano un perimetro semiotico denso di connotazioni e di possibili implicazioni con altri perimetri esperienziali e segnici, con altri spazi vissuti. Quel che accade, che colma un determinato

spazio, include tutto ciò che è connotativamente connesso con o implicabile da quel che si trova al suo interno. Questo nesso implicativo può rendere i confini mobili, rimodulabili, a seconda dei ponti connotativi, delle implicazioni inevitabili o necessarie per decodificare il significato, quindi anche le conseguenze e i presupposti, di ciò che è interno a ciascun perimetro spaziale. In altre parole, ogni spazio si candida a diventare, a esser parte di un inter-spazio, ad aprirsi e fondersi con altri spazi, in ragione delle proiezioni semiotiche di quel che è posto al suo interno[40].

La conclusione del contratto di prestito tra (il fratello di) Robel e lo Shylock bangladese apre le porte alla configurazione di uno circuito di esperienza che unifica Bangladesh, Libia e Italia (oltre allo spazio politico-culturale-geografico che include tutte le determinanti di quel che accade nei tre paesi: in questo caso può parlarsi di implicazioni indirette o remote ma non per questo meno rilevanti o incisive). È questo lo spazio reale vissuto sia da Robel sia dalla sua controparte contrattuale, di là dalle scansioni geografiche alle quali siamo abituati.

L'unificarsi degli spazi, intesi come circuiti semiotici, produce però una simultanea riconfigurazione di altri confini, quelli categoriali. Non appena si delinea la continuità esperienziale tra spazi geograficamente distanti, si determina simultaneamente un mutamento del contesto complessivo di senso. Ciò fa sì che le implicazioni di ogni categorizzazione praticata nei diversi spazi, ed elaborata in base alle condizioni esistenti all'interno del loro perimetro, entrino in contatto con altri paesaggi semiotici, con altre possibilità implicative. Questa dinamica produce un effetto *feedback* che agirà sui presupposti costruttivi, sugli assi di coerenza e sui profili teleologici-assiologici che stanno alla base di ogni categorizzazione, a ogni scansione di senso. I confini tra ciò che è esterno e ciò che è interno a ogni categoria si altereranno inevitabilmente. Ciò avverrà perché ogni categoria e gli oggetti, i fatti, gli eventi, ai quali essa si riferisce, saranno attratti nel circuito di nuove relazioni segniche, di nuove reti implicative, che ne rimoduleranno inevitabilmente il contesto di significazione e, quindi, il significato. In parole più semplici, ciò vuol dire che il medesimo gesto, la medesima parola, lo stesso oggetto, avranno conseguenze differenti, inedite. Muterà, appunto, il loro significato. La catena di implicazioni/conseguenze, di continuità connotative e categoriali – capaci di far diventare prossimo, incluso, ciò che prima era remoto ed escluso dalla cornice categoriale – potranno a loro volta disegnare nuovi tracciati spaziali. Del resto, ogni categoria contiene istruzioni per l'uso del mondo e quest'uso si propaga nel mondo attraverso il dispiegarsi della pratica orientata da quelle istruzioni. Accade così che le implicazioni categoriali attraggano e coinvolgano elementi o connotazioni inclusi in spazi considerati fisicamente remoti. Di conseguenza, questi spazi, unitamente alle scansioni categoriali che li popolano e li scandiscono, si riveleranno semioticamente e semanticamente prossimi, continui, rispetto a quelli originariamente inclusi nel contesto di proiezione pratica delle categorie originariamente considerate.

La dinamica reciprocamente trasformativa delle relazioni tra spazio e spettri semantico-categoriali è potenzialmente illimitata, perennemente aperta. Saranno ragioni di economia rappresentativa e pragmatica, supportate da opzioni di valore o teleologiche, a determinare interlocutoriamente dove *può* fermarsi o assestarsi la cornice spaziale-categoriale, cioè i confini dello sguardo cognitivo di chi è chiamato a vivere, comprendere o giudicare una determinata catena esperienziale[41].

Il contratto di Robel è insomma una mappa suscettibile di integrazioni. Esso è, al tempo stesso, la premessa e l'icona riassuntiva di tutto quel che è accaduto, accade e potrà ancora accadere.

---

40. La modulazione degli spazi fisici, della loro prossimità o distanza, in ragione dei criteri adottati per la categorizzazione dell'esperienza è un dato acquisito dalla contemporanea geografia critica: cfr. G. Olsson, F. Farinelli, J. Pickles. Tuttavia, argomentazioni simili, ben prima delle elaborazioni d'ispirazione fenomenologica di M. Heidegger (1969; 1996) e post-moderne-decostruzioniste di J. Derrida (1993) entrambe qui peraltro non condivise nei loro esiti, si ritrovano da sempre nell'esperienza umana. A questo proposito, può riprendersi quanto P. Zumthor (1995, p. 142; or. 1993) osservava a proposito della *Historia ecclesiastica* di Odorico Vitale, scritta tra l'XI e il XII sec.: «L'altrove lontano si definisce attraverso i luoghi che esso contiene; ciascuno di questi, in occasione di un viaggio, di un soggiorno, comincia talvolta ad assumere i caratteri familiari di ciò che è vicino, se non addirittura del qui. Ma la distanza è percepita qualitativamente, come estraneità, piuttosto che quantitativamente, come continuità spaziale. Tutto si misura in termini di appartenenza, cioè di memoria collettiva e di interessi condivisi; si misura in rapporto alle immagini di identificazione che la comunità si forma così, e che ha inscritto nei suoi riti, nei suoi costumi e nello spazio in cui vive; si misura, infine, coi racconti nei quali si sviluppa questa memoria – che non è archivio inerte ma attività pubblica vigile, insieme preservatrice e profetica. [...] L'appartenenza è senza ritorno. Essa implica un elemento quasi religioso: legittima l'esistenza, proprio qui. Il bene dell'individuo non è concepibile che in accordo con il desiderio del gruppo. Ne conseguono, con vicini prossimi, che siano membri di comunità differenti, relazioni ambigue, fondate su giudizi mordaci e raramente favorevoli». Considerazioni simili, seppure prospettate con piglio teorico-filosofico, piuttosto che storiografico, possono rintracciarsi, in modo nitido, ad esempio in T. Carlyle (2008, pp. 318 ss.; 321 ss., or. 1831-33).

41. Sulla connessione dinamica e circolare tra contesti, fini e significati, e sulle sue implicazioni riguardo le relazioni interculturali, rinviamo a M. Ricca (2008).

6. Fughe di spazi e corologia giuridica

Quando le coordinate dell'esperienza si modificano, accade spesso che quanto si credeva remoto, distante da noi, si faccia improvvisamente prossimo, e viceversa. La rimodulazione del contesto di senso, dello sfondo sul quale galleggiano le nostre categorie, fa improvvisamente evaporare le scansioni tra idee, spazi, esperienze, soggetti, oggetti, e così via. A rendersi visibile, anche se solo per limitati intervalli di tempo, è una sorta di magma connotativo che rende i confini tra cose, categorie, spazi, tempi, valori e fini, improvvisamente promiscui, confusi e mobili. È il momento in cui siamo chiamati a esercitare al massimo grado la nostra capacità creativa. Siamo così sollecitati non solo a ridisegnare la mappa della realtà ma persino a concepire e a modellare – almeno in parte – la realtà della quale poter disegnare una mappa. L'attività rappresentativa si accoppierà a quella generativa dell'esperienza del reale: cartografare sarà simultaneamente un fare, e viceversa. Ciò accade perché la nostra azione includerà sempre, più o meno implicitamente, ipotesi o prognosi: quindi rappresentazioni pro-attive e abbozzi cartografici dell'esperienza e delle sue implicazioni di senso[42].

Il magma connotativo prima indicato consiste nel *continuum* spaziale-semantico definibile – riprendendo un'espressione platonica – come *chóra*. Nel *Timeo*, Platone intende questa dimensione come quella che ospita la dialettica tra idee e materia, una dimensione che preesiste alla nascita di ogni differenza o distinzione, quindi anche al tempo. Essa è posta all'inizio, in un principio che è prima del principio del cosmo e della sua creazione demiurgica. In qualche modo, il *chóra* è esistenzialmente presupposto alle stesse idee, che pure sono da considerarsi eterne. È la dimensione che ospita, nella quale avviene, acquista possibilità, la relazione tra mondo delle idee e mondo materiale, una relazione indispensabile a entrambi – come asserisce Platone nel Timeo[43]. In alcuni frangenti – come, ad esempio, nei sogni – o in situazioni in cui i confini categoriali e spaziali sembrano evaporare (proprio come nella trasformazione dell'acqua in vapore acqueo o, potrebbe dirsi oggi, di una particella in un'onda elettromagnetica) il *chóra* riemerge, diviene visibile. Le distinzioni tra oggetti, fenomeni, entità e tra i confini e le dislocazioni del loro manifestarsi si confondono, divengono nebulose e opalescenti. Le connotazioni categoriali si presentano allora *ubique*, come se fossero trascinate da un impetuoso flusso metaforico che tutto attraversa e trasfigura. A noi, esseri umani, il compito, la sfida di ricomporre creativamente questo magma connotativo, rendendo nuovamente invisibile la dimensione corologica in attesa di sue nuove epifanie, di nuovi appelli alla nostra creatività.

Benché il richiamo alla corologia possa apparire eminentemente speculativo, esso è invece reso pragmaticamente necessario proprio per riuscire a concepire e intendere le coordinate dell'esperienza spaziale ed esistenziale vissuta da Robel. Il territorio che ospita il suo agire è un interspazio dove Bangladesh, Libia e Italia sono unificati, resi comunicanti e semanticamente co-implicati. Il senso di quel che Robel chiede con la sua istanza di asilo presentata in Italia giace (anche) altrove. Senza una lettura in chiave corologica della sua richiesta e dei presupposti per la sua accoglienza o per il suo respingimento, quindi senza inquadrare il *continuum* semantico-spaziale che restituisce il senso unificato della sua esperienza, l'applicazione delle normative in materia di asilo rischia di fondarsi su un'inesatta rappresentazione dei "fatti". Sennonché una falsa interpretazione degli elementi di fatto può produrre un'eterogenesi dei fini normativi, e cioè effetti ingiusti e incoerenti rispetto ai presupposti di legittimazione e alle finalità della stessa normativa applicata.

L'importanza di un approccio corologico può essere illustrata, tuttavia, anche seguendo una pista non direttamente connessa alle suggestioni platoniche. In effetti, il termine «corologia» è utilizzato nell'ambito delle scienze geografiche. Ha un'origine risalente e il suo uso è stato soppiantato, in ambito accademico, dalla parola «geografia» con l'intento di sostituire a uno studio del territorio locale l'analisi generale dello spazio terrestre. Ciò nondimeno, l'espressione «corologia» ha mantenuto una sua connotazione specifica. Essa è oggi utilizzata per indicare il settore d'indagini che si occupa della distribuzione geografica delle piante o degli organismi[44]. Rimane in questa accezione un tratto caratteristico – presente anche nella corologia storica: l'idea che lo studio del territorio ricomprenda ciò che lo popola, vale a dire una identificazione tra la rappresentazione del territorio

42. Cfr. B. Anderson, P. Harrison (2010).

43. Su questa mutua, indispensabile implicazione, e sulle sue enormi conseguenze sul piano dell'ontologia, quantomeno rispetto i percorsi battuti attraverso i secoli dal pensiero filosofico occidentale proprio a partire da Platone e dalla sua teoria delle idee, cfr. J. Sallis (1997).

44. Una definizione paradigmatica del termine «*chorology*» che si ritrova in ambito anglosassone è la seguente: 1. *The study of causal relation between geographical phenomena occurring within a particular region; 2. The study of spatial distribution of organisms* (Collins Dictionary).

e ciò che vi accade, la vita che vi si svolge[45]. In particolare, vi sono due criteri di articolazione dell'analisi corologica applicata alla flora che si adattano in modo particolarmente efficace, se traslati metaforicamente, ai profili giuridico-antropologici qui analizzati. Il primo criterio classificativo è il *corotipo*: esso coincide con il tipo di distribuzione *areale* delle diverse piante o famiglie di piante. Colpisce la circostanza che tra i molteplici corotipi si annoveri anche quello *cosmopolita,* quello *panboreale* o, ancora, *bipolare* (che indica specie distribuite in luoghi molto distanti del globo), *endemico* ecc. Il secondo criterio classificativo coincide con lo *spettro corologico*: esso indica la percentuale dei diversi corotipi presenti in una porzione di territorio.

L'analisi corologica, alla luce dei criteri classificativi che utilizza, mostra dunque di occuparsi di territori specifici ma con riguardo alle proiezioni multi-spaziali di ciascun corotipo. Così, ad esempio, il significato della presenza di una determinata specie floreale all'interno di un'area territoriale specifica sarà ricostruito tenendo conto della sua distribuzione in altre aree del globo, dei rispettivi percorsi di sviluppo, dei tragitti migratori percorsi, delle modalità di adattamento ai diversi ambienti, della capacità di convivere con altre fitospecie, e così via. A uno sguardo corologico, insomma, ogni luogo appare considerato sia nella sua dimensione locale sia in quella (potenzialmente) planetaria. Ciò dipende, appunto, dalla circostanza che esso è osservato, analizzato e rappresentato in ragione di ciò che lo abita e delle connessioni interspaziali e inter-temporali di queste presenze e degli elementi biologici che le sostanziano[46].

Un'analisi corologica delle vicende di Robel e del Bangladesh (inteso come spazio d'esperienza) lascia intendere, precisamente, come l'areale soggiacente al contratto di prestito includa, dal punto di vista semiotico, anche la Libia e l'Italia. La stessa analisi va adesso trasposta focalizzandola sul punto di arrivo dell'arco migratorio del debitore. Robel è giunto in Italia e qui presenta domanda di asilo. Lo spazio semiotico, politico e giuridico italiano entra così in contatto con un soggetto proveniente dal Bangladesh e poi dalla Libia. Al fine di giudicare la posizione di questo soggetto diviene quindi rilevante qualcosa che è avvenuto e continua ad avvenire prima in Bangladesh e, poi, in Libia. Le norme italiane in materia di asilo, unitamente a tutti i loro rimandi sistemici (costituzionali, legislativi, sovranazionali – ad es. diritto comunitario – e internazionali – ad es. Dichiarazione universale dei Diritti umani), dovranno essere lette e applicate in relazione a un fatto che diverrà compiutamente comprensibile soltanto se colto all'interno della sua rete di relazioni inter-spaziali e inter-culturali. Questa inclusione può produrre una rimodulazione delle potenzialità semantiche della normativa italiana e, al tempo stesso, la sua ultra-operatività geografica. Ciò vuol dire che se lo spazio d'esperienza bangladese si traduce, viaggiando sulle spalle di Robel, all'interno di quello italiano, a sua volta quello italiano, come in una successione fugata, può generare un contro-effetto su quello bangladese (e persino su quello libico).

45. Per una disamina dell'evoluzione del termine «corologia» nella teoria geografica, cfr. R.D. Dikshit (2006), R. Moreira (2014). In particolare, si esaminano in questi testi le relazioni tra la corologia di Ritter, di von Richtofen e quella di Hettner (*Die Geographie Ihre Geschichte, Ihr Wesen und Ihre Methoden*, 1927), cui si deve questa declinazione del termine: «L'obiettivo del punto di vista corologico consiste nella conoscenza delle caratteristiche delle regioni e dei luoghi mediante la comprensione della coesistenza e delle interrelazioni tra differenti domini della realtà e tra le loro molteplici manifestazioni, unitamente alla concezione della superficie terrestre come un tutt'uno colto nel suo effettivo articolarsi in continenti, regioni più o meno ampie e luoghi». Per ulteriori declinazioni dell'approccio corologico, cfr. anche R. Hartshorne (1939).

46. Adottare una prospettiva corologica significa dismettere la logica gerarchica che soggiace alle scansioni spaziali e categoriali. In effetti, la configurazione di uno spettro categoriale, così come quella di un circuito spaziale, produce una sorta di preferenza, di primazia, che induce a prendere in considerazione soltanto quel che è interno alla categoria o a un determinato spazio. Pure quando quel che rimane fuori dai confini categoriali o spaziali presenta elementi di continuità, di analogia, di coestensività, con quanto è posto dentro, esso non è preso in considerazione. Lo sguardo corologico punta a disattivare e neutralizzare questa gerarchia (fondata su valori, scelte culturali, perimetrazioni di contesti) al fine di porre fenomeni, eventi, elementi connotativi su un piano di orizzontalità, di aperta comunicazione. In questo modo la contiguità spaziale potrà mostrare nessi implicativi negati dalle gerarchizzazioni categoriali. Per converso, l'analogia tra le connotazioni di differenti categorie, le implicazioni logiche e pragmatiche tra distinti spettri categoriali, l'utilizzo a fini metaforici di simili continuità connotative, potrà disegnare, lasciar manifestare, spazi unificati o unificabili di esperienza, vanificando le separazione e le gerarchizzazioni precedenti. Ciò non vuol dire che all'orizzonte non si staglierà la creazione e la stabilizzazione di nuove categorie. Semplicemente schiude la possibilità di sospendere e riformare le scansioni preesistenti e le loro gerarchie di senso, spesso scaturigine di veri e propri stati di negazione di fronte alle pressioni e alle sfide provenienti dall'esperienza. La "vacanza", l'escursione nell'orizzontalità, che è poi l'altra faccia dell'interlocutorietà dell'emersione di una dimensione corologica, serve a garantire che la creatività si mantenga, nella coscienza degli esseri umani, come la matrice di ciò a cui, una volta creato, si vorrebbe attribuire valenza essenziale, ontologica, oggettiva e, soprattutto, una sorta di immunità alla critica e alla revisione. Giusto per fare un esempio, si applichi la possibilità di esercitare uno sguardo corologicamente orizzontale alle scansioni della geografia politica, fatte di nette distinzioni territoriali-nazionali. Scansioni inventate – spesso senza troppa lungimiranza e con nessuna equità – dagli esseri umani e poi trattate, cosificate, come entità immodificabili, presupposti sottratti a qualsiasi valutazione e revisione culturale. Sulla relazione tra gerarchia semantico-spaziale e orizzontalità dello sguardo corologico, rinviamo, per ulteriori esplicitazioni, a Ricca (2015).

Una valutazione delle *chances* di ottenere l'asilo da parte di Robel, condotta sulla base delle normative vigenti in Italia, gioverà a dare consistenza pragmatica all'effetto di *connessione fugata tra gli spazi esistenziali* appena osservato.

Verosimilmente, le possibilità per Robel di ottenere asilo politico internazionale sono pressoché inesistenti. Un indirizzo costante a livello sia governativo sia giurisprudenziale esige che per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato sia necessario dimostrare che si è oggetto di persecuzioni per ragioni attinenti alla razza, alla religione, alla nazionalità, alle opinioni politiche o all'orientamento sessuale. Senza scendere nei particolari, è sufficiente verificare la conclusione negativa ora prospettata sull'elenco dei testi che riguardano la protezione internazionale e i rispettivi requisiti[47].

Discorso differente potrebbe essere svolto per la protezione cd. sussidiaria. Nel caso in cui non sia riconosciuto lo *status* di rifugiato per mancanza dei requisiti non è comunque possibile espellere dal territorio dello Stato il cittadino di un Paese terzo o apolide nei cui confronti sussistano fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine (o nel Paese di domicilio se apolide), correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno[48]. La nozione di «danno grave» è esplicitata attraverso le seguenti ipotesi: a) condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; b) tortura o altra forma di pena o trattamento inumano e degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine (o di dimora abituale); c) minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato interno ed internazionale[49]. In questi casi, si farà luogo alla protezione sussidiaria qualora non sia possibile accertare la condizione di persecuzione individuale secondo gli standard richiesti per il riconoscimento della condizione di rifugiato.

Nel vicenda di Robel, la strada – forse – percorribile ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria sembrerebbe transitare attraverso l'ipotesi b), appena riportata. Quanto stabilito dalle norme italiane in materia di protezione sussidiaria corrisponde, sostanzialmente, al dettato dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, a sua volta analoga all'art. 5 della Dichiarazione universale sui diritti umani. Inoltre, l'art. 3 cit. deve essere interpretato alla luce della Convenzione Onu contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10.12.1984 e recepita in Italia con la l. n. 498/1988. Questo plesso normativo va inteso, con specifico riguardo ai trattamenti inumani o degradanti, nel senso che è indirizzato a «impedire lesioni particolarmente gravi della dignità umana. Di conseguenza, una misura che scredita una persona nel suo ceto sociale, nella sua situazione o nella sua reputazione, può essere considerata trattamento degradante», a patto che raggiunga una determinata soglia di gravità. Questo indirizzo ermeneutico, espresso tempo addietro dalla Commissione europea, nel caso *Asiatici dell'Africa Orientale c. Regno Unito* (parere 1.12.1973), è stato sostanzialmente ripreso anche dalla Corte europea dei diritti umani. La Corte ha distinto specificamente le diverse ipotesi riconducibili alle norme adesso citate, stabilendo tra l'altro che deve ritenersi degradante ogni trattamento che «umilia o sminuisce un individuo, rivelando una mancanza di rispetto per la sua dignità, ovvero ledendo quest'ultima, generando sentimenti di paura, angoscia o inferiorità»[50].

A tutto ciò deve aggiungersi che l'art. 6 della direttiva cd. «qualifiche», recepito nell'art. 5 del d.lgs n. 251/2007, ha stabilito in merito al responsabile dell'azione persecutoria o degradante che il suo ruolo possa essere incarnato: a) dallo Stato; b) da partiti o organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio; c) da soggetti non statuali, se i responsabili di cui alle lettere a) e b) comprese le organizzazioni internazionali non possono o non vogliono fornire protezione ai sensi dell'art. 6, comma 2, contro persecuzioni o danni gravi. La lettera c) va interpretata nel senso che lo Stato o altra organizzazione siano conniventi con il soggetto che infligge il trattamento degradante oppure che non posseggano le strutture o l'effettiva capacità di arginare l'inflizione di quel trattamento.

Una lettura del contratto di prestito in esame sembrerebbe far rientrare il caso di Robel/Antonio nell'ipotesi di pericolo per trattamento degradante perpetrato da persone private, in assenza dell'effet-

47. In proposito si confronti: Convenzione di Ginevra del 1951 sullo Statuto dei rifugiati, spec. artt. 1 e 2; Art. 10, comma 3, Costituzione, sull'asilo; Direttiva europea 2004/83/CE ("direttiva qualifiche") sulla qualifica di rifugiato e di persona bisognosa di protezione internazionale; Direttiva europea 2005/85/CE ("direttiva procedure") sulle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale; d.lgs n. 251/2007 di attuazione della "direttiva qualifiche"; d.lgs n. 25/2008 di attuazione della "direttiva procedure".

48. Così stabilisce l'art. 2, lett. g, d.lgs n. 251/2007, che recepisce la citata "direttiva qualifiche", art. 2 lett. e.

49. Secondo quanto stabilito dall'art. 14 d.lgs n. 251/2007, che recepisce l'art. 15 della direttiva 2004/83/CE.

50. Cfr. Cedu, Pretty c. Regno Unito, sent. 29 aprile 2002, nonché Hummatov c. Azerbaijan, sent. 29 novembre 2007; e Corte eur., Kudla c. Polonia, sent. 26 ottobre 2000, e Georgiev c. Bulgaria, sent. 26 luglio 2007, 53).

tiva capacità dello Stato di arginare il fenomeno. In effetti, nell'accordo si prevede che in caso d'inadempimento il debitore debba accettare qualsiasi punizione, oltre al trasferimento di casa e negozio a saldo del proprio debito. La portata di queste affermazioni non appare determinabile con precisione. Certo, non può negarsi che l'inciso su «qualsiasi punizione» suoni alquanto sinistro. Tra l'altro, le conseguenze dell'inadempimento acquistano le fattezze di una vera e propria nemesi intergenerazionale, poiché – non si sa bene secondo quali *standard* etico-normativi – il debitore si impegna anche per i familiari ad escludere qualsiasi loro pretesa futura in ordine ai mezzi di soddisfazione del proprio credito che il creditore avrà deciso porre in campo.

È difficile negare che i rischi per l'incolumità fisica e la riduzione di un intero gruppo familiare in condizioni di sub-sopravvivenza possano essere considerate come una prospettiva non-degradante e non implichino un danno grave nel caso di rientro in patria – almeno secondo l'interpretazione che di questo *standard* ha fornito sia la Commissione europea sia la Corte europea dei diritti umani.

Ulteriore rilievo, a tal fine, riveste l'art. 3 del d.lgs 251/2007. In ragione delle osservazioni che si proporranno dappresso, converrà riportarne il testo integralmente:

Art. 3.
Esame dei fatti e delle circostanze

1. Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda. L'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda.

2. Gli elementi di cui al comma 1 che il richiedente è tenuto a produrre comprendono le dichiarazioni e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale.

3. L'esame della domanda di protezione internazionale è effettuato su base individuale e prevede la valutazione:

a) di tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, comprese, ove possibile, le disposizioni legislative e regolamentari del Paese d'origine e relative modalità di applicazione;

b) della dichiarazione e della documentazione pertinenti presentate dal richiedente, che deve anche rendere noto se ha già subito o rischia di subire persecuzioni o danni gravi;

c) della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare la condizione sociale, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave;

d) dell'eventualità che le attività svolte dal richiedente, dopo aver lasciato il Paese d'origine, abbiano mirato, esclusivamente o principalmente, a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, al fine di stabilire se dette attività espongano il richiedente a persecuzione o danno grave in caso di rientro nel Paese;

e) dell'eventualità che, in considerazione della documentazione prodotta o raccolta o delle dichiarazioni rese o, comunque, sulla base di altre circostanze, si possa presumere che il richiedente potrebbe far ricorso alla protezione di un altro Paese, di cui potrebbe dichiararsi cittadino.

4. Il fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, salvo che si individuino elementi o motivi per ritenere che le persecuzioni o i danni gravi non si ripeteranno e purché non sussistono gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine.

5. Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che:

a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda;

b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;

c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e spe-

cifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone;

d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla;

e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile.

Dalla disposizione adesso riportata emerge analiticamente e con chiarezza che l'esame della domanda va svolto dalla Commissione competente alla valutazione della richiesta di protezione sussidiaria e, in caso di rigetto e di impugnazione in sede giurisdizionale, dal giudice attraverso indagini che includono l'attivazione d'ufficio di tutte le competenze necessarie a conoscere la situazione del richiedente nel suo Paese d'origine. Tra queste condizioni, oggetto d'indagine d'ufficio, sono annoverate quelle sociali, familiari, personali e, non ultime, quelle politiche – come precisato dalla Cassazione[51]. Queste indicazioni alludono a un dovere di collaborazione da parte delle autorità italiane al fine di agevolare la dimostrazione, da parte del richiedente, della sussistenza dei presupposti per ottenere la protezione sussidiaria. In qualche modo, è un po' come se l'arrivo dello straniero producesse un'inclusione delle condizioni socio-politiche ed esistenziali del Paese d'origine – in questo caso il Bangladesh – all'interno del territorio e della sfera di competenza dell'ordinamento italiano. In altre parole, nello spettro della normativa statale, nello specchio del diritto italiano, luoghi distanti divengono prossimi, unificati in un'unica fattispecie costituita, appunto, da un inter-spazio d'esperienza.

La prossimità semiotico-normativa ingenerata dalle previsioni sulla protezione sussidiaria e dalle esigenze conoscitive connesse a una sua appropriata applicazione non unificano, tuttavia, solo spazi fisici. La coordinazione e l'interpenetrazione si verificano, inevitabilmente, anche sul piano semantico e culturale. Applicare gli schemi culturali italiani ed europei, soggiacenti a parole-icone come «danno grave» o «trattamenti degradanti», a situazioni generate e vissute all'interno dell'ambito sociale e comunicativo bangladese esige un'opera di traduzione interculturale da condurre tramite il supporto di indagini antropologiche. Non basta, ovviamente, fare un paio di *click* sul web per verificare le previsioni normative e lo stato dei luoghi. Comprendere come le norme di quel paese sono interpretate, quali sono i loro standard di effettività, se vi siano condizioni sociali locali che impediscono la possibilità di rivolgersi alle istituzioni di operare efficacemente per assicurare gli standard di giustizia formalmente previsti dall'ordinamento, se il soggetto sia concretamente nelle condizioni di rivolgersi ad autorità giurisdizionali ecc.: tutto questo esige una conoscenza acquisita sul campo, a contatto con le persone e, quindi, la capacità di tradurre categorie culturali diverse e di includere gli esiti di queste operazioni di traduzione all'interno dello spettro semantico delle disposizioni normative in materia di protezione sussidiaria. Ma non basta. A essere chiamate in causa saranno non solo le disposizioni specificamente contenute nei plessi legislativi o regolamentari concernenti la fattispecie della richiesta d'asilo. Definire cosa sia degradante o un grave danno implica inevitabilmente un'idea di soggettività. Tuttavia, questa è a sua volta connotata nei suoi contenuti non solo da fattori etico-culturali ma anche dall'intero complesso delle norme di ogni sistema giuridico che concorrono congiuntamente a delineare il volto del soggetto di diritto. Queste norme saranno chiamate, dunque, a misurare la loro portata semantica, le loro potenzialità deontiche, in coordinazione con situazioni connotate da indici culturali e di senso spesso semanticamente distanti e geograficamente lontani da quelli *praticati* all'interno del contesto socio-politico-legale del paese dove è richiesto l'asilo.

D'altra parte, come si palesa a una lettura dell'art. 3 sopra riportato, è lo stesso diritto italiano, le sue categorie normative, a includere lo spazio altro, l'Altrove – a sua volta scandito da *altre* connotazioni di senso – all'interno del proprio *areale* d'applicazione. Come si diceva più sopra, la prossimità spaziale determina prossimità categoriale e, viceversa, la prossimità categoriale, inerente a categorie generali e dalla portata tendenzialmente universalistica, come ad esempio i diritti umani, genera prossimità spaziale. Un'intrinseca vocazione corologica è quindi riscontrabile nella stessa lettera del diritto statale.

Se l'esperienza bangladese include nelle sue auto-rappresentazioni l'Altrove e ne fa, mediante i percorsi migratori, elemento dinamico per la propria auto-trasformazione, in una sorta di successione fugata può dirsi lo stesso, quindi, per i Paesi d'approdo e i loro sistemi giuridici e culturali. La relazione tra gli spazi instaurata dal ponte migratorio, dal tra-dursi di un soggetto da un luogo a un altro, ingenera processi di contaminazione semiotico-interspaziale di tipo bi- o multi-direzionale. In effetti, così come le pratiche bangladesi ingenerano modificazioni etnico-demografiche in altre parti del mondo, simmetricamente gli *standard* d'accoglienza e gli stili di vita acquisiti dai migranti nei territori d'approdo producono *feedback* sui contesti sociali di partenza. Il diritto e i

51. Cfr. sent. Cass. S.U., n. 27310/2008 e successive pronunce.

suoi paradigmi ricoprono, in questo gioco di relazioni e contaminazioni incrociate, una parte tutt'altro che secondaria.

L'essere umano di cui parlano le dichiarazioni dei diritti corrisponde, in termini metaforici, a un *corotipo antropico* certamente definibile come *cosmopolita*. La sua distribuzione sul pianeta e nei diversi ambienti ha rilevanti conseguenze ai fini della fenomenologia e della rappresentazione della sua presenza in ciascuno di essi. Detto in termini più diretti, per capire cosa fa, cosa sta affermando, qual è la condizione esistenziale del soggetto che chiede asilo, protezione sussidiaria o (come vedremo tra breve) protezione umanitaria, è necessario tenere *presente*, *rendere semioticamente prossimo*, cosa accade, è accaduto e potrà accadere nel suo luogo d'origine o in quello di transito e sottoporlo a un processo di traduzione interculturale.

Prima di procedere oltre, qualche parola va spesa in ordine alla distinzione, oggi quasi una *summa divisio*, tra rifugiati e migranti economici. I criteri per operare questa suddivisione non sono omogenei tra i Paesi del mondo, e non sono tali neanche all'interno dell'Europa. È estremamente difficile, dunque, svolgere considerazioni di carattere generale. Molto dipende dai frangenti storici e dalla coloritura politica assunta, nell'avvicendarsi dei Governi, dalle istituzioni di ogni Stato. Generalmente, si afferma che il rifugiato è colui che è costretto a partire perché teme per la propria incolumità e perché vittima effettiva o potenziale di una violazione dei diritti umani. Viceversa, il migrante economico è colui che sceglie di partire per migliorare le sue condizioni di vita, pur non dovendo temere di incorrere nelle situazioni considerate come presupposti e requisiti della tutela internazionale dei rifugiati e del diritto d'asilo (cfr. *supra*).

Quando si considera il caso di Robel/Antonio, la scansione adesso illustrata sembrerebbe dover condurre direttamente alla conclusione che il suo sia un caso palese di migrazione economica. Robel ha autonomamente deciso di partire. Nessuno lo perseguitava o minacciava la sua incolumità. È anche vero, tuttavia, che il suo progetto migratorio avrebbe dovuto seguire un percorso ben diverso. La destinazione iniziale era la Libia, dove peraltro le sue previsioni di guadagno, e quindi la possibilità di restituire il suo debito, avevano fino a un certo punto trovato conferma. Il vento della «primavera araba» ha poi confuso le carte, riscrivendo la mappa del suo itinerario migratorio. Tornare in Bangladesh a mani vuote avrebbe significato – e significherebbe ancora – incorrere in non ben prevedibili ritorsioni/punizioni da parte dei creditori e, certamente, nella perdita di tutti i mezzi di (sub-)sussistenza per sé e la rete familiare.

La risposta corologicamente meno sensibile alla sua richiesta di asilo può immaginarsi abbia il seguente tenore. In Bangladesh non c'è guerra, lì non sei perseguitato per ragioni razziali, religiose ecc.: dunque torni. Richiesta d'asilo rigettata. Eppure, se Robel/Antonio tornasse, lo Shylock locale potrebbe ben pretendere la *sua libbra di carne* – purtroppo, non solo in senso figurato. Sta tutto qui lo scarto tra la sua situazione e quella ordinariamente etichettata come «migrante economico», sinonimo di «migrante irregolare» e non legittimato a richiedere asilo o altre forme di protezione[52].

La nozione di «migrante economico», che impazza sui media, non si ritrova nella normativa[53]. Ai sensi delle disposizioni italiane e comunitarie citate con riguardo alla protezione sussidiaria (ma il medesimo discorso vale anche, come si vedrà tra breve, per la protezione umanitaria) non è importante perché si sia partiti quanto piuttosto la circostanza *che non si possa rientrare senza incappare in trattamenti degradanti che espongano a un danno grave*. Tra l'altro, l'ordinamento italiano non fa alcuna distinzione tra le ipotesi in cui la possibilità di subire tale danno sussistesse al momento della partenza oppure si sia concretizzato solo successivamente. Robel/Antonio è dovuto fuggire dalla Libia non solo perché non poteva più lavorare/guadagnare, dato lo stato di guerra civile, ma anche perché le *chance* di sopravvivenza e di incolumità personale erano divenute, in quel Paese, tragicamente scarse. È questa combinazione imprevedibile, e diabolica, di congiunture storiche che espone oggi Robel/Antonio, una volta che rientrasse in Bangladesh, al rischio di dover cedere al suo Shylock, in un modo o nell'altro, la sua libbra di carne o, sostanzialmente, l'intero suo corpo, divenendone schiavo fino al saldo del debito (cioè, in base allo *standard* di un comune salario bangladese nella zona dove Robel e la famiglia vivono: praticamente mai).

D'altro canto, che in Bangladesh la tutela giudiziaria contro l'usura sia assai blanda è testimoniato

52. Cfr., in un'immensa messe di contributi dottrinali, E. Guild (2004).

53. In questa sede non desideriamo contestare la distinzione tra rifugiato e migrante economico. Segnaliamo solo che si tratta di una scansione imprecisa e poco aderente alle vicende personali e alla idiomaticità dei percorsi migratori di ogni individuo. Da un altro punto di vista, crediamo che accogliere i rifugiati e disinteressarsi di molti diseredati del pianeta non costituisca un atteggiamento lungimirante. Non intendiamo qui, tuttavia, affrontare tale questione. Ci limitiamo a osservare che quanti difendono (con buon successo mediatico e istituzionale) la distinzione tra rifugiati e migranti economici, non dimostrano un'acuta consapevolezza corologica e, perciò, una piena comprensione dello spazio d'esperienza in cui vivono, e vivranno.

da una serie di circostanze facilmente identificabili. L'invenzione del micro-credito e la fortuna economica e personale di Mohammed Yusuf sono connessi esattamente alla incapacità del governo bengalese di estirpare le pratiche usurarie, soprattutto nelle zone rurali del Paese. A ciò si aggiunga che lo stesso Governo sta procedendo, da qualche tempo, allo smantellamento di molte strutture di micro-credito e alla nazionalizzazione persino della *Grameen Bank* fondata da Yusuf, proprio perché persino le pratiche di micro-credito danno luogo a fenomeni usurari o para-usurari. L'usura e le ritorsioni legate a forma di sovvenzionamento costituiscono insomma un dato socio-culturale. Rispetto a questo dato e alle sue implicazioni anti-umanitarie il governo bangladese non sembra ancora attrezzato a risanare la situazione e ad allinearla agli standard di legalità previsti dalla legislazione lì attualmente vigente (ancorché piuttosto antiquata). Le carenze istituzionali fanno sì, dunque, che i creditori usurari possano perpetrare qualsiasi abuso. Del resto, la sicurezza di potersi soddisfare mediante simili pratiche trova palese testimonianza nella redazione per iscritto del contratto di prestito concluso con Robel/Antonio, come di altri similari con numerosissimi altri aspiranti migranti. Un contratto che in qualsiasi altro Paese, dotato di un'efficiente tutela contro l'usura, equivarrebbe non solo a un semplice pezzo di carta senza valore ma addirittura a una prova d'accusa per lo Shylock di turno.

Supponiamo, tuttavia, che la richiesta di protezione sussidiaria non passi il vaglio della Commissione. Indipendentemente da un'impugnazione in sede giurisdizionale, esistono altre strade per Robel/Antonio che possano consentirgli di evitare un catastrofico rientro in Bangladesh? Altre vie lungo le quali un approccio corologico-interculturale possa fare (praticamente) la differenza?

7. Protezione umanitaria e proiezioni interculturali del divieto di patto commissorio

Nei casi in cui non possa farsi luogo a protezione internazionale e sussidiaria, l'art. 5, comma 6, del d.lgs 286/1998, stabilisce che si possa accedere a una forma di protezione umanitaria qualora ricorrano «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». In questi casi è competente all'esame della pratica il questore, a norma dell'art. 11, comma 1, del dPR 394/1999.

Nella prassi, i seri motivi di carattere umanitario sono stati riconosciuti nei seguenti casi:

a. Condizioni di salute, familiari o legate all'età (anziani o bambini); b. Pene sproporzionatamente severe previste per reati come il rifiuto di prestare servizio militare, diserzione, fuga dal Paese o domanda di asilo all'estero; c. Situazioni di guerra, guerre civili o disordini etnico/nazionali; d. Instabilità politica, episodi di violenza, insufficiente tutela dei diritti umani; e. Carestie, disastri naturali e ambientali; f. Rifiuto del Paese di origine di riammettere i richiedenti asilo all'estero.

L'elencazione non deve considerarsi tassativa ma solo esemplificativa. Questo anche perché la formula «seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» si presta alle più svariate interpretazioni, considerata l'ampiezza del suo spettro semantico.

Con riferimento al caso di Robel/Antonio, i profili rilevanti sembrerebbero ridursi principalmente a due: 1. Carente tutela dei diritti umani nel paese d'origine; 2. Obblighi costituzionali dello Stato italiano. Proverò a esplicitare perché è così e, soprattutto, a illustrare le sequenze argomentative che potrebbero supportare una richiesta di protezione umanitaria calibrata su questi indici.

La circostanza, già illustrata nel paragrafo precedente, per cui Robel/Antonio potrebbe essere esposto in caso di immediato rientro in Bangladesh alle ritorsioni del suo Shylock, tra l'altro preannunciate dal contratto di prestito, costituisce senz'altro un motivo per asserire che possa farsi luogo alla protezione umanitaria. Simile pratiche sono connesse all'usura e questa, a sua volta, non sembra costituire un problema che le istituzioni bangladesi si sono dimostrate, a tutt'oggi, in grado di fronteggiare.

Tuttavia, esiste un altro profilo, di particolare interesse, che potrebbe legittimare la richiesta di protezione umanitaria. Mi riferisco, in particolare, alla garanzia reale prevista dal contratto per il caso d'inadempimento del debito e riguardante l'abitazione e il negozio di Robel/Antonio: beni che, tra l'altro, non sono attualmente intestati esclusivamente a lui.

Nell'ordinamento italiano e in molti altri di matrice latino/cattolica, le garanzie reali sono qualificate come «patto commissorio» quando implichino l'immediato passaggio di proprietà al creditore di un bene del debitore in caso d'inadempimento. Gli artt. 2744 e 1963 del codice civile italiano sanciscono il divieto di ogni patto commissorio, stabilendo che ogni pattuizione in tal senso sia da considerarsi nulla[54].

54. Si precisa da subito che le previsioni dell'ordinamento italiano circa il divieto di patto commissorio non ricadono, nella prospettiva qui analizzata, nell'ambito (pur contestato) di applicazione del principio di reciprocità *ex* art. 16 preleggi. È così perché l'art. 2744 e l'art. 1963 sono qui utilizzati in via mediata quali proiezioni dei diritti umani e della protezione umanitaria: normative che sfuggono di per sé stesse

Art. 2744: **Divieto del patto commissorio**. «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

Art. 1963: **Divieto del patto commissorio.** «È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito».

La prima disposizione ha portata generale. La seconda è prevista nel contesto dell'anticresi o patto anticretico[55] previsto dall'art. 1960 del codice civile. Il divieto di patto commissorio ha ricevuto molteplici interpretazioni e ricostruzioni, orientate a ricostruirne la *ratio*[56]. Secondo alcuni di questi approcci ermeneutici, esso avrebbe sostanzialmente lo scopo di evitare che i privati si facciano giustizia da sé, senza transitare attraverso le procedure di vendita dei beni dati in pegno o ipotecati gestite giudizialmente. I privati, in sostanza, non possono apprestare forme di garanzie patrimoniali in modo creativo. In materia, l'ordinamento manterrebbe una sorta di monopolio o, se non altro, un potere di supervisione. Queste giustificazioni di carattere pubblicistico – per alcuni aspetti pure condivisibili – sono affiancate da altre ricostruzioni focalizzate sui profili patrimoniali. In particolare – si afferma – la previsione di un patto commissorio potrebbe violare gli interessi degli altri creditori (*par condicio creditorum*), che si vedrebbero sottratta la possibilità di soddisfarsi, in concorrenza, sul ricavato della vendita giudiziale del bene trasferito al beneficiario del patto commissorio. In questa prospettiva, diverrebbe ancora più problematico se tutti i contratti prevedessero, come clausola di stile, l'inserimento di un patto commissorio. In tal caso, si determinerebbero enormi problemi nella soddisfazione di creditori concorrenti e magari (virtualmente) titolati a soddisfarsi sui medesimi beni.

Quest'ultima considerazione, può diventare più chiara dove si consideri che il patto commissorio è costruito, in genere, non solo come un negozio accessorio o collegato alla costituzione di un pegno o di un'ipoteca, ma anche in modo autonomo. Ciò vuol dire che le parti pongono in essere una vendita sottoposta a condizione sospensiva o risolutiva. Così, nel caso in cui si verifichi l'inadempimento del debitore proprietario del bene, nella prima ipotesi la vendita produrrebbe i suoi effetti fino ad allora sospesi, trasferendo la proprietà al creditore; nella seconda ipotesi, la vendita già perfezionatasi, qualora si verificasse l'adempimento, si risolverebbe, con la conseguenza che il bene rientrerebbe nella proprietà del debitore.

La giurisprudenza italiana presenta alcune oscillazioni in materia di valutazione della nullità del patto commissorio. In passato, si era aperto qualche spiraglio con riguardo alla possibilità di escludere dal divieto *ex* art. 2744 l'ipotesi della vendita sottoposta a condizione risolutiva (Cass., sent. n. 7385/1986). Si asseriva in quella pronuncia (contrariamente a quanto affermato in Cass. sent. n. 3800/1983) che il divieto di patto commissorio non operasse nel caso in cui all'interno dell'intera operazione negoziale si prevedesse che il creditore dovesse restituire il *surplus* di valore del bene trasferito rispetto al debito garantito. In questo caso, si affermava, non vi sarebbe stato indebito arricchimento né un'ingiusta prevaricazione da parte del creditore ai danni del debitore. In altri termini, di là dalla forma, ciò che avrebbe dovuto essere indagato ed essere considerato determinante ai fini della configurabilità del patto commissorio coincideva con l'effettivo intento delle parti. In sé e per sé – si proseguiva – la vendita di un bene costituisce un contratto con causa lecita e che si perfeziona pienamente anche in caso di previsione di condizione risolutiva – a differenza dell'ipotesi in cui ricorre la condizione sospensiva. Solo l'indagine sulla connessione fraudolenta tra i due contratti (prestito e vendita del bene) potrebbe accertare lo scopo fraudolento del secondo.

La successiva giurisprudenza di Cassazione, tuttavia, ha mostrato di non seguire questo indirizzo. Soprattutto, si è orientata a dichiarare la nullità di ogni patto commissorio o contratto che lo dissimulasse ogni qual volta potesse ravvisarsi un collegamento

alla previsione dell'art. 16 preleggi applicabile esclusivamente all'ambito civilistico. Per completezza, si ricorda che l'art. 16 cit. stabilisce: «[1] Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. [2] Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere». Sull'ambito di applicazione dell'art. 16 preleggi cfr. Nascimbene (2011).

55. Art. 1960, cod. civ.: «L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale».

56. Cfr. M. Bianca (1957), F. Gigliotti (1997), M. Bussani (2000), E. Carbone (2012), A. Trotta (2013), M. Trimarchi (2013).

anche indiretto con l'esigenza di garantire il debito tramite il trasferimento di un bene del debitore in caso d'inadempimento[57]. In particolare, si è sottolineata l'irrilevanza della clausola, annessa a un patto commissorio o a un negozio fiduciario (con il quale un soggetto, un creditore, si impegni a ritrasferire successivamente il bene al debitore, in caso di adempimento), con la quale si prevedesse che al debitore fosse restituito il surplus di valore del bene rispetto all'ammontare del debito non adempiuto (Cass., sent. 10.3.2011, n. 5740).

La non rilevanza dell'assenza di sproporzione economica tra valore del bene e ammontare del debito, quindi dell'indebito arricchimento da parte del creditore, ai fini della configurabilità di un'ipotesi di patto commissorio, e quindi della nullità di esso o del contratto che lo supporti, è particolarmente rilevante ai fini della determinazione della *ratio* della previsione *ex* art. 2744 e 1963 del codice civile. A supportare questa conclusione concorre la sentenza della Cassazione del 9.5.2013, n. 10986. In questa pronuncia, si è prevista l'ammissibilità del patto marciano: vale a dire la garanzia statuita a favore del creditore attraverso la previsione del trasferimento di un bene del debitore in caso d'inadempimento di un debito previa valutazione imparziale, effettuata da un terzo, del valore del bene e, perciò, del prezzo del suo trasferimento. Sembrerebbe, alla luce della pronuncia appena citata, che la Corte di Cassazione ravvisi la *ratio* degli artt. 2744 e del 1963 c.c. esclusivamente nel rischio di un ingiustificato arricchimento da parte del creditore, che potrebbe approfittare delle condizioni di bisogno del debitore per precostituirsi una fonte di indebita e abusiva appropriazione. Nonostante le apparenze, tuttavia non è questo il complessivo indirizzo ermeneutico espresso dalla Corte. E, in effetti, nella medesima pronuncia si precisa che gli artt. 2744 e 1963 cc palesano «una specifica valutazione legale del carattere riprovevole del patto commissorio, in virtù della sua intrinseca elevata potenzialità – per frequenza di impiego e facilità di realizzazione – a determinare il rischio (presunto) di produrre effetti che l'ordinamento non consente e che si risolvono, in definitiva, in un eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore». Del resto, l'argomentazione si pone in linea con quanto asserito da Cassazione nella sent. 20.2.2013, n. 4262, in merito alla violazione del divieto di patto commissorio, per cui «qualsiasi negozio può integrare tale violazione, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore, mediante l'illecita coercizione del debitore al momento della conclusione del negozio, la proprietà del bene dell'altra parte, nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione».

Una lettura complessiva degli indirizzi giurisprudenziali sopra riportati lascia emergere come la sproporzione economica tra ammontare del debito e valore del bene oggetto di patto commissorio non rappresenti, nella prospettiva della Corte, l'asse di legittimazione della nullità sancita dagli artt. 2744 e 1963 del cc. Del resto, nelle norme in questione non si fa alcun cenno al profilo dell'equivalenza patrimoniale tra ammontare del debito e valore del bene oggetto del trasferimento. C'è da osservare, peraltro, che il criterio della proporzione economica tra le prestazioni è invece espressamente previsto da altre norme in materia contrattuale, come ad esempio l'art. 1448 del codice civile[58].

La differenza nel modo di considerare patto marciano e patto commissorio, probabilmente, è da ricondurre alla circostanza che il bene del debitore, nel primo caso, funge esplicitamente da equivalente patrimoniale, mentre nel secondo caso – anche quando sia prevista la restituzione del valore eccedente da parte del creditore – rappresenta l'oggetto diretto delle possibili mire di chi presta. In questa seconda ipotesi, potrebbe essere in gioco l'equilibrio nella condizione di reciprocità e simmetria che dovrebbe assistere l'esercizio della libertà contrattuale non soltanto dal punto di vista puramente economico-finanziario. Nei diversi frangenti della vita, la possibilità di stipulare un patto commissorio potrebbe porre il creditore nella condizione di approfittare della necessità di liquidi da parte del debitore (senza che questo conduca a ipotizzare gli estremi di una radicale situazione di bisogno, né un ingiustificato arricchimento che superi la metà dell'ammontare del debito *ex* art. 1448), in modo da prefigurare, così, la possibilità di

57. Cfr., ad esempio, in successione temporale invertita, Cass. sent. 21.5.2013, n. 12462; Cass. sent. 8.2.2013, n. 3134; Cass., sent. 12.1.2009, n. 437; Cass., sent. 5.3.2010, n. 5426.

58. Art. 1448, cc, Azione generale di rescissione per lesione: «Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.
L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.
La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.
Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.
Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione.

impadronirsi di un bene che il debitore stesso non avrebbe altrimenti voluto cedergli. Quel che vuole evitarsi con l'art. 2744, insomma, è una situazione di potere a vantaggio del possibile creditore, che lo porrebbe nelle condizioni di *indirizzare* in modo anomalo la volontà del debitore. Nei diversi contesti sociali, chi presta si trova già, mediamente, in una condizione di vantaggio. Scegliere su quale dei beni del debitore soddisfarsi, approfittando della sua esigenza di disporre immediatamente di liquidità, potrebbe rappresentare un viatico per accumulare ancora più potere, per incrementare una posizione di dominio sociale, se non pure per umiliare l'altra parte o per offenderne la dignità. Del resto, è solo utilizzando uno sguardo più vasto, sensibile alle dimensioni etico-sociali della prassi negoziale, che può cogliersi la continuità esistente tra le contemporanee previsioni di nullità del patto commissorio e le sue lontane origini romanistiche. Prima di ripercorrere brevemente il percorso che conduce da queste matrici culturali sino a oggi, è necessario tuttavia svolgere alcune considerazioni sull'attuale distribuzione geografica, potrebbe dirsi sul *corotipo normativo*, del divieto di patto commissorio.

La dichiarata ammissibilità del patto marciano, da parte della Cassazione, corrisponde a una progressiva difficoltà di mantenere ferma la più ampia portata del divieto *ex* articolo 2744 e 1963 nel contesto contemporaneo degli scambi globali. Complice di questa difficoltà è la circostanza che il *Common Law* non conosce un analogo divieto, come tale estraneo anche al diritto tedesco – nonostante le forti ascendenze romanistiche della tradizione giuridico-dogmatica teutonica. Di fronte a un mondo finanziario e commerciale sempre più influenzato dalla lingua e dalle pratiche di *Common Law*, il divieto di patto commissorio, se inteso nella sua massima ampiezza, rischia perciò di porre gli operatori italiani in una condizione di svantaggio o di marginalizzazione. Tra l'altro, anche la legislazione francese, traghettatrice con il Code Napoléon (artt. 2078 e 2088) del divieto di patto commissorio nell'esperienza moderna di *Civil Law*, ha eliminato la sanzione di nullità del patto (artt. 2078 e 2088 *Code civil*, come modificati da ord. n. 346 del 23.3.2006)[59]. A evitarne la configurazione si ritiene basti la previsione della restituzione al debitore dell'eccedenza – in questo modo attribuendo all'istituto una funzione di tutela patrimoniale calibrata sulla necessità di evitare un ingiustificato arricchimento da parte del creditore. Sotto questo profilo può dirsi che sembrerebbe potersi registrare una tendenziale convergenza tra *Civil Law* e *Common Law*; che, a sua volta, trova un asse di transazione/mediazione precisamente nella trasformazione dei patti commissori in patti marciani[60]. Alla serie di considerazioni appena illustrate, deve aggiungersi la larga diffusione del *trust*, in grado di incarnare un negozio fiduciario orientato a configurare una delle ipotesi indirette di realizzazione del patto commissorio, e cioè tramite l'intermediazione di un terzo: ipotesi sanzionata invece con la nullità *ex* artt. 2744 e 1963 dalla giurisprudenza italiana.

Eppure, la funzione non patrimoniale ma etico-sociale ed equitativa del divieto di patto commissorio risulta con chiarezza dalle sue matrici storiche. La previsione del divieto fu introdotta dall'imperatore Costantino con un editto del 320 d.C.. La disposizione imperiale prevedeva la nullità del patto commissorio correlato alla costituzione di un pegno (che in diritto romano concerneva sia i beni mobili sia i beni immobili), per cui la cosa data sarebbe passata direttamente nella proprietà del creditore in caso d'inadempimento. Le parole dell'editto, riprese poi nel Codex Theodosianus e successivamente ribadite nei contenuti dal Digesto, non sembrano lasciare dubbi sulle finalità etico-sociali, e non meramente patrimoniali, del divieto: «*Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet* [...] *quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*»[61]. La previsione si iscriveva nel quadro di un intento complessivo volto a evitare che il debitore fosse indotto a... *per necessitatem* o *obpressum debito promittere*[62]. Obiettivo di Costantino sembrerebbe essere stato quello di neutralizzare la durezza del patto commissorio, percepito evidentemente come una manifestazione del potere sociale di chi si trovava nella condizione di poter prestare danaro e avesse esercitato quel potere in modo da incrementarlo sempre più a danno di chiunque si trovasse nel bisogno o fosse più debole.

Il principio fu ripreso da Innocenzo III, nel suo *Significante de pignoribus*, dove il divieto di patto commissorio trovava una *ratio* fondamentalmente teologico-morale. «La possibilità di inserirlo rischia di far

59. Cfr. F. Fiorentini (2006).

60. Cfr., al riguardo, il *Draft of a Common Frame of Reference* (IX, 7:105). In proposito, cfr. M. Trimarchi (2013); E. Carbone (2014).

61. Cfr. O. Sacchi (2007) ed *ivi* i riferimenti alle fonti romanistiche.

62. Cfr. O. Sacchi, *ibidem*.

tracimare i rapporti tra creditori e debitori nell'ambito dell'usura, quindi nella violazione della giustizia commutativa, dei doveri di carità e nell'ingiusto asservimento di chi si trova a dover chiedere danaro in prestito» – così si affermava. Nelle parole di Innocenzo III lo squilibrio economico, connesso all'eccedenza del bene dedotto nel patto rispetto all'ammontare del debito, è indubbiamente presente. Ciò nondimeno, esso non costituisce il nucleo finalistico del divieto, che ha a che fare, piuttosto, con la depravazione intrinseca nella pratica dell'usura, nella prevaricazione sui più deboli e nell'indifferenza alla loro dignità in quanto figli di Dio al pari dei creditori. Traghettato dal diritto canonico, il divieto di patto commissorio proseguì il suo cammino nella cultura giuridica europea intrecciando i suoi destini con la riflessione della prima e della Seconda Scolastica, fino a innestarsi nel solco della riflessione giusrazionalistica e giusnaturalistica, riversatasi poi – come si è già indicato – nel prototipo dei moderni codici civili: il Code Napoléon. È questo il lungo sentiero che conduce prima al codice civile italiano del 1865 (artt. 1884, 1894) e, quindi, al codice civile vigente e ai suoi articoli 2744 e 1963.

La storia culturale del divieto di patto commissorio, in un certo senso, illumina di una luce differente il significato che la previsione può oggi svolgere nella cornice costituzionale e sullo sfondo delle previsioni internazionali e sovranazionali in materia di diritti umani. La necessità di tutelare la libertà economica dei soggetti di diritto è un principio che rientra nell'arco delle statuizioni della Costituzione italiana. Questo principio deve, però, essere declinato in modo plurale. Esso vale per ciascuna delle parti contraenti, sia essa incarnata da una persona facoltosa o da una persona non abbiente. Inoltre, secondo il dettato dell'art 41 della Costituzione italiana, la libertà d'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Così, per quanto possa apparire strano, il testo dell'art. 41, proprio attraverso lo spettro del divieto di patto commissorio, entra in stretta consonanza con le previsioni dell'art. 5, comma 6, della d.lgs 286/1998.

Tutto ciò riporta, dopo un giro largo, alla richiesta di protezione umanitaria di Robel/Antonio e al suo contratto di prestito. Che il contratto di Robel/Antonio violi la sicurezza, la libertà e la dignità sua e della sua famiglia si sta poco a riconoscerlo – salvo che non si abbia una posizione preconcetta in senso contrario. Che questa conclusione sia supportata anche dalle modalità di previsione del patto commissorio in esso contenuto (avente ad oggetto: casa, negozio, esigibilità del pagamento del debito in qualsiasi momento prima della scadenza) pare altrettanto palese. Tra l'altro, il principio di cui all'art. 41, secondo comma, della Costituzione italiana si qualifica senz'altro come un principio fondamentale, anche perché chiama in gioco diritti e prerogative incluse nei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e nel novero dei diritti umani (libertà, dignità, sicurezza) così come disciplinati a livello internazionale e sovranazionale. Per il tramite della previsione civilistica concernente il patto commissorio e in forza della sua valenza costituzionalistico-umanitaria, la richiesta di Robel/Antonio appare dunque plausibilmente da prendere in considerazione come suscettibile di iscriversi all'interno della cornice della protezione umanitaria.

È vero, il Bangladesh non prevede il divieto di patto commissorio, né pone ostacoli alla costituzione di garanzie reali o all'uso, a queste finalità, del *trust*. Tuttavia, ciò non inficia la possibilità e persino il dovere, da parte dello Stato italiano, di verificare lo *standard* di tutela che ricevono i diritti umani nel Paese d'origine del richiedente asilo. D'altro canto, tutelare i diritti umani nelle loro possibili proiezioni di senso è certamente da considerarsi un obbligo costituzionale dello Stato, soprattutto quando essi ricevano una protezione più intensa per effetto della combinazione/coordinazione tra norme esterne e norme interne all'ordinamento italiano.

Come ostacolo a queste conclusioni potrebbe tuttavia invocarsi la sent. Cass. Sez. unite, 5.7.2011, che ha escluso l'ascrivibilità del patto commissorio all'ordine pubblico internazionale, sulla base della constatazione che esso «non è conosciuto, né vietato, in una (sicuramente rilevante) parte dell'Unione europea». Pur considerando la scarsa diffusione del divieto di patto commissorio, ciò non implica affatto, però, che in relazione a specifiche situazioni concrete esso non possa funzionare da tramite e interfaccia (tecnicamente: da norma interposta) per la garanzia di diritti umani e/o fondamentali. Del resto, che la Cassazione a Sezioni unite si sia soffermata sulla valenza costituzionalistica e umanitaria del divieto sancito dall'art. 2744 del codice civile italiano mi pare sia da escludere. Se l'emergere di questa valenza prende corpo in queste pagine, ciò dipende, appunto, dalle implicazioni corologiche della richiesta d'asilo e, prima ancora, della presenza di Robel/Antonio sul territorio italiano. Sono il transito di questo giovane bangladese e le sue istanze di tutela che generano un'inedita prossimità spaziale e semantica, oltreché un intreccio interculturale, tra Bangladesh e Italia, tra i rispettivi ordinamenti e tra i codici culturali dei due Paesi, tali da far acquisire al divieto di patto commissorio rilevanza umanitaria.

Gli eventi passati e futuri, effettivi e possibili, che possono essersi prodotti o prodursi in Bangladesh, così da decidere il destino, la situazione personale di Robel, del richiedente protezione umanitaria, entrano a far parte del contesto semiotico in cui si proiettano le potenzialità semantiche delle normative italiane, anzi dell'intero sistema normativo italiano – inclusi i

diritti fondamentali e i diritti umani sanciti a livello sovranazionale. Così come qui proposta, la ricalibratura geografica del divieto di patto commissorio e delle sue implicazioni costituzionali ha una matrice corologica, cioè dipende dai soggetti, dalle situazioni, dai fenomeni che si producono in Italia per effetto dell'arrivo di Robel/Antonio e della sua storia, cioè di un plesso di connotazioni semantiche rilevanti – in modo inedito – per il diritto interno, sovranazionale e internazionale. È l'interrelazione semiotica tra accadimenti altrimenti disgiunti nello spazio fisico, e generata dalla presenza di Robel, che produce l'interpenetrazione trans-territoriale tra Bangladesh e Italia unitamente all'esigenza di una traduzione interculturale tra i loro circuiti di senso e di esperienza. Tutto ciò costituisce una condizione necessaria, un punto di vista da acquisire senza possibilità di elusione, se chi giudica la richiesta di protezione umanitaria in questione intende applicare correttamente, in coerenza con i suoi presupposti di legittimazione, la normativa in materia. In mancanza di uno sguardo corologico-interculturale, in grado di veicolare la traduzione tra gli indici di senso culturalmente differenti che concorrono a definire la storia di Robel/Antonio, semplicemente non si riusciranno a comprendere i presupposti di fatto, cioè gli indici cognitivi indispensabili a determinare quali norme applicare al caso concreto e come applicarle.

Le decisioni prese in Italia in ordine all'accoglimento o al rigetto della richiesta di protezione umanitaria produrranno peraltro conseguenze in Bangladesh, non solo qui e adesso, ma anche con riferimento al futuro dei processi migratori tra i due paesi e alla condizioni socio-economiche dei bangladesi. Quelle conseguenze sono e saranno da considerarsi, comunque, parte integrante del significato delle decisioni che saranno assunte, delle normative applicate e della coerenza di tali applicazioni/interpretazioni con i corrispondenti presupposti di legittimazione costituzionale dell'azione istituzionale. L'ambito di effettività, l'*areale* corologico di quelle norme, è insomma coestensivo all'interspazio di esperienza e di senso disegnato e vissuto da Robel/Antonio attraverso il suo tragitto migratorio passato, presente e futuro.

8. Processi culturali e occhiali (rotti) del giurista

L'incontro di Robel/Antonio con l'ordinamento italiano produce all'interno di questo una spinta all'auto-trasformazione. L'inclusione di uno spazio altro nell'ambito della cornice fattuale da qualificare giuridicamente equivale a un rinnovamento del contesto semiotico di interpretazione e applicazione delle norme. L'Alterità e il contatto con essa innescano un'auto-mutazione nell'ordinamento statale italiano indotta non tanto da un fenomeno di alienazione, di esotizzazione legale[63], quanto da uno straniamento inerente a esso stesso, alla necessità di applicare le proprie norme in armonia con i propri presupposti di legittimazione. Sennonché il contatto con l'Alterità (culturale e insieme spaziale) non si sostanzia in un atto istantaneo, come se entità separate improvvisamente si incastrassero l'una nell'altra e si combinassero in modo meccanico e predefinito. Piuttosto si tratta del progressivo dispiegarsi di un processo.

L'Alterità modifica il contesto che ospita le relazioni di senso, rinnovandolo. L'applicazione delle norme statali e le norme statali stesse ne risultano interrogate in modo nuovo e sono sollecitate a produrre nuovi significati. Come si è visto con riferimento al divieto di patto commissorio, nuovi eventi, nuove combinazioni di fatti e fenomeni, innescano domande inedite, schiudendo nuove angolazioni riguardo al significato delle norme dell'ordinamento statale. Disambiguare i possibili significati delle parole del diritto è una dinamica processiva dai risultati non predeterminati, né predeterminabili in anticipo. Nel suo dispiegarsi, essa richiede l'elaborazione di argomentazioni, la modellazione di nuove reti di senso capaci di supportare le opzioni ermeneutiche finali, cioè suscettibili di *costruire* un'impalcatura semantica che possa garantire la certezza del diritto anche quando si tratti di fronteggiare situazioni inedite. La considerazione delle implicazioni di precedenti opzioni interpretative, magari assestate e utilizzate in modo relativamente irriflesso, all'interno di nuovi contesti fattuali e connotativi può condurre a un ripensamento dei loro presupposti, dei loro "perché". Spesso, e come è accaduto anche nel caso del divieto di patto commissorio in relazione alla richiesta di protezione umanitaria qui esaminata, il confronto con l'Altro, con il nuovo, spinge a compiere viaggi retrospettivi nella storia. Simili escursioni nel passato, così come quelle condotte nei futuri possibili, non sono altro, tuttavia, se non tentativi di ampliare la rete di relazioni di senso che ogni parola riassume in sé, come un'epitome. Grazie a essi, si acquisisce consapevolezza critica di quel che si sa ma fino a un determinato momento non si sapeva di sapere. Si tenta, cioè, di

63. L'approccio d'ispirazione corologica al pluralismo culturale e giuridico si distingue nettamente dal pluralismo inter-ordinamentale o dalla cd. inter-legalità (B. Santos 2002). Al riguardo, comunque, cfr. M. Ricca (2013, pp. 297 ss.; 2015b). Per motivi simili, l'approccio corologico-interculturale include una connotazione emancipatoria e creativa, affidata all'articolazione dinamica della soggettività, che lo distingue, quantomeno in termini di ispirazione e metodologia, dalle analisi etnografiche multi-situate, sulle quali cfr., almeno: G. Marcus (1995, 2006) e, più in generale, A. Gupta, J. Ferguson (1997, 1997a).

divenire consapevoli della propria cultura, delle sue risorse semantiche, in modo da poterle "maneggiare", usandole come arnesi per creare nuovi contesti unificati di esperienza. All'interno di essi, il "nuovo" potrà essere tradotto, coordinato e inglobato e posto in continuità – secondo relazioni di omologia o di contrapposizione dialettica – con il passato. Sarà così definito il suo *statuto* cognitivo e assiologico, le categorie normative nel cui spettro semantico l'Alterità potrà essere iscritta o dalle quali dovrà essere estromessa. Nel corso di questa operazione, tuttavia, muteranno gli stessi confini semantici delle categorie normative prese in considerazione. Ciò avverrà in concomitanza al riarticolarsi delle reti di senso disegnate nel modularne l'interpretazione rispetto al caso concreto, in modo da supportare un significato *finale* (per quanto tale solo in via interlocutoria) sul quale basare l'attività di applicazione del diritto.

I viaggi retrospettivi nel "passato", nella tradizione degli istituti o nelle loro implicazioni sistematico-culturali, *producono* storia e *rigenerano* le coordinate di senso del sistema giuridico-culturale. Costituiscono un atto creativo. Nel caso qui analizzato, le oscillazioni e gli assestamenti interpretativi degli artt. 2744 e 1963 del codice civile italiano, tracciati negli ultimi anni dalla Corte di cassazione, hanno fatto da apripista per una riconsiderazione delle matrici storiche ed etico-culturali del divieto di patto commissorio, conducendo sino alle sue radici costantiniane. Eppure, per quanto possa apparire paradossale, è proprio dal fondo della storia che emerge una chiave di senso in grado di comporre normative costituzionali e umanitarie, divieto del patto commissorio ed esperienza (verrebbe da dire: realtà) culturale del Bangladesh. Le esigenze di tutela dei soggetti deboli che mossero Costantino, millesettecento anni fa, erano probabilmente connesse ad ambienti sociali in cui la distribuzione della proprietà immobiliare giocava una parte importante nell'articolazione delle dinamiche di potere a livello locale. Motivazioni simili traspaiono anche dalle parole pronunciate da Innocenzo III sul finire del XII secolo. Consentire che signorotti (oggi *boss*) locali utilizzassero il patto commissorio come garanzia dei prestiti da essi erogati avrebbe determinato il rischio di far cementare squilibri di potere destinati a cumularsi e a incrementarsi nel tempo. Tutto ciò avrebbe potuto generare un circolo vizioso. Soggetti sempre più ricchi avrebbero potuto condizionare la vita economica locale in modo dispotico grazie all'accumulazione progressiva di ricchezza immobiliare: allora fonte primaria di ricchezza. Servaggio, assenza di ogni possibilità di giustizia commutativa, condizioni di vita miserrime per i più deboli, sarebbero state le inevitabili conseguenze di un regolare utilizzo del patto commissorio.

Qualcosa di simile può oggi immaginarsi con riguardo al Bangladesh rurale. La posizione di Robel e della famiglia di fronte agli Shylock locali – come si è segnalato – ha qualcosa di endemico. L'espropriazione della casa e del negozio, nel caso di mancato pagamento del debito, andrebbe a rafforzare una posizione di possidenza immobiliare che, a sua volta, incrementerebbe il potere del creditore sul territorio. Del resto, in Bangladesh come altrove, le banche non fanno prestito se non a fronte della possibilità di fornire adeguate garanzie. Una popolazione diffusamente e cronicamente esposta alla perdita dei propri beni immobiliari o mobiliari, come sanzione *faidate* orchestrata dagli usurai locali, difficilmente potrà avere accesso al credito bancario – che in ogni caso non è propenso ad accettare rischi eccessivi. Del resto, è esattamente questa la situazione testimoniata dalla vicenda migratoria di Robel, che era riuscito a finanziare la propria partenza con 250.000 rupie prestate dalla banca ma aveva dovuto rivolgersi a uno dei tanti Shylock locali per le altre 250.000 necessarie a realizzare il suo progetto di viaggio.

L'inclusione dell'orizzonte bangladese – ma non solo di esso – nell'*areale* applicativo dell'art. 2744 restituisce, così, al divieto di patto commissorio, quasi attraverso un *lifting* palingenetico, tutta la portata etico-socio-umanitaria, e non solo meramente patrimoniale, che il divieto di patto commissorio vantava al momento della sua genesi storica nella cultura romana. La dimensione corologica, unificando spazi e spettri categoriali, mostra di ingenerare, quindi, anche una sorta di sintesi inter-temporale. Passato e implicazioni future delle norme chiamate in causa dalla richiesta di protezione umanitaria di Robel sembrano presentificarsi all'interno di una sorta di simultaneità immanente, capace di unificare tempi e spazi diversi. In questa cornice slargata, come per effetto di una sorta di universalizzazione, acquistano una rinnovata fisionomia tratti antropologici, costanti trans-epocali e connotazioni inter-culturali dell'esperienza umana. Tutto ciò è, comunque, soltanto la tessitura di una rete semiotica, che deve la sua apparente a-temporalità e a-spazialità semplicemente alla inossidabilità del segno e della sua inesauribile attitudine alla produzione di significati. D'altronde, nel significato, che riunifica nel senso di un'esperienza l'intera messe di relazioni semiotiche a essa soggiacenti, tutto è compresente. Si tratta però solo dell'esito finale del processo di significazione, che conosce nel suo unificarsi soltanto una battuta d'arresto interlocutoria. Diversamente ci si ritroverebbe immersi in una sorta di condizione di coincidenza onnicomprensiva dell'alfa e dell'omega, vale a dire la fine della storia.

Le considerazioni che precedono mostrano un fenomeno di estremo rilievo. Il giudizio, la valu-

tazione amministrativo/processuale della singola richiesta di protezione sussidiaria o umanitaria, è suscettibile di trasformarsi in un processo culturale, di trasformazione culturale. Quando accade, ciò avviene, peraltro, in modo multi-laterale e multi-direzionale. Così, nella nostra esperienza sul campo, anche Robel/Antonio ha partecipato al gioco dei *rendez-vous* nella memoria culturale e nelle plurime dimensioni corologiche del suo «trovarsi in Italia a chiedere protezione», qui e adesso. Illustrare a lui cosa significa patto commissorio, le sue implicazioni umanitarie, ingenerare nella sua coscienza un confronto tra abiti etici differenti, coordinare tutto questo a fini pratici intrecciandolo direttamente al suo destino esistenziale: l'insieme di queste e altre attività comunicative, di tali processi di trasformazioni e auto-trasformazione antropologico-culturali, ha prodotto una rilettura dell'esperienza migratoria e delle sue coordinate di senso.

Potrà sembrare inverosimile, tuttavia il costume, l'abitudine, determinano spesso atteggiamenti di acritica accettazione di uno *status quo* pure culturalmente ed eticamente incoerente. Tra i bangladesi, la diffusa condizione di vittima dell'usura rappresenta, dal punto di vista psico-sociale, un fattore in grado di narcotizzare persino l'etica di matrice religiosa. Come si è osservato, benché il Bangladesh sia per il 90% di fede islamica, l'usura impazza e sovente – come accade in altri luoghi – l'utilizzo della vendita con patto di riscatto è utilizzato come finzione giuridica per dissimulare il prestito a interessi contrario al coranico divieto di *ribah*. L'*Islam Banking* praticato nel mondo ne fa un uso diffuso ancorché mitigato da forme di compartecipazione e sodalità nelle attività degli istituti bancari da parte di azionisti e correntisti che, in qualche modo, convertono in una forma di quasi-collaborazione solidaristica svariate forme di prestazione di danaro a interesse. Come si indicava, i colloqui avuti con Robel hanno *fatto spazio* allo sbocciare di processi di rilettura e riarticolazione del suo sapere culturale. Un fenomeno che ha preso corpo esattamente nell'interspazio fisico e semantico costituito dalla specifica condizione di questo giovane bangladese, a cavallo tra due Paesi e due culture. L'aspetto veramente saliente della vicenda, di questo atteggiarsi dinamico della sua mente, non va colto in una strategica manipolazione dei propri codici identitari al fine di ottenere surrettiziamente un permesso di soggiorno. La furbizia, la capacità di inventarsi narrazioni *ad hoc* per raggiungere lo scopo principale del migrante, cioè non essere rispedito a casa a mani vuote, fa parte dell'umano, della cronaca quotidiana e non va certo ignorato. Tuttavia, nella possibilità di ottenere un risultato attraverso il diritto, di guadagnarsi un riconoscimento interculturale dotato dell'effettività propria delle norme giuridiche, trova "spazio", anzi crea il "suo spazio" l'esercizio della competenza culturale propria di ogni individuo. Non solo, dunque, culture statiche, ossificate, messe a confronto sulla base delle loro – presunte – strutture normative e sottoposte a improbabili e compromissori mercanteggiamenti (le note *accommodations*, spesso sbandierate come panacea dei conflitti identitari[64]), ma piuttosto esercizio *in atto* della propria competenza/creatività culturale, realizzato riutilizzando i propri saperi per adattarsi a nuovi ambienti, per tradurre e transigere metaforicamente significati e abiti, così da *creare* cultura.

Non è possibile prevedere come finirà l'avventura migratoria del nostro Robel/Antonio, se il destino – o più semplicemente una Commissione, un Questore o un giudice italiani – lo ricondurranno di fronte al suo Shylock del Bengala, a pagare il debito inadempiuto con *una libbra della propria carne*. Certo è che, se potesse ottenere protezione, si aprirebbe forse la possibilità, per lui, di traslocare e tradurre in Bangladesh, un giorno, il *training*, il processo interculturale e di invenzione culturale sperimentato in Italia. Ancora, dunque, un effetto corologico, d'interrelazione spaziale e semiotico-antropologica. Chissà se innestandosi sull'etica islamica il *corotipo* del divieto di patto commissorio non possa, nel futuro, riconquistare un posto di primo piano sul palcoscenico della coscienza etica planetaria.

C'è ancora qualcosa da osservare, però, riguardo tutto questo. Il diritto, se utilizzato in chiave corologico-interculturale, può svolgere un importante ruolo di emancipazione soggettiva. Lo stesso diritto occidentale moderno – non sembri strano agli antropologi anti-modernisti e anti-occidentalisti – potrebbe riconvertire la curvatura colonialistica e post-coloniale acquisita dal suo universalismo in un fattore di de-colonizzazione interculturale. Questo obiettivo potrebbe essere marcato puntando, appunto, sulla creatività culturale degli individui, esercitata a partire dalle storie personali e dispiegata servendosi della possibilità di *inventare* l'universale attraverso una lettura polifonica e interculturale dei diritti umani, e persino dei diritti statali – come qui si è tentato di fare. Tuttavia, gli operatori del diritto non saranno capaci di supportare simili processi di trasformazione fin quando resteranno convinti che i *loro occhiali da giuristi* sono e devono rimanere epistemologicamen-

64. Per una critiche delle cd. *reasonable accommodations* e del loro utilizzo (soprattutto giudiziale) nella gestione delle relazioni tra persone di diversa cultura rinviamo a M. Ricca (2013b); ma cfr., anche e nello stesso senso, già J. Dewey (1916, p. 56).

te puri, idiomatici, metodologicamente chiusi ad apporti interdisciplinari.

Eppure, conoscere le norme non basta. Nessun giurista sarebbe in grado di capire, da solo, senza un supporto antropologico, il senso dell'esperienza di Robel/Antonio – chi ha scritto questo saggio si augura che almeno questo sia emerso con nitidezza. Chiuso nel suo solipsismo legalistico, il professionista del diritto non riuscirebbe mai a tradurre l'Alterità, a liberarsi dei suoi stereotipi, del *suo* punto di vista, dei *suoi occhiali* culturali. D'altro canto, l'autorevolezza e il potere del diritto gli sarebbero silenziosi complici nel giudicare l'Altro utilizzando i propri schemi di giudizio radicati nella propria cultura di appartenenza. Entrambi, autorevolezza e potere, potrebbero indurlo – ed è quello che accade, purtroppo, nella maggior parte dei casi – a sottovalutare il problema cognitivo che si annida nell'incontro con l'Altro. La forza delle conclusioni e decisioni raggiunte dai giuristi, proprio perché assistite dall'autorità istituzionale, tende a spezzare il rapporto di simmetria con l'Altro, disattivando così le ragioni propulsive che potrebbero spingere coloro che applicano il diritto a compiere lo sforzo *a uscire da se stessi*, a dubitare dell'apparenza morfologica delle cose, a capire che prima di applicare la legge bisogna comprendere i fenomeni e, per questo, è metodologicamente necessario porre in discussione quel che si crede di aver capito dei *fatti*, intraprendendo all'occorrenza un tragitto di traduzione. Solo dopo aver disarticolato eventi, gesti, parole, nei loro elementi connotativi, dopo averli contestualizzati in modo incrociato nelle diverse prospettive culturali e dopo aver effettuato un lavoro di traduzione interculturale, solo allora sarà possibile identificare le norme da applicare al caso concreto e saggiare gli eventuali conflitti tra valori connessi sia all'agire personale, agli scopi individuali o collettivi perseguiti dai soggetti, sia ai differenti orizzonti di fini che li ospitano. Naturalmente, la scelta della norma, o meglio, della costruzione normativa pertinente al caso non costituisce il capolinea dell'indagine ermeneutica diretta alla qualificazione giuridica dei comportamenti dell'Altro[65]. Come si è visto, lo spettro semantico di quella stessa elaborazione normativa può fungere da scaturigine per ulteriori domande, modalità di ricostruzione dell'agire altrui e persino per riconfigurazioni della propria cultura anche da parte dell'Altro. A partire da queste ri-prospettazioni, ammesso che trovino ascolto presso le orecchie del giurista che ritiene di aver già identificato la regola del caso, potrebbe innescarsi un ulteriore processo di rivalutazione sistematica, tale da condurre, in alcune ipotesi, all'esclusione delle stesse soluzioni normative identificate in precedenza come quelle pertinenti.

Credere che la realtà parli una lingua sola o che per dar vita a un approccio corologico-interculturale basti il parere esterno di un esperto di altre discipline – come, ad esempio, un antropologo o uno psicologo culturale – sarebbe un grave errore. Il giurista deve imparare a leggere le norme stesse con occhi da antropologo o psicologo-culturale, da storico, da geografo, e così via. Allo stesso modo, anche gli studiosi di altre discipline, quando si confrontano con il fenomeno dell'incontro/coesistenza tra persone di culture diverse, hanno necessità di guardare ai fenomeni con lo sguardo del giurista. La vita degli esseri umani, ormai a livello planetario e in tutti i settori dell'esperienza, è scandita dal diritto, è costruita attraverso il

65. Qui è estremamente importante porre in evidenza che l'esito dei confronti con situazioni di fatto connotate dalla differenza culturale non vede all'opera sempre e comunque «una norma» da applicare, da intendersi a sua volta come qualcosa di pre-confezionato. L'esperienza giuridica e il lavoro dei giuristi non consistono nell'applicare regole, come se queste fossero già contenute in un repertorio, a una realtà già scandita e distinta in base a etichette. Le vicende del mondo sono magmatiche e multiformi, non hanno alcuna etichetta di riconoscimento. Esse non parlano da sole: *res de re non predicatur*. Fatti e norme, azioni e opzioni legali, sono l'esito dell'azione e dell'interpretazione umane. La «norma del caso» non è come il tasto di un pianoforte al quale corrisponde una e una sola nota, cioè uno e un solo «tipo» di fatto. L'applicazione del diritto prevede sempre un'opera di traduzione e, insieme a essa, di categorizzazione dell'esperienza in termini sia cognitivi sia tecnico-giuridici. In tutto questo c'è ben poco di automatico e meccanico. Tutto ciò è ancor più vero quando si consideri l'attività pre-giudiziale svolta dai professionisti del diritto (sia notai, sia avvocati). Quando le persone chiedono assistenza legale in via preventiva rispetto all'adozione di determinati comportamenti, si rivolgono ai giuristi narrando storie intessute per mezzo dell'armamentario linguistico offerto dal linguaggio comune e dalla percentuale di lessico giuridico *folk* che esso contiene. Il giurista di professione provvederà a tradurre in termini tecnico-giuridici le esigenze rese manifeste dalle storie dei clienti, attraverso un percorso di domande e risposte, che giungerà a una conclusione finale. Questa coinciderà con una sintesi tra esigenze di fatto e potenzialità semantiche dell'ordinamento, cioè degli apparati di disposizioni normative combinate in modo creativo per venire incontro alle esigenze dei clienti e dotarle dei crismi della legalità e, al tempo stesso, della protezione giuridica. La sintesi finale fatto-norma non pre-esiste però all'opera di co-costruzione che invece solo il cliente e il professionista potranno di volta in volta svolgere. L'oggettività del diritto effettivo, del diritto vivente, è insomma un risultato, abita il futuro. Essa non corrisponde a qualcosa di già esistente e magicamente racchiuso nei testi di legge e già lì pronto all'uso. È per questo motivo che l'incapacità di svolgere traduzioni interculturali tra gli universi di senso agiti dagli attori di culture differenti, e quindi l'incomprensione da parte dei giuristi di quel che fanno le persone di differente cultura, può risolversi in un tradimento dello stesso diritto e in una tragica eterogenesi dei fini intrinseci alla sua applicazione. Per una ricca casistica, idonea a provare empiricamente quanto appena asserito, rinviamo a un recente saggio contenente i risultati di un'indagine antropologico-giuridica di tipo qualitativo condotta su un campione di notai distribuiti per tutto il territorio italiano cfr. M. Ricca, T. Sbriccoli (2015). Cfr., anche, M. Ricca (2014)..

diritto e può rimodellarsi attraverso il diritto se questo è utilizzato come propulsore assiologico e come strumento per garantire effettività alle sintesi interculturali raggiunte avvalendosi di altri saperi o discipline[66].

L'incontro tra abiti culturali diversi modifica inevitabilmente i contesti di senso, gli sfondi concettuali, cioè l'oceano di presupposti impliciti sui quali sono costruite a scopo euristico e pragmatico le scansioni disciplinari. È inevitabile e indispensabile, perciò, che ai processi interculturali si accompagnino approcci inter-disciplinari, e viceversa. Diversamente, la reiterazione ostinata di paradigmi costruiti in contesti culturali differenti produrrà valutazioni, modalità di categorizzazione e schemi d'azione non adeguati alle dinamiche dell'esperienza e della storia. Errori clamorosi potrebbero scaturirne, insieme a spettacolari eterogenesi dei fini.

Del resto, proprio nell'analisi del possibile rilievo conferito al divieto di patto commissorio dalla richiesta di protezione umanitaria di Robel/Antonio e da una sua lettura in chiave corologico-interculturale si evince l'importanza di un'interazione, ad esempio, tra storia, antropologia e diritto. Lo stesso caso mostra assai efficacemente che un approccio esclusivamente giuridico-comparatistico, internazional-privatisico, inter-legalistico e, più in generale, inter-normativo o inter-ordinamentale, sarebbe del tutto insufficiente, se non pure fuorviante, per comprendere cosa fa, cosa accade, quel che potrebbe accadere a Robel/Antonio e che cosa tutto ciò significhi rispetto alla tutela dei diritti umani e/o costituzionali che pure gli spetta. L'insieme delle opzioni interpretative e metodologiche appena elencate rischia di cadere in quella che potrebbe definirsi come *fallacia normativista*.

Le persone non sono norme e i processi di tra-duzione/tra-slazione spaziale rendono la loro competenza/creatività culturale, e quindi ciò che essi intendono e vogliono, non coestensiva con gli apparati normativi dei Paesi d'origine o dei gruppi d'appartenenza (religiosi, etnici, nazionali, politici, ecc.). Mutare contesto d'esistenza significa riadattare la propria cultura proprio per rimanere se stessi[67]. La conoscenza degli apparati normativo/culturali deve essere accompagnata e forse preceduta dall'ascolto delle persone che li traghettano sulle proprie spalle e costituiscono il presupposto perché essi possano acquisire rilevanza inter-contestuale, interculturale, interspaziale.

Per comprendere quanto possa essere distante da tutto ciò il modo comune di intendere il proprio ruolo e il proprio lavoro da parte degli operatori del diritto, può essere assai utile tornare all'amata metafora degli «occhiali del giurista». In Italia, essa fu resa celebre da Arturo Carlo Jemolo – che forse la utilizzava con un pizzico di sana ironia – ma ha finito per divenire progressivamente stendardo di una vantata specificità disciplinare ed epistemologica dello sguardo giuridico sul mondo. In questo senso, val la pena di riportare le parole di Paolo Grossi[68], che da storico del diritto pure esalta questa sorta di solipsismo esoterico di chi vanta «occhiali speciali»per guardare il mondo:

«*Occorre innanzi tutto, come sono solito dire ai miei studenti, che lo storico del diritto si ponga sul naso gli occhiali del giurista e che senta questi occhiali perfettamente convenienti al suo naso; occorre che egli si misuri anche con quella dimensione esclusiva, ostica ma forse essenziale, che è la tecnica giuridica. Il diritto ha infatti una sua autonomia che si concretizza in una autonoma visione del mondo, che è, insomma, l'autonomia di uno specifico sapere, autonomia di statuto epistemologico, di concetti, di lessico. Il che non vuol dire – come taluni incolti possono credere – condannarlo al formalismo e ai suoi eccessi. È tutto il contrario: il sapere giuridico, come sapere tecnico, è semplicemente la limpida messa a fuoco della dimensione giuridica entro la grande realtà socio-economica: una messa a fuoco che lui – non altri che lui – è in grado di fare*».

Le analisi svolte in questo saggio potrebbero servire a mostrare quanto sia illusoria l'idea che il giurista, armato e imbevuto del suo sapere di sfondo culturalmente determinato, possa proiettare una limpida messa a fuoco della dimensione giuridica delle relazioni interculturali contando solo sulle sue conoscenze tecnico-normative. La visione del mondo inerente al diritto può considerarsi autonoma solo fino a quando il «mondo da vedere giuridicamente» si mantiene relativamente stabile e consente, così, di dare per scontate le coordinate extra-giuridiche sulle quali il sapere del giurista e gli stessi significati normativi galleggiano. Quando la stabilità culturale e/o ambientale vacilla e diviene mobile, per alcuni versi ineffabile, il cantiere delle forme, degli apriorismi di ogni settore disciplinare, crolla o, comunque, manifesta la necessità di essere sottoposto a ripensamenti approfonditi. La pratica interdisciplinare,

66. Sulla necessaria collaborazione tra giuristi e antropologi, e sulle implicazioni co-costruttive di un loro coinvolgimento attivo e creativo nell'articolazione della propria competenza/creatività culturale da parte dei singoli soggetti, cfr. M. Ricca (2013, pp. 225 ss.; 2014).

67. Cfr. M. Ricca (2013, 2014).

68. P. Grossi (2006, p. 22).

la collaborazione genuina tra "esseri umani" dotati di competenze diverse, con accesso a saperi differenti, e una reciproca inseminazione tra questi bacini cognitivi orientata alla e dall'esperienza degli incontri interculturali, possono consentire rimodulazioni efficienti. Per operare in questa direzione, il giurista deve superare l'idea che il suo ambito di competenza sia confinato al cd. dover-essere, comprendendo la necessità di ri-articolare in modo nuovo le coordinate cognitive da utilizzare per leggere il mondo dei fatti. Egli dovrà agire come se i suoi occhiali – gli occhiali del giurista, appunto – si fossero "rotti". Piuttosto, per restare in metafora, dovrà tentare di procurarsi lenti multi-focali, idonee a fargli leggere le cose – comprese le norme – da molteplici angolature disciplinari e, soprattutto, a cogliere le implicazioni corologico-interculturali della dinamica sociale contemporanea. Tutto ciò proprio per riuscire a *vedere* quel che è geograficamente lontano come prossimo e ciò che è concettualmente/culturalmente distante come *continuo* e *contiguo* alle piattaforme di senso, agli schemi concettuali, da utilizzare nel determinare il significato delle norme da applicare, i loro effetti e i corrispondenti circuiti d'esperienza destinati a ospitarli.

Come già osservato, ogni processo orientato all'applicazione della legge – da intendersi in senso istituzionale, e quindi: procedura giudiziaria, procedimento amministrativo, attività notarile, consulenza legale – per regolare i rapporti tra differenze culturali (ma anche tra plurime prospettive assiologiche o ideali) può diventare un processo di trasformazione culturale. Lungo i percorsi di questa trasformazione, reciproche Alterità possono entrare in contatto e potranno evitare d'entrare anche in conflitto solo se la strada della traduzione interculturale tra le differenze sarà intrapresa in modo consapevole e metodologicamente appropriato. Soggetti di diritto e operatori istituzionali dovranno considerarsi tutti attori di pari rango nel mettere in scena questo sforzo di composizione, traduzione e transazione tra le differenze. La cultura autentica, la sostanza di quel che è definito e rivendicato come "identità culturale", è ciò che *la capacità/creatività culturale in atto* di ogni essere umano riesce a produrre nei suoi contatti con l'ambiente di vita e con le trasformazioni di esso. È questo prodotto, da intendersi in senso perifrastico come un "prodursi", il genuino oggetto della tutela della differenza culturale. Esso non coincide con i repertori di saperi culturali racchiusi in cataloghi normativi, abiti pre-acquisiti, descrizioni enciclopediche degli usi a disposizione di osservatori distaccati che vogliano acquisire "informazioni" su chi è l'Altro, per inchiodarlo, poi, dentro lo scafandro di una soggettività reificata e sclerotizzata nelle sue strutture di senso. In altre parole, all'interno dei processi di applicazione/trasformazione del diritto nessuno può essere considerato e deve essere indotto a considerarsi una comparsa, un soggetto passivo, una sorta di organismo sottoposto all'osservazione distanziata che può carpirsi da parte di esperti attraverso una sorta di lente entomologica. La distanza culturale va riconosciuta proprio per poter essere varcata, attraversata, e così produrre, proprio mediante la trasformazione interculturale, l'invenzione di nuove coordinate culturali in grado di includere e far convivere le differenze.

Varcare la distanza culturale, come si è tentato di mostrare, significa, però, anche muoversi attraverso la distanza spaziale e tentare di colmarla. Un gesto, questo, suscettibile di produrre re-direzionamenti a catena. Così, proprio prendendo spunto dalla vicenda di Robel/Antonio, potrebbe immaginarsi che le letture incrociate delle pratiche bangladesi in materia di prestito, così come dei bacini etici soggiacenti al divieto di patto commissorio, possano produrre un effetto di ritorno, una sorta di rilettura riflessiva delle continuità riconoscibili tra la giustizia contrattuale occidentale e quella islamica. Il divieto di patto commissorio e il divieto di *ribah* ruotano entrambi attorno ai criteri di simmetria e solidarietà intersoggettive che dovrebbero connotare le relazioni contrattuali. Se l'itinerario interpretativo qui prospettato conducesse effettivamente a una lettura dei diritti umani convogliata verso la prestazione di protezione umanitaria, allora nello specchio del divieto di patto commissorio potrebbe innescarsi un processo di presa di coscienza delle potenzialità socialmente emancipative del divieto di *ribah*. La fede islamica e il diritto islamico si mostrerebbero, quindi, come dispositivi di apprendimento interculturale, capaci di includere la distanza e la differenza culturale per autotrasformarsi e promuovere autotrasformazioni delle comunità (socio-politihe) dei fedeli sintonizzate sulla frequenza etica e semantico-normativa dei diritti umani.

Nel *Mercante di Venezia*, Shylock rimane alla fine con un pugno di mosche in mano. Perde ogni *chance* di ottenere la restituzione del proprio prestito. È una sorta di punizione per aver troppo voluto, per aver preteso la rigida applicazione dell'*Editto sugli stranieri*, che gli dava diritto a ottenere una libbra di carne da Antonio su presupposto che questi non aveva pagato e non avrebbe potuto pagare entro il termine prefissato poiché le sue navi – proprio come il progetto migratorio di Robel – sembravano essere naufragate. S'è già detto, nel dramma Shakespeariano le cose devono soggiacere alla logica – quasi una sindrome narrativa – del lieto fine. Immaginare che lo Shylock del Bengala, protagonista della storia di Robel/Antonio, faccia la stessa fine dello Shylock veneziano è chiedere troppo alla storia – quella vera.

Gli effetti di una lettura corologico-interculturale del divieto di patto commissorio e la loro applicazione in chiave umanitaria alla vicenda di questo richiedente protezione potrebbero però rappresentare, se non altro, *un buon inizio*[69].

Appendice 1

Di seguito, la traduzione del contratto di prestito firmato dal padre di Naim per garantirsi il capitale necessario a far partire il figlio per la Libia:

> Il sottoscritto [il prestatore] ha dato in prestito in data **/**/** quattrocentoquaranta mila (440.000) taka a *******. In conseguenza di ciò, egli dovrà pagarmi ogni anno un interesse di centoventi mila taka (120.000). Se per un anno non riceverò il pagamento degli interessi corrispondenti (centoventi mila taka), allora il ricevente accetta di pagare al terzo anno la cifra totale di settecento mila (700.000) taka. Se alla scadenza il ricevente non sarà in grado di restituire la somma totale di settecento mila taka (700.000), allora io acquisisco il diritto di prendere possesso della sua casa e degli altri suoi beni. Il ricevente ha ottenuto la cifra del prestito a queste precise condizioni. All'atto di redazione di questo contratto erano presenti le seguenti persone:
>
> Per il creditore -----
> ****
> Per il debitore -----
> ****

Bibliografia

Anderson B., Harrison P., 2010, *The Promise of Non-Representational Theories*, in Id. (eds.), *Non-Representational Theories and Geography*, Farnham – Burlington: Ashgate.

Bal C. S., 2013, *The Politics of Obedience: Bangladeshi Construction Workers and the Migrant Labour Regime in Singapore*, PhD Thesis, Murdoch University.

Bahaduri, A., 1977, "*On the formation of usurious interest rates in backward agriculture*", *Cambridge Journal of Economics*, 1 (4), 341-352.

Basu K. 1984, "*Implicit interest rates, usury and isolation in backward agriculture*", *Cambridge Journal of Economics*, 8, 145-159.

Bianca M., *Il divieto di patto commissorio*, Milano 1957, Giuffrè.

Bussani M., 2000, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparator*, Torino: Giappichelli.

Carbone E., 2012, *Debitoris suffocation e patto commissorio*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1087-1116.

Carbone E., 2014, *Patto commissorio e patto marciano,* in www.treccani.it/enciclopedia/patto-commissorio-e-patto-marciano_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto).

Carlyle T., 1831-33, *Sartor Resartus*: Fraser's Magazine – Oxford University Press (1987); trad. it., *Sartor Resartus*, Macerata 2008, liberilibri.

Central Intelligence Agency, 2012. *The world factbook*. Washington, DC: Central Intelligence Agency. Disponibile qui: www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook.

Chen M., 1986, "*Poverty, Gender, and Work in Bangladesh*", *Economic and Political Weekly*, 21(5), 217-222.

Derrida J., 1993, *Khôra*, Paris, Galilée.

Dewey J., 1916, *Democracy and Education*, New York 1916: The Macmillan Company.

Dikshit R. D., 2006, *Geographical Thought: A Contextual History of Ideas*, New Delhi, Prentice Hall – India.

69. Qualcuno potrebbe osservare che si tratterebbe di "un pessimo inizio". Aprire questa strada significherebbe – potrebbe obiettarsi – diffondere la notizia che per ottenere il permesso di soggiorno sia sufficiente preparare un falso contratto capestro, simile a quello di Robel, e presentarsi alle autorità italiane o europee richiedendo protezione sussidiaria o umanitaria. È un'eventualità possibile, che ha però a che fare con gli strumenti probatori utilizzati dai migranti e con la capacità degli organi di valutazione delle richieste di protezione di determinare l'affidabilità e la buona fede delle richieste. Resta il fatto che nel caso di Robel il rischio di subire un grave danno, rilevante sul piano della tutela dei diritti umani, al suo ritorno a casa a mani vuote costituisce una prospettiva concreta. Nessun tam-tam planetario aveva finora reso consapevoli della possibilità di far valere l'inumanità di contratti capestro per chiedere e ottenere tutela umanitaria. Rispedirlo a casa perché altri potrebbero utilizzare surrettiziamente simili argomentazioni, costruendo *ad hoc* casi simili, sarebbe però una super-erogazione di prudenza politica che poco avrebbe a che fare con l'applicazione delle norme e il riconoscimento dei diritti di Robel. Bisognerebbe apprestare gli strumenti per evitare che strategie simulatorie conducano a indebiti riconoscimenti di protezione. Al contrario, tagliarsi i piedi per non bagnarsi le scarpe non è una soluzione (anche perché in questo a caso a rimetterci (i piedi) sarebbe proprio chi ha bisogno di protezione.

Farinelli F., 2003, *Geografia. Un'introduzione ai modelli del mondo*, Torino, Einaudi.

Farinelli F., 2009, *Crisi della ragione cartografica*, Torino: Einaudi.

Fiorentini F., 2006, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in Europa e diritto privato, 1155-1202.

Friebel G., Guriev S., 2006. *Smuggling humans: A theory of debt-financed migration*, *Journal of the European Economic Association* 4 (6), 1085–1111.

Gigliotti F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli 1997, ESI.

Good A., 2007. *Anthropology and Expertise in the Asylum Courts*, London, Routledge.

Grossi P., 2006, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè.

Guild E., 2004, *Who Is an Irregular Migrant?*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan, and E. Szyszczak (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European, and International Perspectives*, Boston 2004, Martinus Nijhoff.

Gupta A., Ferguson J.,1997, *Beyond «Culutre»: Space, Identity, and Politics of Difference*, in Id., eds., *Culture, Power, Place: Explorations in Critical Anthropology*, Durham (N.C.) - London: Duke University Press, 33-51.

Gupta A., Ferguson J., 1997a, *Culture, Power, Place: Ethnography at the End of an Era*, in Gupta, Ferguson cit., 1-27.

Hartshorne R., 1939, *Nature of Geography: A Critical Survey of Current Thought in the Light of the Past*, Lancaster, Pennsylvania, Association of American Geographers.

Heidegger M., 1969, *Die Kunst und der Raum*, St. Gallen: Erker Verlag; trad. it., *L'arte e lo spazio*, Genova, 2003, il Nuovo Melangolo.

Heidegger M., 1996, *Bemrkungen zu Kunst - Plastik - Raum*, ed. Hermann Heidegger, St. Gallen, Erker Verlag, trad. it. *Corpo e spazio. Osservazioni su Arte - Scultura - Spazio*, Genova 2004, il Nuovo Melangolo.

Heuze D. G., 2007, *Il bondage in India: raffigurazione della società o eccezione?,* in Solinas P. G., *La vita in prestito. Debito, lavoro, dipendenza*, Lecce, Argo.

Joarder M. A. M., Miller P. W., 2013, *The experiences of trafficked migrants from Bangladesh*, Mimeo, Curtin University.

Joarder M. A. M., Miller P. W., 2014, "*Empirical Evidence on Human Trafficking and Migration-Debt Contracts in Bangladesh", The Journal of Development Studies*, 50(3), 399-412.

Khan M. M., 2005, "*Political and Administrative Corruption: Concepts, Comparative Experiences and the Bangladesh Case', Research paper per Bangladesh International Transparency*.

Knox C. 2009, "*Dealing with sectoral corruption in Bangladesh: Developing citizen involvement", Public Administration and Development*, 29, 117-132.

Marcus G. E., 1995, *Ethnography in/of the World System: The Emergence of Multi-Sited Ethnography*, in «Annual Review of Anthropology», XXIV, 1995, 95-117.

Marcus G. E., 2006, *What is at Stake –and is not– in the Idea and Practice of Multi-Sited Ethnography*, in H. L. Moore, T. Sanders, eds., *Anthropology in Theory: Issues in in Epistemology*, Malden (Mass.) - Oxford - Carlton (Victoria), Blackwell.

Martin P., 2009, "*Reducing the Cost Burden for Migrant Workers: A Market-based Approach", Working Paper prepared for the Global Forum on Migration and Development 2009*, Dept. of Agricultural and Resource Economics, University of California-Davis.

Moreira R., 2014, *Para onde vai o penamento geográfico? Para uma epistemologia critica*, São Paulo, Contexto.

Nascimbene B., 2011, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 307-326.

Olsson G., 2007, *Abysmal: A Critique of Cartographic Reason*, Chicago - London, Chicago University Press.

Peiris, G. H., 1998, "*Political Conflict in Bangladesh*", *Ethnic Studies Report*, 16(1), 1-72.

Pickles J., 2004, *A History of Spaces: Cartographic Reason, Mapping, and the Geo-Coded World*, London-New York, Routledge.

Piliavsky A. (a cura di), 2014, *Patronage as politics in South Asia*, Cambridge University Press.

Piliavsky A., Sbriccoli T. forthcoming, "*The morals of effect in north India's goonda raj (rule of strongmen)*", *Journal of the Royal Anthropological Institute*.

Rahman A., 1979, "*Usury Capital and Credit Relations in Bangladesh Agriculture: Some Implications for Capital Formation and Capitalist Growth*", *The Bangladesh Development Studies*, 7(2), 1-46.

Rahman M., 2005, *Micro Credit in Poverty Eradication and Achievement of MDGs: Bangladesh Experience*, Paper for Expert Group Meeting on The First United Nations Decade for the Eradication of Poverty (1997-2006), Progress and the Road Ahead, Thailand, Bangkok.

Rahman M. D., 2012, *Bangladeshi labour migration to the Gulf States: Patterns of recruitment and processes. Canadian Journal of Development Studies* 33 (2), 214–30.

Rahman M. M., 2013, "*Migrant Indebtedness: Bangladeshis in the GCC Countries*", *International Migration*, 53(6), 205-219.

Rashid S. R., 2012, "*Capitalizing on Social Ties for Overseas Labor Migration: Findings from Bangladesh"*, *Asian and Pacific Migration Journal*, 21 (1), 31-55.

Reserve Bank of India, 1977, *Indebtedness of Rural Households and Availability of Institutional Finance (All-India Debt and Investment Survey, 1971-72)*, Bombay, RBI

Ricca M., 2008, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo.

Ricca M., 2013, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri.

Ricca M., 2013a, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs. competenza culturale nel mondo del diritto*, in www.ec-aiss.it EC. *Rivista dell'Associazione italiana di Studi semiotici*, 21.5.2013, 1-31.

Ricca M., 2014, *Intercultural Law, Interdisciplinary Outlines: Lawyering and Anthropological Expertise in Migration Cases: Before the Courts*, in in www.ec-aiss.it EC., *Rivista dell'Associazione italiana di Studi semiotici*, 3.3.2014, 1-53.

Ricca M., 2015, *Sussidiarietà orizzontale e dinamica degli spazi sociali. Ipotesi per una corologia giuridica*, in M. Nuzzo, cura di, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, *I*, Torino: Giappichelli, 15-77.

Ricca M., 2015b, *Diritto errante. Spazi e soggetti*, in *Democrazia e sicurezza*, 1-101.

Ricca M., Sbriccoli T., 2015, *Notariato e diritto interculturale. Un'indagine giuridico-antropologica tra i notai d'Italia*, in www.windogem.it/calumet/upload/pdf/mat_35.pdf, *Calumet. Intercultural Law and Humanities Review*, 1-49.

Ruud A. E., 2014, "*The political bully in Bangladesh*", in Piliavsky, A. (a cura di), *Patronage as politics in South Asia*, Cambridge University Press, 303-325.

Sacchi O., 2007, Lex Commissoria *e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole*, www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.htm.

Sallis J., 1997, *Chorology. On the Beginning in Plato's* Timaeus, Bloomington, Indiana, Indiana University Press.

Santos B. de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, London 2002, Butterworths.

Sbriccoli T., 2013, "*Legal Pluralism in Discourse: Justice, Politics and Marginality in Rural Rajasthan"*, *Journal of Legal Pluralism*, 45 (1), 143-164.

Sbriccoli T. Jacoviello, S. 2011. "*The case of S: Elaborating the 'right' narrative to fit normative/ political expectations in asylum procedure in Italy*", in Holden L., (ed.), *Cultural Expertise and Litigation Patterns, Conflicts, Narratives*, Routledge.

Transparency International, 2014, *Corruption Perceptions Index 2014*, Transparency International, International Secretariat, Berlin, Germany.

Trimarchi M., 2013, *The Predefault Agreement on Appropriation of an Encumbered Asset: "patto commissorio" and "patto Marciano"*, in G. Alpa, G. Iudica, (eds.), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). What for?*, Milan,: Giuffrè.

Trotta A., 2013, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 340-345.

Zafarullah H., Siddiquee N. A., 2001, "*Dissecting Public Sector Corruption in Bangladesh: Issues and Problems of Control", Public Organization Review, A Global Journal*, 1, 465-486

Zumthor P., 1993, *La Mesure du monde*, Paris: Édition du Seuil: Paris; trad. it., *La misura del mondo. La rappresentazione dello spazio nel Medio Evo*, Bologna 199: il Mulino.

Il giudice antropologo e il *test* culturale*

di *Ilenia Ruggiu*

Mentre la costruzione di una compiuta dogmatica della diversità oscilla ancora tra teoria dei diritti fondamentali e teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici, il compito di risolvere i conflitti multiculturali viene affrontato soprattutto dai giudici. Sono stati loro che, sentenza dopo sentenza, conflitto dopo conflitto, si sono fatti antropologi e hanno forgiato un diritto multiculturale giurisprudenziale da cui è possibile partire alla ricerca di più stabili tecniche argomentative che aiutino il diritto a confrontarsi con la categoria cultura. Mettendo assieme gli esercizi topici più persuasivi compiuti dai giudici italiani e comparati, il contributo suggerisce un «*test culturale*», ossia un *iter* logico che procedimentalizzi i passaggi argomentativi che ogni giudice dovrebbe affrontare nella risoluzione dei conflitti multiculturali. Il *test* vuole promuovere una maggiore certezza nell'uso dell'argomento culturale e creare un dialogo più fecondo tra diritto e antropologia, immettendo nel processo le competenze tecniche di questa disciplina, ma assicurando nel contempo le peculiarità del ragionamento *more juridico*.

1. Premessa. Il diritto multiculturale come diritto giurisprudenziale

A partire dal 1990, il processo italiano, civile e penale, ha visto un crescente uso dell'argomento culturale. Con tale espressione si indica la ragione per cui la diversa visione del mondo di una delle parti, derivante dalla appartenenza ad una cultura diversa da quella della maggioranza, debba rilevare nella decisione del caso. Generalmente immesso nel processo a cura dell'avvocato, tale argomento introduce nel ragionamento giuridico un parametro extra-sistemico, di origine esterna all'ordinamento – la cultura in senso antropologico1 – con il quale il giudice che deve risolvere il caso è chiamato a confrontarsi, sia che decida di accoglierlo sia che lo respinga.

Il fenomeno è globale, ha luogo in tutti gli ordinamenti che regolano società multiculturali e porta all'emersione della figura del giudice antropologo, intendendo con tale termine il giudice che si confronta con la cultura, categoria per l'appunto forgiata da una delle più giovani scienze sociali: l'antropologia. L'espressione «giudice antropologo» ha sia una valenza descrittiva, indicando che cosa i giudici fanno, che tipo di argomentazioni producono e come risolvono i casi quando la cultura entra in gioco, sia una valenza prescrittiva e programmatica, volta a indagare come dovrebbe essere un giudice che voglia confrontarsi in

* Il presente contributo è stato presentato al Convegno Il Multiculturalismo e le Corti, Roma, 2-3 ottobre 2015, Biblioteca giuridica della Corte di Cassazione. La ricerca è stata finanziata dalla Fondazione Banco di Sardegna nell'ambito del progetto «Multiculturalismo e conflitti» e, alcune sue parti, sono state richieste per una prossima pubblicazione nel volume Scritti per il prof. Bruno Troisi, Esi, Napoli.

1. Con l'espressione cultura in senso antropologico mi riferisco a «quell'intero complesso (*that complex whole*) che comprende la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, i costumi e qualsiasi altra capacità o abito acquisito dall'uomo come membro di un gruppo» (E.B. Tylor, *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*, trad. it. *Primitive culture* (1871), Einaudi, Torino, 1975), per distinguerla da altri due usi del concetto di cultura che pure ricorrono nel diritto: quello di cultura come «conoscenza specialistica» e come «vita intellettuale della comunità». Per apprezzare meglio le differenze tra le tre accezioni, si osservi il contenuto della Costituzione italiana, in cui la parola cultura compare testualmente nei seguenti articoli: 9, 33, 117 e 118. L'art. 33 Cost., parlando di

modo più consapevole con la categoria cultura evitando approcci poco accurati ad essa. E in tale duplice accezione la userò in questo lavoro.

Indagare il ruolo del giudice antropologo e i suoi strumenti interpretativi e argomentativi è cruciale in quanto il diritto multiculturale, in particolare quello che nasce dalla risoluzione dei conflitti multiculturali, è essenzialmente un diritto pretorio, giurisprudenziale[2]. Non si vuole con tale affermazione negare il contributo che sia il legislatore sia i teorici hanno dato alla costruzione del multiculturalismo. La ricca messe di norme internazionali, costituzionali e legislative che riconoscono diritti culturali o proteggono la diversità culturale come valore delle società democratiche sono, ovviamente, il presupposto entro cui i giudici agiscono. Tuttavia, deve registrarsi che la loro genericità non sempre riesce a costituire un punto di riferimento per i giudici, che si sono pertanto sforzati di elaborare un proprio strumentario di fronte ad ogni singolo conflitto.

In questo contributo proverò a fare il punto sullo stato dell'arte della dogmatica e della topica del multiculturalismo.

Nella prima parte del lavoro ricostruirò le due principali concettualizzazioni giuridiche della cultura: la teoria dei diritti fondamentali, secondo cui la cultura è un diritto umano e la teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici, secondo cui la cultura è una consuetudine esterna. Tali teorie, come cercherò di dimostrare, non riescono a compenetrarsi in modo coerente ed esaustivo, lasciando insolute grandi questioni di fondo che, a mio avviso, potrebbero invece trovare una prima pratica e operativa soluzione proprio guardando alla topica, ossia al diritto multiculturale giurisprudenziale finora prodotto. A questa è dedicata la seconda parte del lavoro, dove si rileva che dall'approccio *case by case* seguito dai giudici sono, dopo decenni di conflitti multiculturali, emersi dei punti fermi, dei *topoi* argomentativi che si rivelano più persuasivi di altri e che andrebbero incorporati nel ragionamento di ogni giudice. Sempre dalla topica provengono nuove tecniche argomentative di interesse per il giudice italiano: i *test* culturali. Con tali strumenti ci si muove verso una topica sistematizzata in cui il giudice, anziché essere lasciato solo nella motivazione, è guidato da un insieme di domande e di passaggi che evitano gli errori più insidiosi in cui generalmente incorre quando si fa antropologo. A tal fine il lavoro avanza una proposta di *test* culturale per il giudice italiano (ma in prospettiva anche per il legislatore), che potrebbe essere recepito nella forma di linee guida da tener presenti nell'approccio a qualsiasi conflitto culturale. Il *test* cerca di mettere in dialogo il diritto con l'antropologia dando voce sia al tipo di valutazioni tecniche che questa scienza apporta al processo, sia alle componenti più tipiche del diritto quale scienza che deve garantire la convivenza e aiutare il vivere sociale a svilupparsi nel pluralismo.

2. La dogmatica della diversità culturale tra teoria dei diritti fondamentali e teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici

Sono due le teorie dentro le quali i conflitti multiculturali vengono inquadrati in Italia: la teoria dei diritti fondamentali, utilizzata per tutti i conflitti che hanno una matrice religiosa, e la teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici, dentro cui la Corte di cassazione, ma anche i giudici di merito tendono ad inquadrare i conflitti *strictu sensu* culturali, ossia privi di alcuna componente religiosa. Tali teorie sono molto diverse e il loro intrecciarsi genera delle aporie e degli stalli concettuali che portano a dire che una costruzione dogmatica della diversità è ancora lungi dal considerarsi compiuta[3].

---

istituzioni di «alta cultura» fa riferimento a quella accezione di cultura quale conoscenza specializzata, tecnica, superiore, che si consegue attraverso un percorso di istruzione ufficiale. Espressa in frasi del linguaggio corrente quali «è una persona di cultura», ha una «grande cultura», il precipitato giuridico di tale accezione tecnico-specialistica di cultura è il riconoscimento del diritto all'istruzione. Tale significato non può intendersi esteso a coprire il fenomeno multiculturalista. Così come non lo è il secondo significato di cultura intesa come «vita intellettuale di una comunità», che ruota intorno ad attività di tipo artistico e letterario, a scambi di idee e dibattiti. In questa accezione, la cultura può portare alla produzione di beni materiali (opere artistiche, film, romanzi) e immateriali (idee, visioni filosofiche) all'interno di una comunità. Ben espressa in frasi quali «i tagli alla cultura», una città con «una vita culturale ricca», la tutela del «patrimonio culturale», dei «beni culturali» e via enumerando, è questa l'accezione presente negli artt. 117 e 118 Cost. L'art. 9 della Costituzione, quando recita: «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura», è stato scritto in riferimento a tali due accezioni, ma con una interpretazione evolutiva potrebbe, per la sua ampiezza, ritenersi esteso anche alla promozione delle culture altre che oggi formano, con oltre 5 milioni di immigrati, il tessuto sociale italiano, assumendo, pertanto, anche una connotazione in senso antropologico.

2. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975. Sulla configurazione giurisprudenziale del multiculturalismo M.C. Foblets, A. Dundes Renteln, (a cura di) *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2009.

3. Come rilevano F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2011, p. 1.

2.1. L'ingresso della cultura nel diritto. La nascita dei diritti culturali

È il 1966. Con l'art. 27[4] del Patto internazionale dei diritti civili e politici, la cultura in senso antropologico fa il suo ingresso nell'orizzonte del diritto, autonomizzandosi rispetto alla religione e alla lingua, le due componenti della cultura che fino a quel momento avevano trovato riconoscimento nei testi costituzionali e nelle carte internazionali. Si tratta di un ingresso trionfale: la cultura viene positivizzata con, addirittura, lo *status* di diritto umano. Tale diritto sembrava riservato alle sole minoranze nazionali, finché il Comitato Onu dei diritti umani preposto alla garanzia del Patto, nel 1994, riferisce l'art. 27 a tutte le minoranze presenti in uno Stato, lasciando pensare che vi siano compresi anche gli immigrati[5].

Il riconoscimento internazionale è l'inizio di un fenomeno che poco dopo avrebbe coinvolto le Costituzioni nazionali. Tra il 1980 e il 1990, cinquanta delle centonovantaquattro Costituzioni esistenti vengono modificate per inserire la nuova generazione dei «diritti culturali», che entra così a pieno titolo nell'età dei diritti[6]. Le formule della costituzionalizzazione sono eterogenee: talvolta si tratta di diritti individuali, talaltra di gruppo; talvolta i diritti culturali sono riservati a minoranze nazionali o popoli nativi, talaltra invece sono diritti universali volti a proteggere qualsiasi identità culturale[7]. Pur caratterizzati da questa eterogeneità, i diritti culturali diventano, in cinquanta Stati, diritti fondamentali costituzionali.

La cultura viene giuridificata anche con un'altra formula: altre trenta Costituzioni, nello stesso arco temporale, inseriscono un principio multiculturale o di diversità culturale.

Protagonisti di questo processo di costituzionalizzazione della cultura sono gli Stati del Sud-America, dell'Africa, dell'Europa dell'Est e il Canada, che diviene la prima democrazia occidentale a costituzionalizzare un principio multiculturalista nel 1982[8].

Le Costituzioni degli Stati europei più risalenti non vengono adattate a questa ondata «culturale». La Costituzione italiana appartiene a quelle centodieci costituzioni che non includono nel loro catalogo di diritti quelli culturali, né ha costituzionalizzato un principio multiculturalista, tuttavia si può ritenere che anche in Italia l'argomento culturale trovi un suo fondamento costituzionale. Questo può dedursi, dal principio pluralista, da un'interpretazione evolutiva dell'art. 9 Cost., nonché dal principio personalista dell'art. 2 Cost. nel suo riferimento alle formazioni sociali, di cui il gruppo culturale fa parte. Più problematico invece è dire che i diritti culturali esistono in quanto fondati sul diritto internazionale, argomento non a caso mai usato dai giudici italiani. Se, infatti, è vero che l'art. 117 c. 1 come modificato dalla legge di revisione costituzionale 3/2001 ha elevato la forza delle norme internazionali pattizie, per cui l'art. 27 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 ha una forza superiore alla legge è, infatti, altrettanto vero che l'applicabilità delle Carte dei diritti sovranazionali, che non siano la Cedu o la Carta europea dei diritti fondamentali, resta incerta[9]. Neanche quest'ultima, peraltro, è sufficiente a fondare i diritti culturali: l'art. 22[10], infatti, non è direttamente applicabile visto che la Carta europea dei diritti fondamentali vincola gli Stati membri nei limiti delle competenze stabilite dai Trattati e non può essere utilizzata aldilà di queste, come ribadito dalla sent. 80/2011 della Corte costituzionale.

---

4. Art. 27: «In quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche le persone che appartengono a tali minoranze non saranno private del diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere della loro propria cultura, di professare e praticare la loro religione o di usare la loro lingua».

5. *General Comment* n. 23, *The rights of minorities*, 8 aprile 1994.

6. N. Bobbio, *L'età dei diritti,* Einaudi, Torino, 1965.

7. Per un'analisi più dettagliata di tutte le Costituzioni che riconoscono diritti culturali I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012, Cap. IV, pp. 217-241.

8. Art. 27 Carta dei diritti fondamentali: «*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians*».

9. Fin dalle sentenze gemelle 348 e 349/2007, per proseguire con le sent. 39/2008, 311/2009 e 317/2009, la Corte costituzionale ha detto che tutti i Trattati regolarmente ratificati, e non solo la Cedu, hanno lo *status* di norme sub-costituzionali interposte, che devono rispettare l'intera Costituzione (non solo il nucleo duro) e che sono vincolanti, ma una sentenza che chiarisca in concreto la forza e la diretta applicabilità del Patto del 1966 al di fuori dell'intermediazione legislativa, deve ancora venire.

10. Rubricato «Diversità culturale, religiosa e linguistica», l'art. 22 sancisce che «L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica».

La cornice normativa citata, per quanto non del tutto esplicita, consente sicuramente di respingere quell'accusa che è stata rivolta ai giudici antropologi di molti ordinamenti di attivismo multiculturalista e di produrre una giurisprudenza normativa, ma dimostra anche che il fondamento normativo dell'argomento culturale risulta troppo indeterminato e generico per essere di valido aiuto ai giudici nella risoluzione dei conflitti multiculturali. Non solo, ma tale fondamento normativo (principio pluralista, principio culturalista dell'art. 9 Cost., riconoscimento internazionale dei diritti culturali come diritti umani) genera in qualche modo delle aporie concettuali, che di seguito proverò a illustrare.

2.2. Le aporie della dogmatica che costruisce la cultura come diritto umano e fondamentale

L'ingresso trionfale della cultura nei testi giuridici come diritto umano e fondamentale è un passo simbolico molto rilevante per la protezione di gruppi a lungo negletti che dà voce a nuove teorie della giustizia e ad un nuovo concetto di cittadinanza multiculturale[11] più consono al mondo globale. Esso, inoltre, meglio invera il principio personalista adattandolo alle nuove teorie filosofiche sulla soggettività e sull'identità, che si disfano definitivamente dell'idea di un individuo à la Robinson Crusoe, astratto, non situato. Tuttavia, a mio avviso, un aspetto che è sfuggito nel momento in cui si concettualizzava la cultura dentro la teoria dei diritti fondamentali è stato che in tal modo si incorporava nell'ordinamento un parametro extra-sistemico dalla portata quasi onnicomprensiva rispetto ai comportamenti umani, una portata dagli esiti imprevedibili. I diritti culturali operano, infatti, come una sorta di clausola di «rinvio mobile» a tutte le numerosissime pratiche e comportamenti di cui una cultura si compone[12]. Che il rapporto con la cultura sia più problematico di quanto l'irenico riconoscimento quale diritto umano faccia pensare ben si coglie nell'ambito del processo penale, dove le interazioni tra cultura e diritto hanno portato alla figura del reato culturalmente motivato, o reato culturalmente orientato o reato compiuto per ragioni culturali. Alcune pratiche culturali sono, dunque, delitti, in quanto violatrici di beni giuridici cruciali protetti a livello penale e di rilievo costituzionale. La teoria dei diritti fondamentali comincia, in qualche modo, a scricchiolare perché genera equazioni incongruenti: se in una cultura esiste la pratica della vendetta, dovremmo ritenere che sussista un diritto culturale alla vendetta[13]? O un diritto culturale alle mutilazioni genitali? o un diritto culturale all'*ojaku shinju*, l'omicidio-suicidio giapponese[14]? Ovviamente, attraverso il bilanciamento, il diritto alla vita e all'integrità fisica prevarranno rispetto al diritto culturale alla vendetta, ma la teoria dei diritti fondamentali si rivela concettualmente insidiosa poiché, pur non consentendo la giustificazione della vendetta (grazie al bilanciamento), in qualche modo prefigura un diritto culturale alla vendetta con un effetto simbolico e concettuale perturbante.

I diritti culturali sembrano, in qualche modo, rivelarsi un vaso di Pandora, un cavallo di Troia che, una volta immesso nel sistema, lancia una sfida anche all'idea del monismo giuridico statale.

2.3. I diritti culturali come clausola di «rinvio mobile» alla folk law*?*

Ciò può apprezzarsi se consideriamo che dando riconoscimento massimo, addirittura al livello di

11. L'idea sostenuta nel 1995 da Kymlicka con l'introduzione del concetto di cittadinanza multiculturale era che ciascuno in qualche modo potesse viaggiare nel villaggio globale portando dietro le proprie regole, con un ripensamento sia del principio di territorialità della legge, sia del principio di eguaglianza, ripensamento possibile proprio per la forza persuasiva della cultura quale diritto umano. W. Kymlicka, *Cittadinanza multiculturale,* trad. it. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights* (1995), il Mulino, Bologna, 1999.

12. Basta scorgere le tematiche coperte dai conflitti multiculturali. Nel libro di A. Dundes Renteln, *The cultural defense*, Oxford, Oup, 2004, i conflitti nelle Corti vengono così classificati: omicidi, bambini, droghe, animali, matrimonio, *vestuario*, la morte. Nel libro F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Cedam, Padova, 2010, la cultura si invera in violenze in famiglia: maltrattamenti e sequestri di persona a danno di familiari; sequestri di giovani donne finalizzati ad imporre un matrimonio combinato; soppressione dei familiari che si ribellano alle regole e al codice etico della famiglia d'origine. Reati a difesa dell'onore: la vendetta di sangue; omicidi a difesa dell'onore sessuale; reati a difesa dell'onore personale (autostima). Reati di riduzione in schiavitù. Reati contro la libertà sessuale: violenze sessuali su ragazze minorenni; violenze sessuali su donne maggiorenni.

13. Nel caso *The People v. Metallides* (1974) il signor Kostas Metallides, immigrato greco in Florida, uccise un suo amico dopo aver scoperto che questi aveva violentato la figlia. L'avvocato lo difese appellandosi alla *folk-law* greca della vendetta e sostenendo che «*the law of the old country is that you do not wait for the police if your daughter has been raped*». L'uomo venne assolto per temporanea infermità mentale che, in qualche modo, il giudice aveva ricavato dallo stato di *shock* culturalmente determinato.

14. Nel caso *People v. Fumiko Kimura*, n. A-091133, California Superior court, 1985 una madre giapponese aveva tentato il suicidio portando con sé i due bambini. Lei si era salvata mentre i bambini no. L'avvocato la difese sostenendo che in Giappone lasciare i figli a sopravvivere alla madre era considerato un atto crudele e che la pratica dell'*ojaku-shinju* era diffusa da tempi immemorabili. La donna venne assolta per temporanea infermità mentale.

diritti umani, alla cultura, si recepisce anche quella parte della cultura che è il suo diritto. Con il *folk-lore* cioè entra nell'ordinamento giuridico statale anche la *folk-law*[15], il cosiddetto diritto popolare. Ma quando la *folk law* include la vendetta[16], si crea, come accennato, il paradosso che tale pratica appare rivestita del manto del diritto soggettivo.

Considerato che, dal punto di vista antropologico, il diritto è una delle componenti del più ampio concetto di cultura, si potrebbe arrivare a dire che l'esistenza di diritti culturali sfida lo stesso principio di territorialità del diritto, in quanto incorpora non soltanto la *folk law*, ma anche la *official law*, la *written law* del gruppo culturale altro. Il caso del genitore italiano che durante una vacanza in Norvegia aveva dato uno schiaffo al figlio venendo arrestato per maltrattamenti su minore e che si difendeva sostenendo che le forme di punizione fisica non sono punite dal diritto italiano, è emblematico di questa possibilità. Può, nell'assetto dato dal diritto internazionale alla cultura, parlarsi di un diritto culturale del padre italiano a punire fisicamente il proprio figlio, visto che in Italia lo *ius corrigendi* fisico non è stato abolito integralmente, come lo stesso ordinamento giuridico italiano, riflesso della cultura italiana, dimostra?

L'idea dei diritti culturali, dunque, si rivela un contenitore aperto, una sorta di clausola di «rinvio mobile» verso tutto quel sistema organico che è una cultura, costituito anche dal diritto in senso oggettivo. Credo di non esagerare affermando che attraverso il riconoscimento della cultura come diritto o principio costituzionale, si è in qualche modo rivitalizzata la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici che si è trovata, di fatto, introdotta nei vari ordinamenti monisti sotto la veste dei diritti culturali.

2.4. La cultura come «rete di regole» e come ordinamento giuridico tout court*?*

Potrebbe esservi un'altra versione, ancora più radicale, dell'incorporazione del pluralismo giuridico tramite i diritti culturali, che qui vorrei brevemente ipotizzare. Pur non condividendola perché dilata eccessivamente l'idea di che cosa è diritto, infatti, mi sembra rilevante per mostrare le problematiche insite nella teorizzazione della cultura come diritto fondamentale.

Se applichiamo una lettura pan-giuridica, che vede il diritto esistere ogni qualvolta vi è una regola di comportamento, a ben vedere ogni cultura in sé sarebbe leggibile tutta intera come un ordinamento giuridico, come una grande, fitta e interconnessa «rete di regole»[17]. Che si parli della ricetta della pasta o di come si macella un agnello, delle regole per seppellire i morti, per sposarsi o per vestirsi, dei meccanismi con cui si ricerca la giustizia – rivolgendosi a un terzo imparziale o praticando la vendetta – le culture appaiono insiemi olistici di norme di comportamento, condivise, trasmesse intergenerazionalmente, sanzionate. Tutto il *folk-lore* sarebbe, dunque, in questa lettura pan-giuridica *folk-law*. Degli ordinamenti giuridici, le culture condividono molte caratteristiche: la cultura è composta da regole condivise attraverso meccanismi di legittimazione sociale, ma che sono anche modificabili e rinnovabili; come negli ordinamenti giuridici, le regole culturali hanno diversi livelli di cogenza alcune essendo imperative altre facoltizzanti altre promozionali. L'aspetto giuridico insito nello stesso concetto di cultura, secondo tale lettura, si coglierebbe anche a livello linguistico: quando si parla di codici di abbigliamento, codici alimentari, codici di comportamento sessuali e più ampiamente codici culturali si evocano, infatti, proprio «insiemi di regole».

A qualunque delle due visioni – quella che distingue dentro la cultura tra *folk-lore* e *folk-law* o quella pan-giuridica che guarda a tutta una cultura come rete di regole e quindi come ordinamento *tout court* – si aderisca, credo che entrambe mettano in luce la difficoltà di usare la teoria dei diritti fondamentali come fondamento concettuale alla risoluzione dei conflitti multiculturali in quanto questa teoria si rivela la porta aperta per un diritto, più o meno ampio nei suoi contenuti, prodotto altrove che entra nel nostro ordinamento con lo *status* più alto possibile: quello di diritti umani. Si potrebbe, invero, ribattere che questo fenomeno non è nuovo ed accade anche con il riconoscimento della libertà religiosa, della libertà di manifestazione del pensiero, dell'obiezione di coscienza e la teoria dei diritti fondamentali è già

15. A. Dundes Renteln, A. Dundes, (a cura di), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of* Lex Non Scripta: *Volume I*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1994.

16. Sulla vendetta come «istinto o istituzione?» si vedano di recente, G. Lorini, M. Masia (a cura di), *Antropologia della vendetta*, Esi, Napoli, 2015; I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, Madrid, Csic, 2008.

17. Mutuo rivisitandola questa definizione da quella fornita da C. Geertz, *Antropologia interpretativa*, trad. it. *Local knowledge. Further essays in interpretative anthropology* (1983), il Mulino, Bologna, 2001, secondo cui una cultura è una «rete di significati» (*web of meanings*), ossia un sistema semiotico, di segni della più variegata natura che chi appartiene a quel gruppo può decodificare e può usare per comunicare in quanto ne conosce il linguaggio.

attrezzata a risolverlo[18], ma la portata onnicomprensiva del concetto di cultura sembra rendere il caso dei diritti culturali più problematico.

2.5. L'arenarsi della dogmatica dei diritti culturali

La giuridicizzazione della cultura come diritto soggettivo è forse avvenuta senza prendere adeguatamente in considerazione gli effetti dirompenti che questa avrebbe potuto avere a causa del carattere così ampio del concetto di cultura. Il legislatore internazionale aveva forse in mente specifici aspetti del *folklore* e, in parte pressato dalle risposte alle ingiustizie subite dai popoli vittime dell'imperialismo culturale (e materiale) occidentale, in parte stregato dall'esotismo e fascino per le culture, non ha accuratamente considerato in che cosa i diritti culturali si sarebbero poi inverati e concretizzati; quando si è reso conto che, con la cultura che diventava diritto, facevano ingresso non soltanto i modi in cui ci si veste, si mangia, si osserva il giorno di riposo, ma anche forme violente di disciplina dei bambini, mutilazioni genitali, vendetta e omicidi d'onore, lo scenario è mutato.

In un primo tempo, a fronte di queste difficoltà date dal fatto che la cultura era una clausola troppo aperta, la stessa teoria dei diritti fondamentali ha sostenuto un approccio *case by case* ai vari conflitti, ma ciò ha significato arrendersi alla impossibilità di fissare dei parametri certi per il giudice. Poi progressivamente la fiducia nel multiculturalismo si è offuscata. Da movimento progressivo e liberatorio esso ha iniziato ad essere percepito come un passo indietro verso la via della giustizia.

Il diritto costituzionale si è tirato indietro: il processo di costituzionalizzazione dei diritti culturali si è arrestato con il risultato finale che soltanto 80 Costituzioni su 194 hanno esplicitamente incorporato la cultura. La stessa frase ricorrente in gran parte della dottrina e della giurisprudenza per cui la cultura può trovare riconoscimento «sempre se non viola diritti fondamentali», porta a ritenere che la cultura sia sempre più spesso percepita come potenziale antitesi dei diritti fondamentali[19].

Anche il diritto penale si è arenato sulla possibilità di prevedere un'eccezione culturale e se fondarla sull'esercizio del diritto o su altri elementi. In pochissimi ordinamenti l'argomento culturale ha trovato riconoscimento a livello di codice penale[20]. Uno di questi è il Perù che all'art. 15 cp rubricato «errore di comprensione culturalmente condizionato» stabilisce che: «colui che per la sua cultura o costumi commette un fatto punibile senza poter comprendere il carattere delittuoso del suo atto o agire conformemente a tale comprensione, sarà esente da responsabilità. Quando per la stessa ragione, tale possibilità sia diminuita si attenuerà la sanzione»[21]. Il riconoscimento dell'esimente avviene dentro la categoria dell'errore e non dell'esercizio del diritto. In Canada, Paese multiculturale per eccellenza, l'idea di introdurre un'esimente culturale è stata esclusa nel 1994. Negli Stati Uniti, Paese che per primo ha visto i giudici accogliere forme di *cultural defense*, non esiste alcun riconoscimento esplicito di questa. Lo stesso dicasi per i Paesi europei. Ciò non ha impedito ai giudici di tener conto dell'argomento culturale, seguendo altri canali– le circostanze attenuanti o clausole generali quali il giustificato motivo – ma sicuramente dal diritto penale provengono forti dubbi alla concettualizzazione della cultura come diritto fondamentale.

---

18. Si potrebbe ribattere che in realtà il giudice possiede tutti gli strumenti per risolvere i conflitti multiculturali proprio tramite le tecniche di bilanciamento tra diritti. Si potrebbe dire che non c'è cortocircuito tra teoria dei diritti e pluralismo giuridico in quanto non è nuova al diritto l'operazione di incorporare *sub specie* diritto fondamentale un pacchetto di norme esterne: ad esempio, riconoscendo il diritto all'obiezione di coscienza si dà riconoscimento a norme morali dell'individuo; ugualmente con la libertà religiosa, l'ordinamento giuridico statuale riconosce un altro sistema normativo, quello religioso, che può imporre il riposo in certi giorni della settimana, il divieto di trasfusioni di sangue e tutta una serie di altre regole potenzialmente in contrasto. L'ordinamento parrebbe, pertanto, più che attrezzato a risolvere le sfide del multiculturalismo. La stella del bilanciamento tra i diritti fondamentali potrebbe guidare il passo. Proprio attingendo al bilanciamento tra diritti si potrebbe dire che se pure un soggetto ha un diritto alla cultura, non ha un diritto alla vendetta, a compiere un omicidio d'onore, a compiere una mutilazione genitale sulla figlia, perché tali pratiche culturali vanno bilanciate con i diritti alla vita, all'integrità fisica, alla salute, alla libertà sessuale di altri soggetti. Seppure queste sono osservazioni plausibili, a me pare che il riconoscimento della cultura come diritto umano ha una componente dirompente molto più ampia di quella della sola libertà religiosa o di coscienza, derivante, come detto, dal fatto che la cultura è un assetto di regole molto più ampio.

19. P. Parolari, *Reati culturalmente motivati: un'altra sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2/2008, pp. 529 ss.

20. A. Bernardi, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 3 ss.; C. Grandi, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in O. Giolo-M. Pifferi (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 179-211.

21. J. Hurtado Pozo, *Art. 15 del código penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*, www.unifr.ch, 2003.

La teoria della cultura come diritto fondamentale è sotto accusa anche da parte del femminismo giuridico, che negli anni '90 ha cominciato a rompere il matrimonio troppo frettoloso contratto con il multiculturalismo. Il celeberrimo saggio di Susan Moller Okin *Is multiculturalism bad for women?*[22] poneva il problema dell'intrinseca incompatibilità tra diritti culturali e diritti delle donne[23], ma il dibattito è poi andato ben oltre proponendo l'idea che la configurazione di molti conflitti non dovesse avvenire più *sub specie* cultura, bensì *sub specie* patriarcato[24]. Il diritto internazionale, seguendo il femminismo giuridico, sta avviando un processo di de-culturalizzazione di diverse pratiche culturali che non vengono più presentate come tali, ma come espressione del patriarcato. L'ultimo caso sono le mutilazioni genitali femminili, che sono state definite dalla risoluzione A/Res/67/146 del 20 dicembre 2012 emessa dall'Assemblea generale delle nazioni unite come «violenza di genere», con un conseguente obbligo di divieto in tutte le loro forme, anche le più lievi, in quanto umilianti per le donne.

Per tutte queste ragioni a me pare che la teoria dei diritti fondamentali sia insufficiente a fondare una dogmatica della diversità convincente e di reale aiuto per i giudici ed, infatti, questi tendono a configurare i conflitti multiculturali in altri termini.

2.6. La configurazione dei conflitti multiculturali in Italia dentro la teoria del pluralismo giuridico: la cultura come consuetudine esterna

Allo stato attuale, in Italia, è la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici che si rivela la cornice entro cui i giudici spiegano i conflitti multiculturali. Non mi risulta alcuna sentenza in cui i giudici menzionino la cultura come diritto soggettivo. Il dato è comprovato, a contrario, dal fatto che quando vengono in rilievo pratiche religiose il giudice costruisce il conflitto come un conflitto tra diritti e, se siamo in un processo penale, usa l'esimente dell'art. 51 cp dell'esercizio del diritto/libertà religiosa. Sicuramente tale differenza argomentativa a seconda che il conflitto sia religioso o *stricto sensu* culturale, senza cioè alcuna componente religiosa, deriva dall'assenza esplicita nella nostra Costituzione di diritti culturali. Ma il fatto che nessun giudice abbia mai pensato di usare le fonti sovranazionali per teorizzare la cultura come diritto soggettivo prova che la dogmatica della diversità in Italia si orienti decisamente verso la teoria del pluralismo giuridico che porta a trattare la cultura come consuetudine, come fonte esterna. D'altra parte, tale configurazione non è nuova: se la cultura ha fatto ingresso nel diritto positivo ufficialmente nel 1966 come diritto umano, i primi studi sui conflitti multiculturali sono, invero, molto più risalenti e i primi tentativi di tracciarne una ricostruzione dogmatica si collocavano all'interno di un'altra teoria: quella del pluralismo giuridico.

In un lavoro apparso nel 1938 negli Stati Uniti, Thorsten Sellin[25] descrive alcuni tra i primi casi di conflitti multiculturali che, peraltro, riguardano quasi tutti immigrati italiani, come quello occorso nel New Jersey nel 1930 di un siciliano il quale, all'atto di venire arrestato per aver ucciso il seduttore sedicenne della figlia, mostra tutta la sua sorpresa dal momento che aveva semplicemente difeso l'onore della sua famiglia secondo la tradizione. Nel notare che in Sicilia tale comportamento era non soltanto ammesso, ma addirittura doveroso, Sellin formula la sua teoria sui conflitti prodotti dal fenomeno migratorio negli Usa descrivendoli, in piena linea con Santi Romano, come conflitti normativi, antinomie tra regole appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi. Secondo Sellin, l'immigrato è schiacciato tra due norme di condotta contrapposte ed è portato a scegliere le norme del proprio ordinamento culturale in quanto più vincolanti, più condivise o, in certi casi, le sole conosciute.

Anche gli studi italiani si rivelano un contributo importante alla costruzione di una dogmatica della diversità nell'ambito del pluralismo giuridico. Nel lavoro di Antonio Pigliaru apparso nel 1959, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, si spiega perché la vendetta che aveva luogo nel contesto del fenomeno definito come «banditismo sardo» non poteva essere equiparata ad un qualsiasi sistema

22. S. Okin, *Is multiculturalism bad for women?,* in J. Cohen, M. Toward, M. C. Nussbaum, (a cura di), *Is multiculturalism bad for women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton University Press, 1999, (trad. it.) *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007, pp. 9 ss.

23. Di questa potenziale conflittualità è espressione l'art. 35 della Costituzione canadese che dopo aver riconosciuto i diritti dei popoli aborigeni del Canada, noti con l'eteronomo Indiani d'America, statuisce al c. 4. «Nonostante qualsiasi altra disposizione di questa Costituzione, i diritti aborigeni e i diritti derivanti dai Trattati sono garantiti in modo eguale a uomini e donne». Analoghe formule si trovano in Costituzioni africane e sudamericane.

24. R. Reddy, *Gender, culture and the law: approaches to 'Honour Crimes' in the UK,* in *Fem. Leg. Stud.*, n. 16, 2008, pp. 305 ss.

25. T. Sellin, *Culture and conflict in crime*, Social Science Research Council, New York, 1938, pp. 68 ss.

criminale[26]. È tale modo di ragionare che fonda oggi la categoria dei «reati culturalmente motivati»[27] come distinta dai reati compiuti per mera devianza individuale.

Questo rapido affresco ci consente di concludere affermando che attualmente una costruzione dogmatica della diversità corre su un'ambiguità e situazione irrisolta: da un lato la cultura è un diritto umano ed è quindi stata incorporata negli ordinamenti statali come dotata di un valore (pur con tutte le incertezze dell'applicazione di Carte dei diritti sovranazionali, quali il Patto del 1966, nel contesto della tutela multilivello dei diritti); dall'altro lato, la cultura si compone di pratiche che difficilmente sono configurabili come diritti umani o fondamentali, ma meglio si spiegano con la teoria del pluralismo giuridico, come norme esterne.

Teoria dei diritti fondamentali e teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici sono oggi le due costruzioni dogmatiche entro le quali si inquadrano i conflitti multiculturali: ma la loro compenetrazione è molto difficile e crea per il giudice una situazione antinomica: da un lato la cultura è un diritto o, comunque, un principio di rilievo costituzionale, dall'altro è foriera di norme esterne potenzialmente confliggenti con il suo obbligo di soggezione alla legge.

I problemi descritti non segnano certo una resa nel tentativo di costruire una dogmatica delle diversità. Nuove strade sono state già aperte e, a mio avviso, si rivelano feconde.

Una è percorsa da Mario Ricca attraverso l'idea di interculturalismo[28] che, andando oltre sia alla teoria dei diritti fondamentali che del pluralismo giuridico, suggerisce che l'immissione di una visione del mondo altra non implichi tanto una scelta conflittuale tra una pratica o l'altra, bensì una mutua trasformazione. Sicuramente i fermenti sono tanti e una nuova più consona dogmatica della diversità è in cantiere. Tuttavia, nel frattempo, i giudici, chiamati a risolvere conflitti multiculturali ad un ritmo progressivamente crescente, si sono dovuti sforzare di trovare soluzioni proprie.

Se la dogmatica della diversità si trova per il momento all'*impasse*, è al diritto giurisprudenziale, alla topica dei conflitti multiculturali che ci si può rivolgere, per vedere se da essa arriva qualche risposta.

3. La topica della diversità culturale tra approccio *case by case* ed emersione dei test culturali

Tornata all'attenzione della scienza giuridica dopo l'oblio in cui era caduta durante tutta la fase matematizzante del diritto della Giurisprudenza dei Concetti, della Dogmatica e del Positivismo giuridico, la topica è quel modo di intendere il diritto come arte di risolvere casi concreti, attraverso un ragionare per problemi, piuttosto che per sistemi astrattamente dedotti da una norma. Fondata sull'idea che il ragionamento giuridico non abbia una struttura matematica, deduttivo-sistematica, bensì pratica, valutativa, orientata al caso concreto, nella visione di Theodor Viehweg[29], a cui forse per primo si deve il rilancio del concetto[30], la topica però non coincide esattamente con l'approccio *case by case*, ma è la scienza che cerca i *topoi*, i luoghi comuni al processo dialettico, ossia i punti in cui c'è accordo. Quando Viehweg, infatti, scrive: «c'è contrasto tra il pensare problematicamente ed il pensare sistematicamente. Non si può tuttavia disconoscere che fra problema e sistema sussistono delle essenziali implicazioni», l'autore si riferisce al fatto che anche l'approccio topico possa fondarsi su elementi condivisi e non significhi occasionalismo, incertezza ed eterogeneità nelle decisioni.

Il fatto che i giudici si siano trovati in gran parte soli di fronte ai primi conflitti multiculturali, e tutt'oggi lo siano (fatti salvi gli interventi del legislatore rispetto ad alcune specifiche pratiche culturali), ha determinato in qualche modo un risveglio di questa tradizione. Vista la ricchezza di pratiche culturali che sono state sottoposte al giudice antropologo, al principio si è prodotta una certa eterogeneità nelle soluzioni: tuttavia, con il tempo, gli esercizi topici

26. A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959, rileva tre elementi di differenza: a) l'origine contrattualistica di tipo privatistico tipica della *societas sceleris*, dei criminali che stipulano un accordo per delinquere, è assente nella comunità barbaricina dove lo stare insieme, garantito anche dalle regole della vendetta, ha una dimensione pubblica e politica; b) le finalità dell'ordinamento barbaricino sono quelle di garantire una vita sociale stabile e non quelle di usare la vendetta per profitto; c) la *societas sceleris* appare un gruppo deviante da una comunità più ampia rispetto alla quale è marginalizzato e criticato, viceversa il livello di condivisione e di valori che la comunità barbaricina esprime la mostra un gruppo coeso in cui la regola della vendetta è condivisa.

27. La formula «reati culturalmente motivati» è stata forgiata da J. Van Broeck, *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9/1, 2001, 1-32, che ne fornisce una definizione, a mio avviso, molto in linea con il pluralismo giuridico: «il comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato nell'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è condonato o accettato come comportamento normale o, addirittura, è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni».

compiuti dai giudici, italiani e comparati, hanno prodotto degli argomenti condivisi. È a questi che a mio avviso si dovrebbe guardare per cercare di elaborare una topica-sistematizzata che possa aiutare i giudici a comporre i conflitti.

Allo stato attuale è possibile parlare di due versanti della topica multiculturale: da un lato, può riscontrarsi che alcuni argomenti maturati dai giudici nei diversi ordinamenti sono ricorrenti; dall'altro, è dato osservare l'emersione dei *test* culturali e religiosi.

3.1. I topoi *comuni alla risoluzione dei conflitti multiculturali*

L'idea che i conflitti multiculturali dovessero essere affrontati con un approccio caso per caso si è affacciata da subito: venendo in gioco una categoria così ampia come quella di cultura, è apparso da subito evidente che la categoria diritti culturali in sé andava riempita di tutte le miriadi di pratiche, comportamenti, segni che operano dentro una cultura.

Analizzando comparativamente i modi in cui i giudici hanno declinato l'argomento culturale è possibile evidenziare l'emersione di diversi *topoi* argomentativi generalmente usati in quanto si rivelano persuasivi nei riguardi dell'uditorio del giudice e intercettano il senso comune.

Uno è quello del tempo di permanenza nella cultura ospite. Sviluppato soprattutto in Inghilterra, ma ripreso spesso anche dai giudici italiani e di altre giurisdizioni, questo *topos* accerta da quanto tempo la persona abita nello Stato ospite per capire essenzialmente se abbia potuto apprenderne le regole. Tale *topos* si inquadra nell'idea della pluralità degli ordinamenti giuridici: la cultura è considerata come una regola che il soggetto ineluttabilmente segue, spesso perché non ne conosce altre.

Un secondo *topos* che ricorre è quello dell'agente modello. Spesso i giudici, per verificare che l'argomento culturale non sia speso strategicamente dalle parti, si interrogano su come si sarebbe comportata la persona media appartenente a quella cultura: riescono in questo modo a meglio distinguere i comportamenti autenticamente culturali da quelli che sono mere devianze o condotte individuali sproporzionate.

Un terzo *topos* è quello del livello di obbligatorietà della pratica culturale. I giudici tendono a dare rilievo ad una pratica seguendo una gradazione che distingue tra pratica essenziale, senza la quale il gruppo scomparirebbe, pratica obbligatoria e pratica meramente facoltativa.

Un quarto *topos* è quello che potremmo definire «argomento di genere» o «anti-patriarchale» che vede i giudici rigettare l'argomento culturale quando sono in gioco pratiche che compromettono l'uguaglianza tra uomo e donna.

Un quinto *topos* è quello del *secundum comparationis* o dell'equivalente culturale con cui il giudice tende a presentare un comportamento analogo alla cultura maggioritaria per verificare se è disciplinato in condizioni di eguaglianza con la pratica minoritaria.

Va, tuttavia, segnalato che questi *topoi* non vengono presi in considerazione in modo costante e sistematico. Per evitare che la soluzione casistica creasse una situazione di incertezza, in ambiente nord-americano sono nati i primi *test* culturali con cui si è cercato di procedimentalizzare l'*iter* argomentativo del giudice in una serie di passaggi. Creati dalle Corti supreme, tali *test* si sono imposti alle Corti di merito. È questo, a mio avviso, il versante più interessante della topica della diversità.

3.2. I test *culturali e i* test *religiosi esistenti*

Il primo *test* culturale recante tale nome è stato elaborato in Canada nel 1996[31]. Esso serve a concretizzare i diritti culturali dei nativi riconosciuti all'art. 35[32] della Costituzione canadese.

---

28. M. Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2008.

29. T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. (a cura di G. Crifò), *Topik und Jurisprudenz* (1953), Giuffrè, Milano, 1962, rileva come la parola fu coniata da Aristotole (350 a.C. circa) nel lavoro *Topica*, dove è definita come arte del discutere, che insegna come da proposizioni opinabili si possano, comunque, trarre delle conclusioni man mano che si affermano dei *topoi*, dei luoghi argomentativi comuni e condivisi. Su tale struttura del ragionamento giuridico, A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, che riprende la distinzione formulata da Norberto Bobbio tra logica giuridica come «logica delle proposizioni normative» da un lato e come «logica della giurisprudenza» cioè indagine del ragionamento del giudice, che sarebbe orientata a persuadere.

30. Che poi ovviamente è esploso in prestigio con il lavoro di C. Perelman, L. Olbrechts Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica,* trad. it. *Traitè de l'argumentation. La nouvelle rhètorique* (1958), Einaudi, Torino, 1966, che ha aperto il movimento della neo-retorica. Da ultimo, sull'approccio topico al diritto si vedano F.J. Mootz III, F. Cerrone, S. Niccolai, G. Repetto, G. Bascherini, *Law and Community: Alessandro Giuliani's Aristotelian Vision*, in *Federalismi.it*, n. 16/2013.

31. Nella decisione della Corte suprema canadese *R. v. Van Der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

32. Art. 35: «1. I diritti aborigeni e i diritti derivanti dai Trattati dei popoli aborigeni del Canada sono riconosciuti e sanciti. 2. In questa disposizione, l'espressione 'popoli aborigeni del Canada' ricomprende gli Indiani, gli Inuit e i Metis del Canada. 3. Per maggiore chiarezza

Il *test* canadese si compone dei seguenti passaggi argomentativi:

1) Individuazione della pratica culturale.
2) La pratica è «essenziale e integrale» per la sopravvivenza culturale del gruppo?
3) La pratica è «distinta» rispetto ad altre della maggioranza?
4) La pratica esisteva prima dell'arrivo degli europei (*pre-contact test*)

Il *test* in sé è stato molto criticato e non può certo dirsi la soluzione ideale per i popoli indigeni, in quanto è molto difficile da essere adempiuto per intero, inoltre è stato applicato in modo spesso formalistico dalla Corte suprema. Tuttavia, a me pare interessante l'idea di un modo ricorrente di impostare tutti i conflitti multiculturali sollevati dai nativi. Inoltre, attraverso il test, la Corte suprema ha cercato di organizzare e indirizzare il ragionamento del giudice. Ad esempio, è molto importante e utile l'introduzione della prima domanda: prima di essa i nativi si presentavano ai giudici usando l'argomento generico «è la mia cultura»; dal 1996 invece hanno l'onere di descrivere in modo accurato la pratica.

Lo strumento del *test* culturale è usato anche dal Comitato dei diritti umani Onu che nelle cause che gli si sono presentate in violazione dell'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici del 1966 ha standardizzato le seguenti domande:

1) Individuazione della pratica culturale.
2) La pratica è «essenziale» per la sopravvivenza culturale del gruppo?
3) Ragionevolezza del limite imposto dallo Stato.
4) La minoranza è stata consultata?
5) Graduazione tra distruzione o mera alterazione della pratica.

Anche il diritto comparato, come quello italiano, prevede che i conflitti multiculturali che sono anche religiosi seguano strade diverse rispetto a quelli soltanto culturali. Anche in questo campo in Nord-America esistono appositi *test* religiosi, separati e distinti rispetto a quelli culturali. In generale, i *test* religiosi che sono molto più facili da essere adempiuti, viceversa i *test* culturali richiedono *standard* molto più elevati affinché la pratica possa trovare protezione.

Il più celebre *test* religioso è quello esistente negli Stati Uniti, noto come *Sherbert Test*, forgiato nel 1963[33]. Il *test* impone i seguenti passaggi argomentativi:

1) Individuazione della pratica religiosa.
2) Quanto è sincero il soggetto?
3) C'è una compressione significativa di una pratica obbligatoria?
4) Esiste un interesse cogente statale alla compressione della pratica (*compelling interest test*)?

Sulla falsa riga di questo *test* la Corte suprema canadese ha nel 2004[34] forgiato un suo *test* religioso che prevede le seguenti domande:

1) Individuazione della pratica religiosa.
2) Limitazione non banale (*non trivial burden*) e possibili alternative per il soggetto.
3) Quanto è sincero il soggetto?
4) La pratica arreca un danno?
5) Bilanciamento con altri diritti.
6) La limitazione è ragionevole in una società democratica?

I *test* elaborati dalle Corti nord-americane e sovranazionali costituiscono, a mio avviso, un contributo importante che potrebbe fornire al giudice italiano chiamato a risolvere i conflitti multiculturali una guida certa, che eviti oscillazioni giurisprudenziali. Tuttavia, così come formulati essi presentano diverse incongruenze, in parte derivanti dal fatto che vanno contestualizzati e compresi nel proprio ordinamento giuridico di produzione, in parte derivanti dal fatto che trascurano alcune domande importanti.

3.3. I test *culturali suggeriti in dottrina*

Ai *test* di conio giurisprudenziale, vanno aggiunte le riflessioni che la dottrina ha effettuato. Diversi autori hanno richiamato l'importanza di non abbandonare a sé stessa l'argomentazione giudiziale, ma di guidarla attraverso alcuni punti ricorrenti.

Alison Dundes Renteln[35] ha suggerito nel 2004 il seguente *test* per le Corti americane, allo scopo di evitare conclusioni troppo frettolose e inaccurate da parte dei giudici:

(si precisa che) nel comma 1 la formula 'diritti derivanti dai Trattati' include o diritti attualmente esistenti in virtù di accordi sulle terre o diritti che possono essere acquisiti (con futuri Trattati tra Canada e indigeni). 4. Nonostante qualsiasi altra disposizione di questa Costituzione, i diritti aborigeni e i diritti derivanti dai Trattati sono garantiti in modo eguale a uomini e donne».

33. Nella decisione della Corte suprema americana *Sherbert v. Verner*, [1963] 374 U.S. 398.

34. Nella decisione *Syndicat Northcrest v. Amselem* [2004] 2 S.C.R. 551.

35. A. Dundes Renteln, *The cultural defense*, cit.

1) È l'attore o il convenuto membro di un determinato gruppo etnico?
2) Il gruppo ha quella tradizione?
3) L'attore o il convenuto è stato influenzato da quella tradizione quando ha posto in essere la sua condotta?

La canadese Avigail Eisenberg nel 2009[36] ha suggerito che per valutare se una pratica culturale dovesse avere o meno riconoscimento il giudice e il legislatore dovessero tenere conto della presenza più o meno forte di tre condizioni, che l'autrice traduceva in queste tre domande:

1) Quanto la sopravvivenza culturale del gruppo è a *rischio* (*jeopardy condition*)?
2) La pratica arreca un *danno* (*harm condition*)?
3) In che modo la pratica è legittimata e condivisa dal gruppo (*validation condition*)?

Anche in Italia, la dottrina penalistica con Cristina De Maglie[37] nel 2010 ha suggerito queste preliminari domande:

1) Il reato è stato compiuto per un *motivo culturale*?
2) Vi è *coincidenza di reazione* con l'agente modello del gruppo?
3) La pratica è distinta da altre analoghe della maggioranza (*divario* tra culture)?

Osservando con uno sguardo d'insieme i vari test elaborati a livello giurisprudenziale e dottrinale si osserva che ciascuno di essi è in sé incompleto, ma insieme essi raccolgono gli argomenti più persuasivi emersi nei diversi esercizi topici compiuti dai giudici. È, dunque, possibile ipotizzare un test ancora più dettagliato che riesca a combinare il meglio dei *test* esistenti.

4. Una proposta di test culturale per i giudici italiani

Il *test* culturale che propongo è un modo per procedimentalizzare l'*iter* argomentativo del giudice, una sorta di guida per tappe obbligate verso la decisione, che incorpora alcuni *standard* antropologici dentro il processo mettendoli in dialogo con le caratteristiche proprie del ragionamento *more juridico* e che, più in generale, aspira a rendere certi i passaggi argomentativi da affrontare. In questo senso, il *test* suggerito combina sia elementi «tecnici» strettamente pertinenti al ragionamento *more antropologico*, sia elementi «ponderativi» più tipici del ragionamento *more juridico*. I due elementi sono distribuiti nella seguente sequenza di passaggi logico-argomentativi che, a mio avviso, ogni giudice dovrebbe percorrere quando si trova di fronte ad un conflitto multiculturale:

1) La categoria «cultura» è utilizzabile?
2) Descrivere la pratica culturale e le caratteristiche del gruppo.
3) Inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale da cui proviene.
4) La pratica è essenziale alla sopravvivenza del gruppo, obbligatoria o facoltativa?
5) Quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata?
6) Come si comporterebbe l'agente modello di quella cultura?
7) Quanto è sincero e coerente il soggetto che rivendica la pratica?
8) Il gruppo è discriminato nella società?
9) Esiste un'equivalente culturale nella cultura della maggioranza?
10) La pratica arreca un danno?
11) La pratica perpetua il patriarcato?
12) Che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite?
13) Che buone ragioni presenta la minoranza per continuare la pratica? Il criterio della scelta di vita ugualmente valida.

Le prime sei domande possono definirsi come la parte oggettiva, antropologica del *test*. Per rispondere ad esse è opportuno che il giudice si avvalga delle competenze dell'antropologia. Di seguito proverò a dimostrare il perché è imprescindibile che in ogni conflitto multiculturale esse vengano poste e affrontate. Essendo quella dei conflitti multiculturali una tematica nuova, è possibile che al giudice che per la prima volta si accosti ad un conflitto sfuggano questioni che per l'antropologo sono scontate.

Ignorando la prima domanda del *test,* non è stato raro in Italia assistere ad un errato approccio pan-culturalista del giudice, che ha trattato come culturale qualsiasi comportamento per il solo fatto che fosse posto in essere da uno straniero[38]. Nel caso di

36. A. Eisenberg, *Reasons of identity. A normative guide to the political and legal assessment of identity claims,* Oxford University Press, Oxford, 2009.

37. C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

38. Fenomeno già denunciato da L. Volpp, *Blaming culture for bad behaviour*, in *Yale journal of law & the humanities*, 12 /2000, pp. 89 ss.

due cittadini pakistani accusati di violenza sessuale e difesi dall'avvocato con l'argomento culturale che fossero incapaci di capire il disvalore del fatto visto che in Pakistan le donne sono trattate come oggetti e che lo stupro non è percepito come un fatto grave, il giudice ha respinto l'argomento culturale con questa contro-argomentazione: «*il criterio fissato dall'art. 133 c. 2, n. 4 cp ha di contro valenza esattamente contraria, poiché sta a significare che tanto più le condizioni di vita individuale, familiare, sociale rispecchiano un sistema di regole antitetiche a quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione*»[39]. Ma così argomentando il giudice è caduto in una fallacia pan-culturalista, anziché dire, più correttamente, che la cultura pakistana non giustifica la violenza sessuale e che, quindi, non siamo affatto di fronte ad un reato culturalmente motivato, ma ad un reato comune, frutto della devianza individuale di quei due soggetti. La prima domanda del *test* serve a evitare, da un lato, usi strategici della cultura da parte degli avvocati e, dall'altro, motivazioni stereotipanti da parte dei giudici.

Il secondo passaggio del *test* – individuazione della pratica culturale nel dettaglio – è mutuato dal *test* culturale canadese con cui, come visto, la Corte suprema ha imposto che il ricorso all'argomento culturale non possa mai essere generico, evocativo della cultura *tout court*, ma debba piuttosto riferirsi ad una singola pratica culturale accuratamente descritta. Anche in questo caso, l'apporto dell'antropologia appare indispensabile. Ancora una volta, un esempio di come il giudice italiano, in assenza di un preciso *iter* logico da seguire sia caduto in errori, è utile a capire l'importanza di un test. Nella sent. N. 45516/2008 la Corte di cassazione ha annullato con rinvio una sentenza della Corte d'appello di Santa Maria Capua Vetere, che condannava una madre Rom per il reato di riduzione in schiavitù in quanto portava il figlio a mendicare, imponendo di applicare il reato meno grave di maltrattamenti in famiglia. Tra le motivazioni addotte dalla Corte di cassazione vi era quella secondo cui il *manghel* (la richiesta di elemosina dei Rom ai *Gadgè* ossia a tutti i non-Rom) sarebbe una pratica culturale dei Rom. Tuttavia, ad immediato ridosso della sentenza gli stessi Rom respinsero al mittente l'affermazione, sostenendo che loro non mendicavano per cultura, ma per questioni economiche. Dicendo i Rom mendicano per cultura, inconsapevolmente il giudice, che pure agiva in buona fede contro atteggiamenti di criminalizzazione dei Rom e cercava una soluzione più equa, ha aperto un solco tra maggioranza e minoranza. In questo solco il legislatore è intervenuto pochi mesi dopo e con la legge n. 94/2009, in dichiarata opposizione alla sentenza ritenuta troppo indulgente e violatrice dei «diritti dei bambini» ha introdotto l'art. 600 *octies* cp, che inasprisce le pene per i genitori che portano i bambini a mendicare. Un giudice antropologo più accorto, avrebbe potuto individuare altre pratiche culturali che pure soggiacciono al comportamento: ad esempio la diversa concezione dell'infanzia per i Rom, il fatto che le madri Rom usano portare con sé i propri figli ovunque vadano e che considerino un maltrattamento la separazione del bambino dalla madre cui le donne *Gadgè* si sottopongono sin dai primi mesi mandando i loro bambini all'asilo[40]. In tal modo, si sarebbe favorito un dialogo interculturale tra i due modi di concepire l'infanzia, che chiamava in causa anche la cultura italiana, anziché dire inopinatamente che mendicare fa parte della cultura Rom.

Il terzo punto del *test* – inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale – si fonda su un altro importante assunto antropologico volto a guardare le culture come sistemi organici, tendenzialmente coerenti o, comunque, con livelli di interconnessione tra le singole pratiche. Così come soltanto un giurista inesperto leggerebbe una disposizione isolandola dalle altre, per un antropologo è un grave errore isolare una singola pratica dal contesto in cui si svolge. A mio avviso, questa domanda del *test* aiuterebbe a meglio contestualizzare il velo islamico. Sarebbe, infatti, facilmente osservabile che il fatto che le donne vadano coperte nell'islam tradizionale si accompagna ad analoghe forme di vestire maschili: vesti larghe che evitano di vedere le forme del corpo, copricapi, braccia e gambe coperte sono una prerogativa anche degli uomini nell'islam tradizionale. La contestualizzazione dell'abbigliamento femminile, mostra come la lettura occidentale del velo islamico come strumento patriarcale, oppressivo delle donne non sia accurata. Come osservato dall'antropologa Laura Nader[41], in Amazzonia donne e uomini sono nudi, nel mondo islamico sono interamente vestiti, mentre nel mondo occidentale si registra una asimmetria per cui gli

39. Gup Bologna, 16 novembre 2006. La decisione, non pubblicata, è riportata da B. Desi, *Diversità culturale e principio di uguaglianze nel processo penale*, relazione al convegno *Multiculturalismo e processo penale*, Bologna, 13 aprile 2007, in www.giuristidemocratici.it, 2007.

40. Ho affrontato più diffusamente questo caso in I. Ruggiu, *Is Begging a Roma Cultural Practice? Answers from the Italian Legal System and Anthropology,* in *Romanì Studies*, issue 26:1, June 2016.

41. L. Nader, *Orientalism, occidentalism and the control of women*, in *Cultural dynamics*, vol. 11, 3, 1989, pp. 325 ss.

uomini risultano più coperti delle donne: dei diversi codici di abbigliamento è proprio quello occidentale che appare più asimmetrico. In questo senso, il test è un interessante specchio per l'occidente, in un'ottica interculturale di mutua trasformazione.

La quarta domanda del test relativa a quanto una pratica è obbligatoria, è al confine tra ragionamento *more antropologico*, interessato a esaminare quali pratiche sono essenziali alla sopravvivenza culturale di un gruppo[42] e quello *more juridico* attento all'aspetto ponderativo e chiamato, dunque, a mettere a confronto ragioni della maggioranza e della minoranza, a soppesare, nella ben nota bilancia, la posta in gioco del riconoscimento.

La quinta domanda del *test* volta a chiedersi se la pratica è in fase di contestazione all'interno dello stesso gruppo culturale è di nuovo una domanda di confine: l'antropologo sa che le culture evolvono e possono subire cambiamenti, anche repentini; il suo compito è monitorarli e spiegarne le ragioni. Al diritto, questa domanda dice qualcosa di diverso: come scienza che indaga i valori della convivenza e protegge il principio personalista, se risultasse che la pratica è contestata il giudice capirebbe che questi valori sono in via di ridefinizione e che forse la costruzione dell'identità personale non si svolge più sempre sotto gli stessi riferimenti di un tempo, attenuandosi pertanto le esigenze della loro protezione.

La sesta domanda, relativa all'agente modello culturalmente situato, fornisce al giudice un'informazione cruciale che soltanto l'antropologo può dare: essa serve ad evitare che il giudice poco accorto attribuisca l'etichetta di cultura a quello che in realtà è un comportamento deviante o individuale e isolato. Il celebre caso di Hina Saleem uccisa dal padre perché era andata a vivere con un italiano ha visto i giudici porsi opportunamente proprio tale domanda: da subito, la comunità pakistana residente in Italia aveva evidenziato che i motivi che potevano portare un padre pakistano ad uccidere così brutalmente la figlia erano altri e non questo, tutto sommato di lieve entità. In ragione di ciò il giudice ha motivato sostenendo che l'atteggiamento di Mohammed Saleem era non un reato culturalmente motivato, bensì frutto di un «patologico e distorto rapporto di possesso parentale» [43] condannando l'uomo a trent'anni di reclusione.

Queste prime sei domande del *test* necessitano del supporto dell'antropologo. Se il *test* culturale è proposto come una tecnica argomentativa in grado di innervare il ricorso all'argomento culturale di maggiore certezza, emerge, infatti, che il giudice non può rispondervi in solitario. Si pone, dunque, il problema di che spazio riservare all'esperto culturale e di come immettere le sue valutazioni nel processo.

4.1. La prima parte del test*: il dialogo tra diritto e antropologia e l'esperto culturale nel processo*

Sia il codice di procedura civile che quello di procedura penale «affidano al giudice la decisione di avvalersi di 'esperti' per accertare i fatti dedotti nel processo, quando non ritenga sufficiente la comune esperienza, l'esperienza cioè dell'uomo medio, di cui egli stesso è qualificato esemplare»[44]. Nelle società attuali, invero, l'ossequio del giudice verso la scienza e, in generale, verso le valutazioni tecniche è aumentato, ma ciò, almeno in Italia, non sembra riguardare la conoscenza antropologica. Non sono pochi, infatti, i casi in cui il giudice chiamato a risolvere un conflitto multiculturale non avverte la necessità di far ricorso a questo sapere tecnico, ma sente, piuttosto, di potersi fidare del senso comune, della conoscenza generale o della propria, spesso maturata in modo occasionale.

Tale atteggiamento svalutativo verso l'antropologia deriva da varie ragioni.

La prima è l'appartenenza di questa al nucleo delle scienze sociali[45]. Ciò la espone al pregiudizio a favore delle scienze naturali, dure o vere. In tal senso, se un giudice sente di non poter prescindere da una perizia medica quando deve verificare le ragioni di un decesso, psicologica quando deve valutare lo stato di infermità mentale o ingegneristica quando deve accertare le ragioni per cui un ponte è crollato, non è raro che senta di poter «fare da sé» quando deve decidere su un conflitto multiculturale.

Una seconda ragione che rende l'antropologia una scienza di serie B, rispetto ad altre che hanno conquistato un loro prestigio ormai assodato in sede processuale, risiede in questioni organizzative interne alla disciplina in Italia. Le norme che regolano il dialogo

42. Sul punto si veda la riflessione di un nativo americano in relazione alla pratica della caccia al bisonte. L'autore scrive: «quando il bisonte non arrivò più tutto era finito», J. Lear, *Radical Hope. Ethics in the face of cultural devastation*, Harvard University Press, Cambridge-Massachussets, 2006.

43. Corte di cassazione, sez. I penale, 6587/2010.

44. G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico* 2/2000, pp. 411-438, p. 419.

45. Che non a caso, in molte ricostruzioni del rapporto tra scienza e diritto, non sono nemmeno annoverate come "scienza". Si vedano: M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 2/2012, pp. 313 ss.; M. Bucchi, *La democrazia alla prova della scienza,* in *Osservatorio italiano*, pp. 1050 ss.

tra saperi tecnici e giudice sono, com'è noto, gli artt. 61-64 cpc[46] e gli artt. 220-232 e 508 cpp[47]. Esse sono costruite in modo tale da non precludere il dialogo con l'antropologia a priori, tuttavia, gli antropologi italiani non sono dotati di un apposito albo professionale e ciò rende più gravoso per il giudice individuarli.

Nel caso del processo penale, va poi rilevata una risalente – anche se ormai criticata e in via di superamento – interpretazione dell'art. 220 cpp, c. 2, che si riteneva vietare il ricorso a perizie antropologiche. La dottrina penalistica ha obiettato a tale interpretazione rilevando come il divieto si riferisce ad accertamenti di tipo lombrosiano e non può ritenersi impedire l'analisi di un parametro extra-sistemico quale è la cultura[48] come indagato dall'antropologia. Tuttavia, le resistenze permangono e ancora oggi è generalmente tramite l'avvocato diligente e attento, più che tramite il giudice, che il parere di un antropologo o più in generale di un esperto culturale riesce ad entrare nel processo e a illuminare la pratica culturale (o religiosa) in esame[49]. Significativo in questo senso è il caso relativo al *kirpan*, il coltello rituale che i Sikh indossano perché obbligatoriamente prescritto e che ha portato ad una denuncia per porto abusivo d'arma. Grazie ad una relazione stilata dal Consolato indiano, richiesta e presentata al processo dall'avvocato difensore, il giudice ha potuto argomentare rilevando le caratteristiche del *kirpan*, la sua natura rituale e quindi non offensiva, la sua obbligatorietà, permettendone così l'uso[50]. È probabile che senza questa consulenza culturale il giudice non sarebbe stato in grado di conoscere la valenza non violenta del *kirpan*.

Se una figura esperta è in linea generale auspicabile, è anche ammissibile uno studio indipendente e a cura del giudice laddove la conoscenza della pratica culturale, o per la messe di casi già decisi o per la vicinanza storica del gruppo, sia certa. Non a caso in alcuni ordinamenti, come quello canadese e britannico, accanto alla possibilità di ricorrere ad esperti culturali, vi sono manuali che descrivono i tratti culturali dei principali gruppi di immigrati, manuali che consentono ai giudici anche di operare autonomamente nello studio delle pratiche, soprattutto quelle più ricorrenti. Può anche accadere che il dibattito sovranazionale intorno ad una pratica culturale abbia già prodotto un'approfondita conoscenza intorno ad essa. La sentenza della Cassazione civile sez. I, n. 1843/2015[51] che decide un caso di *kafalah* è un interessante esempio in tal senso. Il giudice in questo caso, infatti, ha potuto, pur in assenza di una perizia culturale, avvalersi di una conoscenza e di un *consensus* raggiunti a livello internazionale. Osserva la Suprema corte: «la letteratura giuridica e sociologica sulla *kafalah* è ormai ampia"; quindi passa ad una descrizione accurata e dettagliata della pratica, spiegando appunto come quest'ultima sia una pratica culturale traducibile come affidamento, generalmente intra-familiare, diffusa nei Paesi islamici e precisando che non ha niente a che vedere con l'apparente equivalente culturale della adozione: «l'istituto giuridico della *kafalah* trova la propria origine nel divieto di adozione che accomuna gli ordinamenti giuridici ispirati dall'insegnamento del Corano». Essendo, infatti, nel diritto islamico proibita l'adozione, la *kafalah* risolve

46. Art. 61 cpc «Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente Codice».

47. Art. 220 cpp «1. La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. 2. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

48. C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, cit., p. 157, osserva che «la perizia culturale *non* è una perizia criminologica, in quanto non ha ad oggetto la personalità dell'imputato, le sue tendenze o le sue qualità psichiche» e può, pertanto, essere espletata.

49. G. Ubertis, *Multiculturalismo e processo penale*, in P. Bonetti, A. Simoni, T. Vitale (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1127 ss. ritiene necessario procedere ad un accertamento culturale che non sia fatto in solitudine dal giudice: «quando si riscontrasse un nesso significativo tra l'addebito e la cultura originaria dell'accusato, dovrebbero potersi ammettere testimonianze di componenti della minoranza di appartenenza e pareri di antropologi o etnologi sull'esistenza e sul contenuto del comportamento asseritamente culturale (*profilo oggettivo* della questione), cui dovrebbe accompagnarsi una verifica dell'effettiva adozione dell'imputato al sistema di valori affermato come ispiratore della sua condotta attraverso deposizioni di suoi familiari o conoscenti ovvero produzione di documenti concernenti, ad esempio, il suo percorso scolastico o le sue attività lavorative (*profilo soggettivo*)», p. 1134.

50. Tribunale di Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.

51. La Suprema corte ha annullato il rifiuto del visto da parte del Consolato italiano di Casablanca che impediva di far entrare nel territorio italiano un bambino marocchino che doveva ricongiungersi con lo zio il quale lo aveva assunto nel proprio nucleo familiare in qualità di *kafil* (affidatario) tramite contratto di *kafalah*.

problemi di indigenze familiari, più o meno permanenti, consentendo che i genitori naturali affidino il bambino a terzi, generalmente parenti. Questa conoscenza approfondita e dettagliata consente al giudice di garantire l'ingresso di un bambino affidato in *kafalah* allo zio marocchino con cittadinanza italiana, respingendo l'argomento del Ministero secondo cui la *kafalah* avrebbe consentito ad altri cittadini italiani di aggirare le norme sull'adozione.

Anche la vicinanza spaziale e storica di un gruppo, magari da lungo tempo presente nel territorio nazionale, spesso permette al giudice di operare in autonomia: ad esempio, in relazione alla circoncisione ebraica[52] il giudice può avere facile accesso alle caratteristiche di questa pratica anche senza l'ausilio di un antropologo. Un *caveat* però merita di essere sollevato affinché la vicinanza non porti il giudice a decidere con troppa sicumera: infatti, non sempre la prossimità e la familiarità con il gruppo sono una garanzia, come visto nel caso del *manghel* dei Rom erroneamente definito dalla Corte di cassazione come pratica culturale.

Il giudice, dunque, dovrebbe essere consapevole di un dovere generale di approfondire lo studio di un comportamento quando si trova di fronte ad un soggetto proveniente da contesti culturali altri, inizialmente autonomamente[53] e, se sente di non aver raggiunto sufficiente conoscenza, tramite una perizia culturale.

Se le prime sei domande del test immettono nel processo le competenze dell'antropologia, le restanti sette vogliono assicurare che il conflitto multiculturale sia risolto da un giudice antropologo che, come evidenziato da Vladimiro Zagrebelsky[54], deve restare in primo luogo giudice e quindi fedele alla sua disciplina, per quanto in dialogo con un'altra.

4.2. La seconda parte del test*: le differenze tra ragionamento* more anthropologico *e* more juridico

La seconda parte del *test* proposto ha la funzione di non affidare interamente la risoluzione di un conflitto multiculturale alle valutazioni tecniche emergenti dall'antropologia. A fronte di un giudice che si fa antropologo improvvisato o di un giudice che ignora la componente culturale di una controversia esiste, infatti, anche il giudice che soccombe interamente al magnetismo esercitato dall'antropologia e che, una volta verificata la componente culturale di una pratica, le dà assoluta rilevanza, omettendo altre valutazioni che sono ineludibili, caratterizzando *in radice* il ragionamento *more juridico*. Quest'ultimo presenta delle significative differenze rispetto a quello antropologico: componente deontica, isonomia processuale delle parti, ricerca di un equo assetto della convivenza, valutazione degli impatti futuri del riconoscimento, logica ponderativa sono tutti aspetti che verrebbero omessi se il giudice si fermasse alla prima parte del *test* e una volta verificato che una pratica è effettivamente culturale, che è obbligatoria, che la parte ha agito come il perfetto agente modello etc., le desse riconoscimento *sic et simpliciter*. Il giudice non deve essere relativista, ma contribuire a delineare i nuovi valori della convivenza in un contesto multiculturale. Ciò può essere fatto valorizzando nella risoluzione del conflitto quel tipo di valutazioni che sono prettamente giuridiche.

Per quanto concerne la componente deontica del ragionamento giuridico si tratta di una caratteristica che lo caratterizza rispetto a tutte le altre scienze sociali e quindi anche all'antropologia[55]. Quest'ultima è una scienza descrittiva, che analizza i modi con cui gli esseri umani convivono e si adattano all'ambiente senza alcun atteggiamento ispirato al dover essere. Non a caso la cifra che caratterizza il ragionamento antropologico è il relativismo. Ogni cultura può essere compresa soltanto indossando le lenti culturali dell'altro. Per l'antropologia, la cultura è un processo adattativo alle condizioni naturali e sociali che si sviluppano in un determinato momento storico: in questo senso anche pratiche estreme come la vendetta o il cannibalismo possono essere antropologicamente comprese e giustificate in quanto utili a mantenere un

52. Corte di cassazione sez. VI penale, sent. 24 novembre 2011, n. 43646.

53. Certo potrebbe residuare il dubbio di come il giudice, in assenza di alcuna formazione antropologica, sia in grado di leggere e capire pratiche culturali e se non si corra il rischio di applicazioni e interpretazioni errate. Sul punto bisognerebbe aprire un discorso più ampio sulla formazione del giudice e più in generale degli operatori giuridici in un contesto dove le società sono sempre più culturalmente eterogenee. Qui entra in gioco la rivisitazione dei programmi di studio dei corsi di laurea in giurisprudenza che appaiono datati e obsoleti rispetto alle trasformazioni del mondo o anche delle materie che si presentano ai concorsi pubblici. Ancora oggi i corsi di antropologia giuridica sono pochi in Italia, così come faticano ad affermarsi insegnamenti quali diritto dell'immigrazione o diritto multiculturale e interculturale. Nell'attesa di questa trasformazione della formazione universitaria si potrebbe pensare ad un dibattito interno alla magistratura che crei occasioni formative per i giudici dove apprendere alcune tecniche antropologiche di base.

54. Intervento al Convegno *Il Multiculturalismo e le Corti*, Roma, Biblioteca Giuridica della Corte di Cassazione, 2-3 ottobre 2015, www.radioradicale.it/scheda/454563/il-multiculturalismo-e-le-corti-convegno-dedicato-alla-memoria-di-teresa-massa-1a.

55. Sul punto si vedano le riflessioni di L. Mancini, *Società multiculturale e diritto. Dinamiche sociali e riconoscimento giuridico*, Clueb, Bologna, 2000, pp. 7 ss.

certo assetto che permette a quel gruppo umano la sopravvivenza. Viceversa, per il diritto, la componente del dover essere è cruciale e tali tipi di pratiche non possono essere accettate, neanche se essenziali alla sopravvivenza culturale di un gruppo. Le domande n. 10 del *test* – la pratica culturale arreca un danno? – e n. 11 – la pratica perpetua il patriarcato? – servono ad immettere nella valutazione la componente deontica del diritto.

Una seconda caratteristica che è cruciale del ragionamento giuridico è la posizione di isonomia processuale di entrambe le parti. Per soddisfarla ho introdotto nel test diverse domande volte a dar voce ad entrambe le posizioni (dell'immigrato e della cultura ospite) e ad evitare che una parte prevalga sull'altra. La domanda n. 7 – quanto è sincero il soggetto? – serve ad evitare usi strategici dell'argomento culturale: se la società riconosce alla cultura un valore, chi la spende davanti al giudice non deve abusarne, inventando pratiche culturali fasulle o pretendendo un'attenuante quando non è effettivamente un seguace di quella regola culturale. Anche la domanda n. 8 – il gruppo è discriminato nella società – serve a dare al giudice un'informazione che può contribuire a ristabilire una situazione di svantaggio. La Corte di cassazione, nella sentenza n. 45516/2008 sul *manghel* dei Rom, si è infondo posta questa domanda quando ha scritto che non si poteva «criminalizzare» il fatto che i Rom mendicassero: il giudice stava cercando di proteggere la minoranza, ma in quel caso il fatto di non aver rispettato le altre domande del *test,* ha creato una sentenza *boomerang* per la stessa minoranza, che ne ha aggravato la situazione con l'inasprimento delle pene per il *manghel* con minori.

Un altro modo con cui il *test* cerca di garantire l'isonomia processuale è chiamare entrambe le parti a dimostrare le ragioni per cui vogliono conservare o reprimere una pratica. Il giudice deve sia verificare «che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite» (domanda n. 12), sia quali «buone ragioni presenta la minoranza culturale per continuare la pratica» (domanda n. 13). È in qualche modo quello che ha fatto la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *S.A.S vs France* del 1 luglio 2014, quando ha detto che la donna islamica aveva buone ragioni per indossare il *burqa*, ma su queste doveva prevalere il diritto dei francesi a «vivere insieme» e la loro concezione della fraternità repubblicana. Una sentenza che non condivido, ma che sicuramente dà isonomia alle parti in quanto riflette tutti gli argomenti nella motivazione.

Infine, un'altra domanda che garantisce l'isonomia processuale è la n. 9 che impone al giudice «la ricerca dell'equivalente culturale nella cultura ospite»: questa è una operazione concettuale tipica dell'antropologia che procede ad operazioni di traduzione culturale, ma nel test proposto assume un uso prettamente giuridico. L'idea è che il giudice, spiegando appunto che l'equivalente della *kafalah* è l'affidamento e non l'adozione, l'equivalente delle mutilazioni genitali femminili può essere la chirurgia plastica al seno e ai glutei (zone erogene e sessualmente connotate), l'equivalente del *burqa* potrebbero essere i tacchi a spillo, non a caso definiti «il *burqa* dell'occidente», trovi dei modi di mettere in dialogo le culture e di incentivare reciproci cambiamenti. Si osservi, per inciso, come l'isonomia processuale delle parti potrebbe, in qualche modo ricordare, il relativismo antropologico in quanto equidistanza rispetto a tutte le culture e le pratiche con cui si esprimono, se non fosse che il giudice ha il divieto di *non liquet* per cui dalla iniziale isonomia deve scegliere, mentre l'antropologo può lasciare intatte le due visioni del mondo.

Una terza differenza che caratterizza il ragionamento giuridico è che esso è teso a garantire le regole della convivenza[56]. Tali regole sono in costante divenire sia a causa di processi di trasformazione endo-culturali, interni cioè a ciascuna cultura, sia a seguito di processi di trasformazione derivanti dal fenomeno migratorio. Diverse domande del *test* tendono a garantire le regole della convivenza. La già citata domanda n. 10 sul danno serve ad evitare uno sgretolamento di alcuni principi base della convivenza. L'ultima domanda del test – quali sono le buone ragioni che la minoranza apporta per difendere la sua pratica? – ha lo scopo di chiedersi se anche dall'altrui cultura possono provenire delle nuove regole di convivenza, che magari allargano l'orizzonte di senso o il pluralismo delle scelte di vita ed è un modo per valorizzare questa tensione interna al diritto come scienza preposta alla ridefinizione delle regole dello stare insieme.

La quarta differenza tra ragionamento *more anthropologico* e *juridico* è la logica ponderativa che accompagna quest'ultimo. Invero, anche il ragionamento dell'antropologia ha ormai da tempo dinamizzato il concetto di cultura, ritenendo che le culture siano reti di significato aperte al cambiamento attraverso il contatto con altre. Ma ancora una volta l'antropologia si muove su un piano descrittivo, laddove il diritto segue un piano prescrittivo, che impone di trovare un

56. Sulla centralità di questo ruolo del diritto si veda il manifesto AA.VV., *Ritorno al diritto. I valori della convivenza,* firmato da 27 giuristi e apparso su *Giurisprudenza italiana*, 2004, che si contrappone alla dottrina tradizionale perché pone non il diritto positivo, bensì i valori della convivenza, a fondamento della valutazione giuridica e A.A. Cervati, *Studio del diritto costituzionale, cultura e impegno etico dei giuristi*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. I, pp. 693 ss.

punto di equilibrio e può richiedere rinunce rispetto a certe pratiche, con sentenze che intervengono selettivamente ad incrinare se non eliminare singoli aspetti di una cultura, come accaduto per le mutilazioni genitali femminili, proibite a livello mondiale dalla già citata risoluzione Onu A/Res/67/146 del 20 dicembre 2012. Questo è vero visto da entrambe le parti del conflitto. Nel caso del *burqa* in Francia è stato a svantaggio della minoranza islamica, sussistendo un interesse dei francesi a vedere inverato il principio della fraternità repubblicana ritenuto dalla Corte Edu superiore. Ma altre volte la ponderazione avvantaggia la minoranza. Così, ad esempio, quando il Tribunale di Cremona ammette che il *kirpan* possa essere indossato dai Sikh in quanto simbolo religioso, sta chiedendo agli italiani un ripensamento della loro regola culturale per cui le armi si tengono al massimo in casa. Un giudice statunitense avrebbe dovuto richiedere una minore rinuncia essendo gli americani culturalmente più abituati all'idea di vedere armi o di saperle presenti nello spazio pubblico. La ponderazione in questo caso è fatta a favore del Sikh sulla base di un altro ragionamento ponderativo: il fatto che quel coltello «sembra» un arma, ma di fatto non lo è, essendo un simbolo apotropaico che serve a proteggere dal male. Per garantire che la ponderazione sia effettuata nel modo più persuasivo possibile, il *test* suggerisce il criterio della obbligatorietà della pratica (domanda n. 4) come un importante peso sulla bilancia.

5. Come introdurre il *test* in Italia

Se si ritiene il *test* uno strumento convincente, una questione da affrontare è quella di come introdurlo in Italia. Le reticenze nei suoi confronti potrebbero, invero, essere diverse.

Una prima affonda nella nostra cultura giuridica. Il *test* è uno strumento nato in Corti di *common law*, che sembra più confacente alla tradizione nord-americana e potrebbe essere visto come uno strumento spurio, artificiale, calato dall'esterno. A questa obiezione potrebbe rispondersi osservando come, sia pure chiamati in altro modo, *test* che procedimentalizzano il ragionamento giuridico esistono anche nelle tradizioni continentali e che la circolazione dei modelli sta, invero, importando il meccanismo dei test in diverse corti, anche sovranazionali.

Oltre all'*an*, anche il *quomodo* di introduzione del *test* è incerto. La via legislativa appare improbabile. Il legislatore italiano interviene rispetto a singole pratiche culturali e non sembra intenzionato a governare globalmente la questione dell'uso dell'argomento culturale nelle Corti.

Le strade che residuano sono due: una potrebbe essere che la Corte di cassazione decida di incorporarlo sistematicamente nella risoluzione dei vari conflitti imponendo così un indirizzo comune al diritto vivente; un'altra, più immediata anche se meno cogente, sarebbe quella di rendere il *test* operativo tramite linee guida fornite ai giudici nella risoluzione dei conflitti multiculturali, dalla Corte di cassazione o dal Csm o da associazioni interne alla magistratura a seconda del livello di condivisione del dibattito. In Inghilterra, come accennato, viene fornito un manuale che descrive uno per uno i gruppi culturali e indica le rispettive pratiche, illustrando i casi di conflitti più rilevanti. Una sorta di *vademecum* stilato con l'ausilio degli antropologi, sarebbe un valido aiuto per i giudici e, ancora una volta, eviterebbe l'incertezza che oggi deriva dai frequenti casi in cui i giudici hanno deciso di respingere l'argomento culturale per il fatto che gli avvocati non avessero apportato prove sufficienti al processo.

Piuttosto che affidare la risoluzione dei conflitti multiculturali a motivazioni che danno primazia ad un elemento ignorandone altri, il *test* culturale ha il vantaggio di apportare una certezza almeno di tipo argomentativo. Decisioni meno aleatorie, basate su accertamenti e moduli argomentativi più stabili favorirebbero una maggiore legittimazione del giudice di fronte al suo uditorio e attenuerebbero le critiche sull'incertezza delle soluzioni che i giudici forniranno. Anche in assenza di un intervento del legislatore, i giudici potrebbero sviluppare una propria riflessione su un modo comune di risolvere i conflitti multiculturali. I tempi sono maturi: la circolazione dei modelli, le esperienze comparate, la stessa quantità e qualità delle sentenze italiane consentono di avere un materiale abbondantissimo su cui lavorare per tracciare i fondamenti di un diritto giurisprudenziale multiculturale comune. Il *test* proposto tenta una sintesi dei *topoi* più persuasivi e ricorrenti negli accertamenti fatti dall'antropologia e dai giudici e consolida il mandato sociale[57] che il giudice ha di tener in conto del fattore culturale.

In quarant'anni di risoluzione di conflitti multiculturali i giudici si sono sforzati, spesso con un approccio *case by case*, che non partiva da un pre-esistente sistema, ma che, in qualche modo, sta producendo un sistema. È arrivato il tempo di consolidare questa tradizione traducendola in strumenti concreti cui il giudice possa fare riferimento.

57. J. Luther, *Il mandato sociale del giudice*, in M. Dogliani, *La ricerca dell'ordine perduto*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 397 ss.

Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte di cassazione

di *Giuseppe Salmè*

Esaminando alcuni orientamenti della giurisprudenza della Corte di cassazione, civile e penale, si può cogliere sia una linea di tendenza favorevole ad attribuire rilevanza giuridica alle differenze culturali e religiose che si vanno manifestando nel nostro contesto sociale, con il limite invalicabile del rispetto dei diritti fondamentali la cui tutela, ai sensi dell'art. 2 Cost., e, al contempo, una rigorosa applicazione degli strumenti di repressione della manifestazione di discriminazione e odio etnico, nazionale, razziale o religioso (art. 3, 1° comma dl 26 aprile 1993, n. 122, convertito in legge 25 giugno 1993, n. 205).

1. Aspetti generali

Anche se in linea di principio la giurisdizione civile, essendo spesso chiamata ad utilizzare clausole generali e concetti elastici, è più libera di procedere alle necessarie mediazioni nell'affrontare le diversità, quando non i conflitti, tra ordinamenti giudici ispirati a culture diverse, a differenza dalla giurisdizione penale, dominata dal principio di stretta legalità e tipicità, è solo in alcune sentenze della Cassazione penale che possono leggersi le osservazioni di ordine generale di maggiore interesse.

Chiamata a valutare la rilevanza dell'appartenenza alla religione musulmana nell'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del reato di maltrattamenti in famiglia, la Cassazione[1] dopo aver inquadrato il problema nell'ambito del fenomeno dei *cultural offence,* caratterizzati dal conflitto tra i precetti della cultura, della tradizione e, almeno nel mondo islamico, anche del diritto positivo di un determinato Paese, in quanto norme di comportamento espressione di valori interiorizzati dagli individui fin dai primi tempi della loro formazione, e i valori, i precetti e le norme giuridiche del Paese di accoglienza, la Corte osserva che rispetto a tale conflitto si pongono due opposte prospettive: una di tipo «assimilazionista» basata sull'esigenza che, previa rinuncia alle proprie radici etnico-culturali, lo straniero si inserisca nell'ordinamento dello Stato di immigrazione, e l'altro, di tipo «integrazionista», orientata alla tutela delle identità perché fondata sul riconoscimento del valore positivo della coesistenza di culture e valori diversi.

Nella maggioranza degli ordinamenti il conflitto è risolto facendo coesistere entrambe le prospettive. Nel nostro ordinamento, in particolare, accanto all'aggravante prevista dall'art. 3, 1° comma del dl 122/1993 per i reati caratterizzati dal perseguimento di finalità di discriminazione e odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ispirata alla prospettiva «integrazionista», si pongono le norme sulla repressione delle mutilazioni genitali femminili (art. 583 *bis* cp) e ma anche la previsione del reato di bigamia (art. 556 cp), che si possono ritenere espressioni di logiche «assimilazioniste». La Corte prosegue osservando che anche per i reati culturali o culturalmente orientati, il giudice non può sottrarsi al suo compito di rendere giustizia applicando e quindi garantendo contemporaneamente la tutela alle vittime (essendo irrilevante l'eventuale loro consenso alla lesione di diritti indisponibili[2], il diritto degli accusati a un rigoroso accertamento dei fatti e a una

1. Sentenza 26 novembre 2008, n. 46300, con nota di F. Pavesi in *Giur.it*, 2010, 2, p. 416.

2. Cass., sez pen., 20 ottobre 1999, n. 3398.

corretta applicazione delle norme, la personalizzazione della condanna, perché, anche il ruolo di mediatore culturale che la dottrina attribuisce al giudice penale, non può mai attuarsi al di fuori o contro le regole. In particolare, le pur condivisibili logiche «integrazioniste» debbono trovare necessariamente un limite nel rispetto dei principi cardine della disciplina dei rapporti interpersonali cioè nella tutela dei diritti fondamentali e inviolabili della persona, come imposto dagli art. 2 e 3 della Costituzione.

Sulla base delle premesse sopra sintetizzate la Corte ha affermato il principio che l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà quale «capo» del proprio nucleo familiare, si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali.

Tale orientamento è stato di recente confermato dalla sentenza della Cassazione (sez. pen. 13 aprile 2015, n. 14960) la quale, affrontando il diverso profilo della configurabilità della scriminante, sia pure putativa, dell'esercizio del diritto, invocata da straniero imputato di delitti contro la persona e la famiglia (maltrattamenti, violenza sessuale e violazione degli obblighi di assistenza familiare), per essere la sua condotta conforme a facoltà riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, ha affermato che il preteso diritto invocato è oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano, per l'esigenza di valorizzare, ai sensi dell'art. 3 Cost., la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica.

Il soggetto che si inserisce in una società multietnica – si legge nella pronuncia – è tenuto a prestare osservanza all'obbligo giuridico di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e, quindi, la liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina, non essendo, di conseguenza, riconoscibile una posizione di buona fede in colui che, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un Paese diverso, presume di avere il diritto (non riconosciuto da alcuna norma internazionale) di proseguire in condotte che, seppure ritenute culturalmente accettabili e, quindi, lecite secondo le leggi vigenti nel Paese di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere.

2. La giurisprudenza penale

Il dl 26 aprile 1993, n. 122 (convertito in legge n. 205 del 1993), reca misure in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Con l'art. 1 – a modifica dell'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966 – sono stati introdotti il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e di incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi nonché il reato di violenza o di provocazione alla violenza o di incitamento alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. L'articolo 3 prevede invece come circostanza aggravante, rispetto alla quale è escluso il giudizio di equivalenza o prevalenza di cui all'art. 98 cp la finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero di agevolazione delle attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità.

La Corte di cassazione è intervenuta più volte sui problemi applicativi e interpretativi delle disposizioni indicate.

Per quanto riguarda il reato di propaganda o istigazione alla discriminazione ovvero all'odio razziale, etnico o religioso, reato di pura condotta la cui previsione non è sospettabile di illegittimità costituzionale (Cass. pen. 7 maggio 2008, n. 37581), si è precisato (Cass. pen. 22 maggio 2015, n. 42727), che ferma la necessità di valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta, con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto, il reato è di pericolo e si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari. Inoltre la Corte ha affermato[3] che la discriminazione costituente reato si deve fondare sulla qualità del soggetto (zingaro, nero, ebreo ecc.) e non sui comportamenti con la conseguenza che un soggetto può essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per essere diverso per etnia o religione. essendo rilevante solo la realtà oggettiva e non il convincimento soggettivo dell'agente[4], in una fattispecie di rifiuto di un esercente di servire avventori extracomunitari.

3. Cass., sez. pen., 13 dicembre 2007, n. 13234, 10 luglio 2009 n. 41819.

4. Cass., sez. pen., 11 ottobre 2006, n. 37733.

Più articolate sono invece le affermazioni contenute in alcuni interventi sull'interpretazione dell'art. 3, 1° comma, del dl n. 122 del 1993. La Cassazione[5] ha, innanzi tutto precisato che si deve escludere che possa automaticamente ricondursi alla nozione di «odio» ogni e qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto, pur se riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità, all'etnia o alla religione e che si deve altresì considerare, quanto alla «discriminazione» non ogni condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, dovendosi la nozione di discriminazione interpretare alla stregua della definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la l. n. 654/1975, secondo cui essa «sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica». Ha affermato che non può considerarsi sufficiente una semplice motivazione interiore dell'azione, ma che occorre che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto sentimento di odio o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori. Sulla stessa linea è la sentenza del 20 gennaio 2006[6], secondo la quale non ha rilievo la mozione soggettiva dell'agente perché l'accertamento sulla idoneità potenziale dell'azione a conseguire lo scopo discriminatorio deve essere parametrato, non già all'idoneità occasionale del fatto a conseguire ulteriore disvalore, ma al dato culturale che lo connota.

2.1. Problematica ricorrente nella giurisprudenza della Corte è quella relativa alla configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 cp).

Oltre alla sentenza n. 46300/2008 (seguita, di recente, dalla sentenza 13 maggio 2014, n. 19674), alla quale ho fatto riferimento nel primo paragrafo, che ha escluso la rilevanza dell'appartenenza alla religione musulmana e della condivisione dei valori posti a base delle regole di condotta da seguire nelle relazioni familiari secondo l'ordinamento dello Stato di provenienza, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del delitto di maltrattamenti in famiglia, può essere segnalata la sentenza del 26 marzo 2009[7], secondo la quale, accertata la responsabilità per il delitto di maltrattamenti correttamente è esclusa la possibilità di concedere l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, invocate per essere le condotte punite giustificate dalla condivisione di tradizioni etico-sociali, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di indiscusso valore culturale, prevalendo il principio di obbligatorietà della legge penale per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, soprattutto quando la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti. Del pari è stata esclusa la rilevanza scriminante del consenso dell'avente diritto, per l'appartenenza dell'imputato e della persona offesa ad un ordinamento (quale quello albanese, peraltro qualificato in modo poco condivisibile come manifestazione di una sub-cultura) ispirato a una disciplina delle relazioni familiari che autorizzerebbero le condotte violente oggettivamente rientranti nella fattispecie dei maltrattamenti in famiglia.

2.2. Sulla stessa linea si pone la sentenza 18 giugno 2014, n. 49569, che ha escluso l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, 1° comma, n. 2 cp nei confronti di imputata (di origine marocchina) condannata per l'omicidio di un uomo con cui aveva avuto una relazione sentimentale e che, dopo lunghi tergiversamenti, aveva rifiutato di sposarla, sposando, invece, un'altra donna, perché anche se il comportamento della vittima sia percepito come deleterio dalla cultura di appartenenza per il «*vulnus*» arrecato all'onorabilità dell'imputata, con conseguente preclusione di un futuro matrimonio, ai fini della integrazione della provocazione è necessario che il comportamento della persona offesa rivesta carattere di ingiustizia obiettiva, intesa come effettiva contrarietà a regole giuridiche, morali e sociali, reputate tali

5. Cass., sez. pen., 17 novembre 2005, n. 44295.

6. Cass., sez. pen., 20 gennaio 2006, n. 9381.

7. Cass., sez. pen., 26 marzo 2009, n. 32824.

nell'ambito di una determinata collettività in un dato momento storico e non con riferimento alle convinzioni dell'imputato e alla sua sensibilità personale.

2.3. Di segno apparentemente opposto, ma in realtà condizionata ad alcuni aspetti giuridicamente rilevanti della fattispecie concreta è la sentenza 22 giugno 2011, n. 43646[8] che, in materia di un'ipotesi di concorso nel delitto di esercizio abusivo della professione sanitaria, contestato a una donna di nazionalità nigeriana, migrata in Italia ma non ancora integrata nel relativo tessuto sociale, per aver fatto circoncidere il proprio figlio neonato da parte di altra donna della stessa etnia, non abilitata all'esercizio della professione medica, pur essendo la circoncisione un atto medico che interferisce sull'integrità fisica della persona anche in assenza di finalità terapeutiche. A poche ore dall'intervento il bambino aveva avuto una imponente emorragia, a pericolo di vita che ne aveva imposto il ricovero d'urgenza in ospedale.

Rileva la Corte che, a differenza dalla circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei, rispetto alla quale sarebbe invocabile l'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, nel caso di specie, essendosi l'imputata dichiarata di fede cattolica, si tratta di circoncisione riconducibile a motivazioni che si basano su tradizioni culturali ed etniche certamente estranee alla cultura occidentale. Nel caso specifico, quindi, trova integrale applicazione la norma incriminatrice di cui all'art. 348 cp, che prevede un delitto punito a titolo di dolo, escluso dalla Corte sulla base del rilievo che detta norma ha natura di norma penale in bianco, integrata da altre norme che disciplinano la professione sanitaria protetta, e che dalle prove raccolte emergerebbe che la decisione di far circoncidere il figlio da parte di persona priva dell'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria sarebbe stata frutto di un errore scusabile sulla disciplina amministrativa extrapenale integratrice della norma incriminatrice. Da una parte deve infatti farsi applicazione dell'art. 5 cp, nel nuovo testo risultante a seguito della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima detta norma «nella parte in cui esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» e dall'altra,assumono rilievo il basso grado di cultura dell'imputata e la non ancora intervenuta integrazione nel nostro tessuto sociale, con conseguente difficoltà a recepire con immediatezza valori e divieti estranei al suo bagaglio culturale.

3. Giurisprudenza civile

La materia in cui sono più frequenti gli interventi della Corte è certamente quella del diritto di famiglia, rispetto alla quale più acuti sono in conflitti con gli ordinamenti di diritto islamico basati su principi e valori profondamente diversi da quelli del nostro Paese. Non mancano, comunque, decisioni che affrontano il tema più generale del rapporto tra i modelli culturali di famiglia del nostro Paese con quelli dei Paesi di provenienza degli stranieri.

È interessante segnalare, da questo punto di vista, la sentenza della Corte del 22 novembre 2013[9] che, nel cassare la sentenza di merito che aveva confermato la dichiarazione di adottabilità di un minore figlia di una donna keniota basata, tra l'altro, su un confronto condotto sul piano astratto tra la permanenza presso la famiglia d'origine, che prevedeva il ritorno in Kenia per poter ricevere il sostegno anche economico dai propri parenti ed in particolare dallo zio materno, secondo il modello di famiglia allargata vigente in quel Paese, certamente lontano "culturalmente" da quello nucleare proprio del mondo occidentale, e il mantenimento dell'inserimento nella famiglia degli affidatari provvisori, in linea astratta certamente migliore. Il diritto del minore di vivere, crescere ed essere educato nella propria famiglia si deve coordinare con quello al rispetto dell'identità culturale sua e dei suoi genitori. La preferenza verso un modello familiare diverso da quello prospettato dalla madre non può essere frutto di opzioni culturalmente orientate, ma solo di valutazioni concrete dell'idoneità soggettiva del genitore a prendersi cura del minore.

3.1. È principio pacifico che il riconoscimento di effetti del matrimonio tra stranieri è subordinato alla circostanza che lo stesso sia contratto secondo le previsioni dell'ordinamento di appartenenza e che tale ordinamento attribuisca al matrimonio effetti giuridici. Tale principio è stato ribadito dalla sentenza del 27 settembre 2013[10] la quale ha ritenuto che la causa di esclusione della espulsione dello straniero, prevista dall'art. 19, 2°comma, lett. *d)*, del d.lgs n. 286 del 1998, nella formulazione risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 376 del 2000, consi-

8. Con note di V. Pusateri in *Dir., immigrazione e cittadinanza,* 2012, fasc. 1, p. 190; A. Ceserani in *Dir. eccles.*, 2012, p. 403; A. Gaboardi, in *Indice pen.*, 2014, p. 623; D'Ippolito, in *Cass. pen.*, 2012,2, p.3706.

9. Cass., sez. civ., 22.11.2013, n. 26204, con nota di G. Casaburi, in *Foro it.,* 2014, I, 58.

10. Cass., sez. civ., 27 settembre 2013, n. 22305.

stente nella sussistenza di un rapporto di *coniugio* e di convivenza dell'espellendo con una donna in stato di gravidanza, opera a condizione che tale rapporto trovi riconoscimento nell'ordinamento giuridico dello Stato di appartenenza dello straniero, mentre nella specie un cittadino extracomunitario era coniugato con rito "*rom*" al quale non può attribuirsi rilevanza giuridica in alcun ordinamento statuale.

Uno dei limiti al riconoscimento di matrimoni fra stranieri è da tempo individuato nella finalità di impedire che la poligamia abbia un qualche rilievo nell'ordinamento. A tale finalità è ispirata l'ordinanza del 28 febbraio 2013 n. 4984[11] in tema di ricongiungimento familiare del cittadino straniero, in cui si afferma che non può essere accolta la domanda del figlio in favore della propria madre, cittadina del Marocco, il cui coniuge straniero, già regolarmente soggiornante in Italia aveva precedentemente proposto analoga istanza a favore di un'altra moglie sposata in regime di poligamia consentito dall'ordinamento di provenienza.

Un'ipotesi di indiretta rilevanza della poligamia ha formato oggetto della sentenza 2 marzo 1999, n. 1739[12] secondo la quale il matrimonio contratto da cittadino in Somalia, secondo le forme previste dalla legge del luogo e in applicazione della legge islamica che prevede la poligamia (e il ripudio) è idoneo a produrre effetti, nella specie a fini ereditari, nel nostro ordinamento fino a che non sia pronunciata l'eventuale sentenza definitiva dichiarativa della nullità, in applicazione del principio del *favor matrimonii*.

3.2. In tema di filiazione la giurisprudenza della Corte si è occupata più volte della rilevanza nel nostro ordinamento del divieto di riconoscimento dei figli nati fuori deal matrimonio contenuto nelle legislazioni ispirate all'islam.

Così la sentenza del 28 dicembre 2006[13], in tema di capacità di effettuare il riconoscimento del figlio, disciplinata – in base alle norme del diritto internazionale privato (art. 35, 2° comma, della l. 31 maggio 1995, n. 218) – dalla legge nazionale del genitore, ha ritenuto che il principio di ordine pubblico internazionale, che riconosce il diritto alla acquisizione dello *status* di figlio a chiunque sia stato concepito, indipendentemente dalla natura della relazione tra i genitori, costituisce un limite generale all'applicazione della legge straniera (nella specie, egiziana) che, attribuendo all'uomo la paternità unicamente nell'ipotesi in cui il figlio sia stato generato in un «rapporto lecito», preclude al padre di riconoscere il figlio nato da una relazione extramatrimoniale. In tal caso deve trovare applicazione la norma di diritto interno che si sostituisce integralmente alla norma straniera, ai sensi dell'art. 16, 2° comma, della citata legge n. 218 del 1995.

3.3. In tema di potestà dei genitori la sentenza del 27 febbraio 1985[14] ha affermato che nel decidere in ordine all'affidamento dei figli in occasione della separazione personale dei genitori il giudice italiano non può fare applicazione della legge iraniana, legge nazionale del padre, che preveda esclusivamente l'affidamento al padre, poiché detta norma straniera non può trovare applicazione nel nostro ordinamento, incontrando il limite dell'ordine pubblico internazionale. Inoltre detto criterio, certamente difforme da quello posto dall'art. 155, 1°comma cc, in forza del quale i provvedimenti relativi alla prole vanno adottati con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, astraendo dalla concreta attitudine del genitore a prendersi cura della prole, si pone in aperto contrasto con il divieto di discriminazione dei sessi (artt. 3 e 29 della Costituzione) e del principio di laicità che non consente che il credo religioso dei genitori venga considerato come criterio per la scelta dell'affidatario.

La sentenza del 9 giugno 2005[15] ha affermato che lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i figli minori a carico (art. 29, 1° comma, lett. b), del d.lgs n. 286 del 1998) se provvede al sostentamento, non anche che il richiedente sia titolare della potestà, esclusiva o concorrente, sul figlio minore. Pertanto una cittadina del Regno del Marocco, ripudiata dal marito, il quale, con l'atto di ripudio, ed in conformità del codice dello stato delle persone vigente in detto Paese, abbia escluso la moglie dalla tutela del figlio minore, riservandola a se stesso (anche se poi abbia

11. Con nota di G. Perin, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza,* 2013, 1, p. 161.

12. Con note di V. Santarsiere in *Archivio civile*, 1999, p. 1377; G. Balena in *Foro it.,* 1999, I, p. 1458; L. Di Gaetano, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695.

13. Cass., sez. civ., 28 dicembre 2006, n. 27592, con note di S. Corbetta in *Famiglia, persone e successioni,* 2007, p. 597; di E. De Feis e F.Tommaseo in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 1113.

14. Cass., sez. civ., 27 febbraio 1985, n. 1714.

15. Cass., sez. civ., 9 giugno 2005, n. 12169, con note di V. Carbone, in *Famiglia e dir.*, 2005, p. 354; M.Fiorini, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 26, p. 22.

espresso il consenso alla convivenza con la madre), ben può richiedere il ricongiungimento con il figlio alla sola condizione che offra sufficienti garanzie in ordine alla convivenza con il minore nel territorio italiano, alla disponibilità di un alloggio idoneo a questo fine ed alla titolarità di un reddito adeguato.

3.4. La Corte di cassazione si è occupata più volte della rilevanza nel nostro ordinamento, prevalentemente ai fini della concessione del visto d'ingresso per ricongiungimento familiare nel nostro Paese a minori provenienti da Paesi di diritto islamico affidati in *kafalah* a stranieri o a cittadini italiani.

La *kafalah* è un istituto di diritto musulmano che — stante il divieto coranico dell'adozione (recepito in tutti gli ordinamenti di diritto musulmano con l'eccezione della Tunisia, della Somalia e dell'Indonesia) e in ossequio al precetto che fa obbligo a ogni buon musulmano di aiutare i bisognosi e in particolare gli orfani — consente a una coppia di coniugi, o anche a una persona singola, di custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli ed istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età, senza però che l'affidato entri a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e senza che all'affidatario siano conferiti poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti. Ogni singolo Paese di area islamica ha disciplinato la *kafalah* in maniera più o meno dettagliata e diversificata, ma nella maggior parte delle legislazioni è prevista una dichiarazione di abbandono e l'accertamento dell'idoneità dell'aspirante affidatario e un provvedimento emesso all'esito di procedura giudiziaria (cd. *kafalah* pubblicistica), anche se rimane la possibilità, nella pratica poco utilizzata, che l'affidamento in *kafalah* sia effetto di un accordo tra affidanti e affidatari, siglato davanti a un giudice o a un notaio, soggetto ad omologazione da parte di un'autorità giurisdizionale.

L'articolo 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, dopo avere affermato al 1° comma che «Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dallo Stato» e che gli Stati contraenti debbono prevedere una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale, al 3° comma precisa che «Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della *kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica». Inoltre, nella convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, sottoscritta ma non ancora ratificata e resa esecutiva dall'Italia, è espressamente previsto (art. 3 lett. e) che il collocamento di un minore in una famiglia di accoglienza tramite *kafalah* è una delle misure di protezione della persona oggetto della disciplina convenzionale e all'articolo 33 viene disciplinato il procedimento per l'attribuzione di effetti in ordinamenti diversi.

Con sentenza del 16 settembre 2013, n. 21108[16], le sezioni unite, affrontando la questione di massima e risolvendo al tempo stesso un (apparente) contrasto di giurisprudenza all'interno della stessa Corte (in precedenza orientata ad affermare la possibilità di ricongiungimento familiare per i minori in *kafalah* se affidati a stranieri e per la soluzione opposta nel diverso caso di affidamento a cittadini italiani) ha affermato (ai sensi dell'art. 363 cpc, essendo nelle more del giudizio cessata la materia del contendere) il principio secondo cui non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia, limitando tuttavia tale principio all'ipotesi in cui il provvedimento di *kafalah* sia pronunciato dal giudice straniero (cosiddetta *kafalah* pubblicistica), il minore sia a carico o conviva nel Paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito.

Il principio è stato seguito dalla successiva sentenza 22 maggio 2014, n. 11404, ma con sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, la Cassazione ha superato il limite posto dalle sezioni unite allargando la possibilità di ricongiungimento familiare a cittadino italiano anche del minore straniero affidato con *kalafah* cosiddetta convenzionale, con valutazione da effettuare caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore.

16. Con note di P. Morozzo della Rocca, in *Corriere giur*., 2013, p. 1492; di R. Gelli in *Famiglia e dir*., 2014, p. 122; di J. Long in *Minori giustizia,* 2014, fasc. 1, p. 211; di L.Racheli, in *Nuova giur. civ*., 2014, I, p. 264; di M. Spoletini, in *Giur. it*., 2014, p. 541; di G. Magno in *Dir. famiglia*, 2014, p. 86.

La protezione dei beni culturali, fra interessi pubblici, diritti dei singoli, sicurezza collettiva

di *Luigi Marini*

La recente adozione della risoluzione 2347 (2017) in tema di protezione del patrimonio culturale da parte del Consiglio di Sicurezza Onu costituisce un importante passo avanti nella prevenzione e nel contrasto ai fenomeni illegali di distruzione dei e di aggressione ai beni che appartengono alla storia e alla cultura delle comunità. L'azione condotta a livello internazionale a partire dalla Convenzione de L'Aja del 1954 e dalla Convenzione Unesco del 1970 si è arricchita di iniziative a livello globale e nazionale, ma difetta ancora di organicità così come presenta *deficit* importanti in sede di attuazione e implementazione. In questo settore l'Italia ha svolto ancora negli ultimi anni un ruolo trainante attraverso iniziative promosse in sede Onu che possono consentire oggi un ulteriore significativo sviluppo.

1. Un nuovo passo importante sul piano internazionale

Il Consiglio di Sicurezza (di seguito CdS) ha adottato il 24 marzo 2017 la risoluzione n.2347 che ha per oggetto la protezione dei beni culturali e il contrasto al loro traffico in relazione a situazione di conflitto armato o di azioni commesse da gruppi terroristici.

Per la prima volta il Consiglio affronta questa materia in maniera organica e in qualche modo completa un intervento che le Nazioni Unite e la comunità internazionale stanno conducendo sotto altre forme e con altri strumenti da alcuni decenni.

Sono essenzialmente due le domande che l'iniziativa italiana, condotta assieme alla Francia, presenta sul piano politico e istituzionale: quali ragioni dovrebbe avere il CdS per affrontare una tematica di cui già si occupano altri organismi Onu, dall'Unesco all'Assemblea Generale; perchè occuparsi di monumenti e opere d'arte in situazioni in cui la vita di centinaia di migliaia di persone è in pericolo e non si riesce a dare a questa priorità risposte adeguate.

Non si tratta di domande minori ed occorre fornire loro una pur sintetica risposta. Le recenti azioni dei gruppi terroristici e le caratteristiche proprie dei conflitti armati, soprattutto quando sono coinvolti attori non statali, concorrono nel trasformare in obiettivi non casuali il patrimonio culturale di un territorio e i suoi singoli beni culturali. L'aggressione ai simboli della cultura del "nemico" si accompagna all'aggressione alla comunità avversaria e alle violenze sugli individui che la compongono. Distruggere le memorie e i simboli di una collettività può diventare un obiettivo altrettanto importante di quanto non sia vincere militarmente il conflitto armato e, in più, può rappresentare una delle forme di governo del territorio nel medio e lungo termine. È sufficiente richiamare quanto avvenuto durante le guerre civili in Cambogia o nella *ex*-Jugoslavia o avvenuto, più di recente, in Mali, Iraq e Siria. Ma dobbiamo guardare con attenzione anche agli attentati che colpiscono in molte parti del mondo i luoghi di preghiera e i relativi monumenti.

Non senza dimenticare che l'aggressione al patrimonio culturale può costituire un ottimo metodo di finanziamento dei singoli e dei gruppi allorché assume la forma della depredazione mediante scavi sistematici, saccheggi e vero e proprio traffico.

Non vi sono, poi, ragioni per ritenere che le risposte a questo tipo di crimini si pongano in alternativa agli interventi a tutela delle comunità e delle persone.

* Le opinioni contenute nel presente intervento sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.

Anzi, prevenire distruzioni, saccheggi e traffici contro il patrimonio culturale significa ridurre il livello dei conflitti, contenere l'offesa al sentimento e alla vita di una collettività, rendere meno difficili i processi di pacificazione e di ricostruzione al termine del conflitto e dell'epoca di violenze.

Queste sono le prospettive che Italia e Francia hanno posto alla base della risoluzione e che integrano quegli interventi a «tutela della pace e della sicurezza» previsti dalla Carta delle Nazioni Unite. Non si tratta di acquisizione pacifica, perchè alcuni membri del Consiglio si indirizzano verso una nozione più ristretta del concetto di «pace e sicurezza», diffidano di interventi concentrati sulla azione preventiva e, secondo una lettura della Carta radicata nel passato, considerano il Consiglio come un organismo chiamato a risolvere i conflitti più che a prevenirli. Una lettura che non regge più, a nostro parere, di fronte a conflitti asimmetrici e a fenomeni che non possono essere ricondotti alla tradizionale dimensione statuale. E, del resto, rimane per noi decisiva la circostanza che la missione di pace in Mali, decisa dallo stesso CdS nel 2013, includa nel proprio mandato anche l'assistenza al contrasto contro le aggressioni al patrimonio culturale del Paese.

Ci sarà modo in altra sede di esaminare compiutamente la risoluzione e i suoi contenuti. Quello che comunque va sottolineato è il secondo pilastro su cui il testo si regge: non si possono contrastare i fenomeni di distruzione-saccheggio del patrimonio culturale se non si interviene sulle ragioni economiche che li rendono convenienti e non si contrastano le forme di traffico dei beni culturali. Tale contrasto, a sua volta, non può essere riferito solo a pochi beni individuati con certezza: le caratteristiche degli oggetti che provengono dalle condotte illecite legate a conflitti e terrorismo, da un lato, e le caratteristiche del mercato internazionale di opere d'arte e archeologiche, dall'altro, si sommano nel dare vita a un'area complessa da investigare e individuare. Si tratta, spesso, una vero e propria «zona grigia», ove convivono trasferimenti in qualche modo regolari; opere illecitamente esportate; transazioni che i venditori e gli acquirenti intendono mantenere riservate per ragioni personali o fiscali; opere provento di furto, saccheggio o scavo clandestino; opere che costituiscono il prezzo di accordi illeciti. Solo un approccio a questa zona grigia che sia insieme olistico e coordinato può ostacolare e, alla fine, rendere meno convenienti i traffici connessi (anche) ai conflitti e all'azione dei terroristi[1].

La risoluzione 2347 (2017) si inserisce a pieno in questo processo con tutta la rilevanza politica e normativa che le decisioni del CdS assumono nel panorama internazionale. È un processo che viene da lontano e che merita un esame per quanto sintetico

2. Una lunga storia

Ormai dimenticata la vicenda cambogiana, il tema della protezione dei beni culturali dalla distruzione intenzionale da parte di gruppi armati si è imposto all'attenzione della comunità in modo crescente a partire dalla distruzione delle statue di Buddha in Afganistan per giungere alle aggressioni perpetrate da Dàesh in danno di musei e siti archeologici di indiscussa rilevanza.

Queste manifestazioni di "furia iconoclasta", che non hanno risparmiato neppure antichi manoscritti e le tombe situate in Timbuctù, hanno creato un allarme generalizzato e riportato in primo piano i molteplici profili legati ad un tema così complesso e sfaccettato. E tra questi vanno inclusi i tradizionali aspetti che riguardano il traffico di opere d'arte: i gruppi terrorisitici operanti in Siria e Iraq, infatti, non si limitano a distruggere monumenti e oggetti d'arte, ma si avvantaggiano delle attività sistematiche di scavo e appropriazione, lucrando dai proventi del loro commercio.

Come si vede, le recenti aggressioni al patrimonio culturale di una collettività assommano in sé una serie di beni giuridici tra loro diversi ma complementari, che vanno dal diritto di proprietà individuale all'interesse pubblico per giungere alla pace e alla sicurezza.

Niente di nuovo sotto il sole. Fin dall'antichità i conflitti fra imperi, stati, popoli hanno incluso fra i loro esiti la distruzione dei simboli culturali degli sconfitti, la spoliazione dei loro tesori e l'utilizzo degli stessi a fini simbolici ed economici. Sparta, Gerusalemme, Roma sono tra gli esempi più noti dei saccheggi che si accompagnarono alla distruzione dei simboli del potere sconfitto[2]. Non di rado il passato, ancora non troppo lontano, ha visto queste condotte accompagnarsi a stragi e deportazioni della popolazione civile. Ancora oggi l'Unesco utilizza il termine «genocidio culturale»

1. Si tratta di aspetti che vedono non adeguati neppure i sistemi giuridici di realtà avanzate come quella europea e la stessa Italia. Non casualmente, nuovi strumenti di tutela penale del patrimonio culturale sono in discussione presso il Consiglio d'Europa e il Parlamento italiano.

2. Forme diverse, ma talvolta molto simili per conseguenze, hanno avuto le spoliazioni dei siti culturali e dei tesori d'arte subite dai Paesi oggetto di "colonizzazione", con interi monumenti e oggetti di ogni dimensione trasferiti nelle piazze, nei musei e nelle collezioni private dei Paesi colonizzatori.

per definire la sistematica distruzione di monumenti intesa a cancellare la storia e a distruggere la memoria collettiva di una popolazione.

Non vi è dubbio che aggressioni di queste dimensioni hanno conseguenze che vanno ben al di là del valore delle singole condotte e rappresentano un pericolo per la pace stessa. La distruzione e le violenze commesse verso i simboli culturali di una comunità hanno il potere di incidere in profondità sulla psiche individuale e sull'anima collettiva, provocando traumi che conducono a nuove violenze e ostacolano ogni processo di pacificazione. Queste conseguenze sono maggiormente sentite e gravi nelle realtà in cui culture diverse hanno convissuto fianco a fianco. La rottura radicale del patto di convivenza, il sentimento di "tradimento" e la profondità dell'offesa subita cancellano a lungo la fiducia e la disponibilità che permettono di vivere gli uni accanto agli altri e di progressivamente integrarsi a discapito delle differenze. Le distruzioni che ferirono Sarajevo e l'intera regione sono ancora vive dopo oltre venti anni e un processo di pace sostenuto con decisione a livello internazionale.

Considerazioni di questa natura sono formulate con sempre maggiore frequenza nell'ambito della comunità internazionale e si aggiungono a una diversa acquisizione oramai consolidata: il patrimonio culturale di una collettività non appartiene solo a questa, ma rappresenta un tesoro a livello universale e spetta alla comunità di tutti gli Stati farsene carico. Parleremo fra poco del diritto umanitario e delle sue regole volte a proteggere i beni culturali nelle condizioni di conflitto e di guerra; ci limitiamo qui a ricordare che la mappa dei siti Unesco costituisce il principale risultato moderno di tale acquisizione e si muove sul solco del mandato che la stessa Unesco ha ricevuto dall'Assemblea degli Stati, ma non esaurisce l'elenco dei beni che meritano tutela internazionale per il loro legame con la vita delle singole comunità.

Il richiamo all'Unesco consente di introdurre il tema dell'interesse pubblico statale accanto al valore universale del patrimonio artistico. Terminata la seconda guerra mondiale, accresciutisi i commerci internazionali e migliorate le condizioni economiche di larghi strati della popolazione, in particolare nel mondo occidentale, gli scavi clandestini e i furti di opere d'arte assunsero una dimensione particolarmente rilevante. L'allarme crebbe in modo esponenziale in molti Paesi che subivano condotte di spoliazione e di esportazione dei tesori d'arte. Fu all'interno di questo contesto che nel 1969 l'Italia dette vita al primo corpo di polizia specializzato nel contrasto al traffico di antichità e opere d'arte, il Comando per la tutela del patrimonio culturale (Tpc) dei Carabinieri, e che, nel 1970, fu sottoscritta la prima e, forse, la più rilevante delle Convenzioni Unesco. Si tratta di un testo che regola i rapporti fra gli Stati e fissa l'obbligo di restituzione allo Stato di origine dei beni di interesse pubblico illegalmente esportati e commerciati.

3. Le Convenzioni internazionali: un cenno

Ho affrontato in altra sede il contenuto delle principali Convenzioni internazionali e tutela del patrimonio culturale[3]. In quella sede ho evidenziato come una prospettiva penalistica debba muovere dall'esame delle principali convenzioni Unesco e dalla Convenzione Unidroit del 1995. Si tratta, infatti, di strumenti normativi che contengono definizioni fondamentali, a tacer d'altro, per la individuazione dei beni protetti, per la individuazione delle principali condotte vietate sul piano amministrativo e civile, per la determinazione dei concetti di buona fede e «*due diligence*» in sede di contrattazione. Nel rinviare per un'analisi più dettagliata a quanto esposto nella relazione citata, mi limito qui a poche considerazioni utili a quanto stiamo dicendo.

La Convenzione Unesco del 1970 rappresenta una pietra miliare nel panorama internazionale e un punto di riferimento imprescindibile anche per la lettura e l'applicazione degli strumenti giuridici successivi, purché si tenga ben presente che essa ha come oggetto i beni che lo Stato di provenienza ha qualificato di interesse pubblico e reso in tal modo non liberamente commerciabili.

Merita un richiamo anche la Convenzione Unesco del 1972, meno nota della precedente ma non per questo priva di rilievo anche ai fini penalistici. All'art. 1 essa fornisce la definizione di «patrimonio culturale» (non dissimile dall'espressione inglese *cultural heritage*) articolandola attorno a tre categorie: monumenti, gruppi di edifici e siti. La Convenzione passa poi a definire la «proprietà culturale», riferita a singoli oggetti che rivestano valore e meritino tutela che lo Stato consideri appartenere al patrimonio culturale o naturale del Paese e meritino di essere inseriti negli elenchi previsti dagli artt.2 e 4. Resta, infatti, estremamente sensibile il rapporto fra l'interesse pubblico alla tutela di un bene e il diritto di disporne che esiste in capo al soggetto privato che vanti su quel bene un diritto di proprietà.

A tale proposito soccorre la Convenzione Unidroit, stipulata a Roma nel 1995, che regola le situa-

3. Relazione dal titolo *La tutela dei beni culturali nel panorama internazionale*, presentata in occasione del corso *Patrimonio culturale e tutela penale* (P16031) che la Scuola superiore della magistratura ha tenuto nel mese di aprile 2016.

zioni giuridiche in cui un bene sia stato oggetto di commercio e versi nelle condizioni per essere restituito al soggetto che ne è stato illegalmente espropriato. Pur regolando rapporti di diritto privato, tale Convenzione assume un particolare rilievo nel panorama complessivo, anche ai fini di valutazioni che sono proprie del diritto penale. Essa, infatti, contiene definizioni e disposizioni in tema di elemento soggettivo che risultano di fondamentale importanza nella disciplina giuridica e nella interpretazione delle altre normative.

Tornando a fatti più recenti, l'attenzione della comunità internazionale si è concentrata su quanto accaduto e accade in Iraq e in Siria e, in particolare, sulla necessità di evitare la distruzione di siti e tesori archeologici e di contrastare l'ideologia terrorista che sostiene tali condotte. Si tratta di preoccupazioni e di interventi necessari e urgenti, ma è nostra convinzione che non si possano trascurare le connessioni esistenti con un'altra forma di distruzione, quella rappresentata dall'effettuazione di scavi e di furti sistematici che comportano danni altrettanto rilevanti, per quanto meno eclatanti. In altri termini, non è possibile separare il tema delle aggressioni al patrimonio culturale nelle aree di crisi da quello più generale del commercio illegale nelle sue diverse forme. Il che implica anche una riflessione sui collegamenti che i gruppi terroristici operanti in Iraq e Siria avrebbero instaurato con i gruppi criminali in grado di gestire il commercio delle antichità e delle opera d'arte che vengono destinate ai mercati finali.

Sono questi terreni sui quali le Nazioni Unite operano da tempo in modo incisivo e articolato, cercando di affrontare contemporaneamente i diversi aspetti e di mobilitare le risorse presenti nelle organizzazioni internazionali e nazionali, nell'accademia e nella società civile, non dimenticando il ruolo fondamentale delle strutture museali e delle associazioni di commercianti. Nelle pagine che seguono si cercherà di mettere un poco di ordine in questo territorio vasto e complesso.

4. Il diritto umanitario

Il richiamo alla protezione dei beni culturali in situazioni come quelle che vedono sfortunati protagonisti i territori di Siria, Iraq e, probabilmente, Yemen, impone di ricordare brevemente le regole che il diritto umanitario ha fissato (e alle quali non può non fare riferimento intervento del CdS connesso ai conflitti armati.

4.1. La Convenzione dell'Aja del 1954

Nell'ambito del diritto umanitario deve essere dedicata un'attenzione particolare alla Convenzione dell'Aja del 1954, e al suo Primo protocollo aggiuntivo (dello stesso anno). Redatta dopo l'esperienza della Seconda guerra mondiale e le sistematiche aggressioni al patrimonio culturale che essa aveva conosciuto, la Convenzione dichiara illegali una serie di condotte che, in caso di conflitti armati, vanno dalla distruzione al saccheggio, dal danneggiamento alla dispersione, per giungere al divieto per la parte che ha assunto il controllo di un territorio di procedere alla esportazione dei beni culturali in esso presenti. Essa fissa poi per gli Stati due obblighi positivi fondamentali: a) restituzione degli oggetti illegalmente acquisiti; b) previsione di «tutte le misure necessarie per sanzionare penalmente o disciplinarmente le persone responsabili» (art.28). Come si comprende, quest'ultima disposizione risulta generica e intrinsecamente debole, ma non priva di importanza sul piano sistematico.

Non meno importante il Secondo protocollo aggiuntivo del 1999, che all'art.15 qualifica come «gravi» alcune violazioni, fra cui gli attacchi «intenzionali», le condotte di distruzione o acquisizione «estensive», gli atti di vandalismo, il saccheggio, il furto e l'appropriazione illegale[4]. Il giudizio di gravità di tali condotte assume un obiettivo rilievo sia con riferimento alla successiva evoluzione del diritto internazionale classico, pensiamo allo Statuto di Roma, sia con riferimento agli strumenti di cooperazione penale internazionale che si fondano sulla Convenzione di Palermo.

4.2. Lo «Statuto di Roma»

Quanto allo Statuto di Roma, possiamo qui limitarci a ricordare la disposizione contenuta nel comma secondo dell'art.8, secondo cui costituiscono «crimini di guerra» tutte le violazioni «serie» delle leggi e delle consuetudini applicabili ai conflitti armati. In tale contesto rientrano (comma secondo, lett.e, n.IV) gli attacchi intenzionali contro edifici «aventi natura storica o destinati a scopi religiosi, educativi, artistici, scientifici, caritatevoli, oppure ospedali …», che non costituiscano legittimi obiettivi militari.

È interessante notare come l'elenco degli obiettivi ora ricordato includa edifici rientranti in tre categorie di beni giuridici: umanitari (ospedali, scopi caritatevoli); legati all'identità della popolazione (monumenti storici o artistici); espressione di libertà fondamentali (edifici religiosi, educativi, scientifici).

4. Si tratta di condotte che ritroviamo disciplinate dagli art.7-10 della legge 45 del 2009, emanate in attuazione dell'art.15 sopra citato.

4.3. Il caso di Abou Tourab e la Corte Penale Internazionale

L'indagine e il processo subiti lo scorso anno da Ahmad Al Faqui Al Mahidi, noto come Abou Tourab, davanti alla Corte penale internazionale hanno assunto un valore politico e culturale di primaria importanza. Non solo si tratta della prima condanna, a nove anni di carcere, per condotte di distruzione intenzionale di monumenti storici e di valore religioso emanata da una Corte internazionale con riferimento a violenze commesse per finalità di terrorismo da affiliato a Al-Qaida, ma si tratta della prima volta che tali condotte sono qualificate come «crimine di guerra» ai sensi del citato art.8 e dell'art.25, comma 3, dello Statuto di Roma[5]. Dal momento che l'imputato ha ammesso le proprie colpe in sede di giudizio, si rivela particolarmente interessante la lettura delle motivazioni della decisione con cui in data 24 marzo 2016 la *Pre-Trial Chamber I* ha convalidato la richiesta di rinvio a giudizio avanzata dall'ufficio del Pubblico ministero[6].

Abou Tourab era accusato di avere, nel 2012 e nel contesto di un conflitto armato fra un gruppo fondamentalista e le autorità maliane, concorso in varie forme (agendo direttamente; collaborando all'azione altrui; istigando: etc.) alla distruzione di dieci siti protetti dalla convenzione Unesco del 1972 o comunque vissuti come patrimonio culturale dalla collettività locale. Il fatto che i siti aggrediti fossero stati scelti proprio per il loro valore culturale e religioso, nonché per l'importanza che ad essi attribuiva la comunità locale, ha rappresentato un elemento decisivo perché la Corte ritenesse integrati gli estremi dei reati contestati.

5. Le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza

Con le risoluzioni 2170 (2014) e 2178 (2014) il Consiglio di Sicurezza ha affrontato i temi legati alla natura terroristica delle condotte di Isil-Daesh e al fenomeno dei «*foreign terrorist fighters*» (Ftf), ponendo sempre più l'accento sulle forme di supporto e di finanziamento delle attività illegali compiute da tali soggetti.

Con la risoluzione 2195 (2014), fortemente voluta dai Paesi africani, l'accento è stato posto sui legami fra le condotte dei gruppi terroristi e quelle dei gruppi criminali transnazionali, sulle possibili collaborazioni e sul reciproco supporto in aree quali il traffico di esseri umani, il traffico di armi e droga, il traffico di beni culturali. Si tratta di una risoluzione di grande rilievo sul piano dell'evoluzione del «sistema Consiglio di Sicurezza», che amplia l'orizzonte di intervento e si misura con la natura in qualche modo ibrida (tra ideologico e criminale) dei gruppi armati che abbiamo ricordato, cui non possiamo non aggiungere Boko Haram per la rilevanza che questo gruppo riveste in Africa e per le conseguenze drammatiche delle sue azioni sulla pace e la sicurezza di una porzione consistente di quel continente. Tuttavia, la risoluzione sembra essere stata poco metabolizzata dal Consiglio e dalla maggioranza dei suoi membri e le determinazioni in essa contenute non hanno conosciuto lo sviluppo e l'applicazione che avrebbero meritato.

Veniamo così alla risoluzione 2199 (2015) che nel mese di febbraio affrontò in modo esplicito il tema del finanziamento alle attività e all'esistenza stessa dei gruppi terroristi. La proposta iniziale della Russia, concentrata sulle conseguenze del traffico di petrolio, è stata ampliata fino a ricomprendere le quattro principali fonti di finanziamento dei gruppi terroristi che operano in Medio Oriente: traffico di petrolio, traffico di beni culturali, sequestri di persona, donazioni e trasferimenti di denaro dall`estero. Il traffico di beni culturali è affrontato nei paragrafi 15-17 nei termini che seguono:

«15. Condemns *the destruction of cultural heritage in Iraq and Syria particularly by Isil and Anf, whether such destruction is incidental or deliberate, including targeted destruction of religious sites and objects*;

16. Notes with concern *that Isil, Anf and other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida, are generating income from engaging directly or indirectly in the looting and smuggling of cultural heritage items from archaeological sites, museums, libraries, archives, and other sites in Iraq and Syria, which is being used to support their recruitment efforts and strengthen their operational capability to organize and carry out terrorist attacks;*

17. Reaffirms its *decision in paragraph 7 of resolution 1483 (2003) and decides that all Member States shall take appropriate steps to prevent the trade in Iraqi and Syrian cultural property and other items of archaeological, historical, cultural, rare scientific, and religious importance illegally removed from Iraq since 6 August 1990 and from Syria since*

5. In precedenza, il Tribunale internazionale per i crimini commessi nella *ex*-Jugoslavia con sentenza del 26 febbraio 2001 aveva qualificato come «crimini contro l'umanita» le condotte intenzionali di distruzione giudicate nel caso Kordic e al.

6. Al rinvio a giudizio è seguita la celebrazione del giudizio. Con l'imputato che si è dichiarato responsabile dei fatti e ha preso da essi le distanze, la Corte in data 27 settembre 2016 ha fissato in nove anni di reclusione l'entità della pena inflitta.

15 March 2011, including by prohibiting cross-border trade in such items, thereby allowing for their eventual safe return to the Iraqi and Syrian people and calls upon the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Interpol, and other international organizations, as appropriate, to assist in the implementation of this paragraph;».

Il paragrafo 17 contiene una indicazione importante sul piano della cooperazione internazionale nel momento in cui, sulla base dell'inizio delle situazioni di conflitto o instabilità, fissa due date a partire dalle quali deve presumersi la illegalità della rimozione dei beni culturali provenienti da Iraq e Siria, con conseguente illegalità degli atti di esportazione, di trasferimento, di successiva importazione e commercializzazione. Si tratta di date che hanno valore vincolante per tutti gli Stati, chiamati ad adeguarsi a tale decisione, e che diventano un punto di riferimento per tutta la comunità internazionale, soggetti privati compresi.

La risoluzione 2253 (2015) rappresenta la *summa* delle disposizioni adottate dal Consiglio di Sicurezza in tema di contrasto al terrorismo mediante il sistema delle sanzioni. Ai paragrafi 14 e 15 richiama il commercio di beni culturali (definiti quali «*antiquities*») fra le forme di finanziamento che devono essere individuate, sanzionate e fatte oggetto di misure volte a prevenire o bloccare il supporto che ne deriva per i gruppi terroristi.

A queste tre importanti risoluzioni si è, poi, aggiunta la risoluzione 2322 (2016), che nel dicembre scorso ha affrontato il tema della cooperazione internazionale, di polizia e giudiziaria, nel contrasto ai crimini terroristici e ai crimini ad essi collegati, incluse le aggressioni al patrimonio e ai beni culturali. Una risoluzione di grande rilievo che si occupa delle modalità concrete di risposta e, costruendo sulle logiche e i contenuti della «Convenzione di Palermo» contro il crimine organizzato transnazionale, invita gli Stati a dotarsi degli strumenti necessari e ad utilizzarli per una più avanzata ed efficace cooperazione internazionale.

6. Il collegamento con il finanziamento dei gruppi terroristi

Ho intenzionalmente omesso di affrontare in questa sede il tema articolato e complesso delle disposizioni in tema di beni culturali contenute nelle risoluzioni di Assemblea Generale. Rinvio per questo alla mia relazione che ho citato in nota 3, e mi limito a ricordare come la risoluzione 68/196 del 2014 abbia adottato le «linee guida» sviluppate a Vienna in sede di Commissione Crimine, che contengono un'articolata indicazione di comportamenti e misure che gli Stati dovrebbero adottare nelle loro diverse articolazioni al fine di contrastare i fenomeni illegali legati allo sfruttamento e al traffico di beni culturali.

Quello che occorre affrontare adesso è il tema dell'esistenza di prove di un collegamento attuale fra il commercio di beni culturali e l'azione di gruppi terroristi che forma oggetto di discussione in sede internazionale e ancora recentemente è stata evidenziata la circostanza che la scarsità di oggetti intercettati negli ultimi mesi ai confini delle aree di crisi irachena e siriana non consente di avere risposte certe a tale interrogativo[7]. Per altro verso, esistono commentatori che fissano in milioni di dollari i proventi che le organizzazioni terroristiche riceverebbero dallo sfruttamento dei beni culturali e qualificano tale fonte di finanziamento come la seconda per importanza dopo il commercio di petrolio.

Può essere utile ricordare in questa sede che durante un incontro tenutosi al Metropolitan Museum di New York nel Settembre 2015 le autorità statunitensi mostrarono una serie di documenti sequestrati in Siria da cui risulta la sistematicità delle condotte di scavo e di commercio dei beni culturali. Si tratta di documenti che hanno la forma di vere e proprie autorizzazioni a sfruttare singole zone rilasciate a singole persone dai rappresentanti del sedicente «Stato islamico» in cambio di una somma di denaro e di una futura percentuale sui proventi. Questi documenti confermano la struttura organizzata che Isil-Dàesh si è data con riferimento al controllo del territorio ed evidenziano come quel gruppo percepisca l'importanza e l'utilità di favorire il commercio dei beni archeologici senza che questo contrasti con le azioni di distruzione di monumenti e di luoghi di culto, che hanno finalità tipicamente politiche[8].

Più recentemente il Comitato sanzioni 1267 (che si occupa proprio di Isil-Dàesh) ha ricevuto specifici rapporti che i propri esperti hanno dedicato al tema e che forniscono evidenze degli introiti che i gruppi terroristi di Siria e Iraq ricevono dagli scavi clandestini, dalle appropriazioni illegali e dal commercio di beni culturali.

7. Fonti Interpol segnalano che gli oggetti verosimilmente provenienti da Iraq e Siria recuperati in Libano, in Turchia e in alcuni Paesi europei negli ultimi dodici mesi ammontano a poche migliaia e sono di modeste dimensioni e modesto valore. Diverse le stime di un piu' recente studio del Monitoring Team del Comitato 1267, che ha calcolato in circa 30.000 gli oggetti sequestrati negli ultimi 12 mesi (difettano, tuttavia, le descrizioni di tali oggetti e si presume che un largo numero di essi sia costituito da monete e da piccoli beni di scarso valore).

8. Sembrano del tutto condivisibili le posizioni assunte da Unesco, da molte istituzioni internazionali e molti commentatori in ordine ai plurimi significati che gli atti di distruzione intenzionale intendono trasmettere: nulla di meritevole esiste prima del secolo di Maometto;

Nel corso di un dibattito che la Missione permanente d'Italia presso le Nazioni Unite ha co-organizzato il 2 Marzo 2016[9], i rappresentanti di Interpol e Unesco hanno convenuto che solo una minima parte dei beni culturali verosimilmente scavati o sottratti è stata oggetto di trasferimento verso i mercati occidentali o asiatici e verso quelli che sembrano essere i nuovi mercati mediorientali. Ciò lascia pensare che i commercianti stiano raccogliendo i materiali in luoghi sicuri in attesa che si creino condizioni più favorevoli alla loro esportazione e commercializzazione. Qualora questa ipotesi abbia fondamento, essa impone di pensare all'esistenza di una strategia complessiva e costituirebbe conferma della circostanza che l'azione illegale dei gruppi terroristi e di chi opera nelle aree da loro controllate si incanala poi verso i mercati di destinazione attraverso i gruppi criminali organizzati che gestiscono i traffici internazionali. Sempre l'Interpol, infatti, ha dato notizia del rinvenimento di armi, sostanze stupefacenti e oggetti d'arte all'interno di un unico *container* verosimilmente destinato al circuito europeo.

A questo proposito segnalo che gli organismi delle Nazioni Unite dedicati al contrasto al terrorismo stanno approfondendo i confini e le caratteristiche del commercio di beni culturali originati dalle aree sotto il controllo dei gruppi terroristi, in Siria e in Iraq.

Nel confermare che nei territori occupati l'attività di scavo e spoliazione sembrano essere sistematiche, viene fatto notare in primo luogo che i profitti alla fonte sono relativamente bassi e che la gran parte del valore economico si colloca nelle fasi successive di traffico e di commercio finale. Questo ha due conseguenze:

- le attività di scavo e di appropriazione dei beni culturali possono essere economicamente rilevanti solo in presenza di un numero molto elevato di oggetti;
- solo riducendo i profitti del traffico sarà possibile rendere assai poco conveniente continuare a escavare e a impossessarsi illegalmente dei beni alla fonte.

In secondo luogo viene rilevato che senza l'utilizzo di *database* contenenti informazioni adeguate e rapidamente accessibili non è possibile contrastare efficacemente l'attività di traffico e quella di vendita dei beni sui mercati. In questa prospettiva appare necessaria anche un'armonizzazione sia dei regimi nazionali sia dei sistemi di catalogazione e nomenclatura, possibilmente coordinata nell'ambito delle attività della Wco (World custom organization).

In termini più generali, va osservato che il sistema di contrasto al terrorismo si concentra sulle forme di finanziamento e invita gli Stati membri a combattere efficacemente il fenomeno. È evidente che tale invito con il suo approccio di ordine generale riconduce il tema alla più ampia normazione sul traffico di beni culturali. Ora, in assenza di uno strumento internazionale specificamente dedicato agli aspetti penali, ogni Paese per le medesime condotte può prevedere o non prevedere sanzioni penali, avere una diversa disciplina di fondo sulla «proprietà» degli oggetti trovati o posseduti, dotarsi di regimi diversi in tema di autorizzazioni, importazione, esportazione. Tutto questo rende estremamente difficile mettere in campo una risposta effettiva. A tale vuoto ha cercato di dare risposta in sede europea la delegazione francese che, supportata dall'Italia, nel corso dei negoziati sulla nuova direttiva antiterrorismo ha proposto di inserire il seguente paragrafo:

«*Member States shall take the necessary measures to ensure that importing, exporting, transiting, detaining, selling, acquiring or exchanging a cultural object of archaeological, artistic, historic or scientific interest, with knowing that it comes from a theatre of operations of terrorist groups, is punishable as a criminal offence.*».

Tale proposta appare da sola indicativa della consapevolezza che gli interventi repressivi per essere efficaci richiedono uno sforzo di coerenza e armonizzazione che prevenga i disallineamenti e i vuoti di disciplina che fungono da ostacolo anche per coloro che con le migliori intenzioni intendono investigare e processare le condotte illegali.

7. Il contributo della Rappresentanza italiana

Ho ricordato poco sopra la istituzione del Tpc dei Carabinieri e non c'è spazio per ricordare il lavoro eccezionale che questo Comando specializzato ha realizzato e sta realizzando per la tutela di quel patrimonio in Italia e nel mondo, ottenendo riconoscimenti internazionali che fanno onore al nostro Paese. Posso, ancora, evidenziare la fruttuosa presenza italiana in sede Unesco a livello di indirizzo politico e a livello operativo. Italiani sono molti dei funzionari Unesco che ricoprono ruoli fondamentali, e analoga

la storia di quel territorio e della sua gente deve essere azzerata per lasciare campo alla nuova storia che comincia adesso; le singole comunità non devono avere simboli e luoghi di riferimento che siano di ostacolo all'unica cultura e all'unica storia che si sta costruendo; e altro ancora.

9. Si farà cenno in seguito al progetto in cui detto incontro si inserisce.

affermazione è possibile fare per la presenza italiana nelle strutture di Unodc e Interpol che si occupano di questo settore. Merita ricordare, infine, il ruolo attivo che i rappresentanti italiani hanno ricoperto a Vienna nello sviluppo degli strumenti operativi realizzati da Unodc, a partire dalle linee guida adottate nel 2014 dalla Commissione Crimine e quindi fatte proprie dall'Assemblea Generale.

Il tema era, invece, del tutto residuale nei lavori degli organismi Onu newyorkesi, sostanzialmente limitato a includere nelle deliberazioni di Assemblea Generale il lavoro fatto a Parigi o Vienna o Ginevra.

Poi sono venuti i fatti mediorientali e le vicende di Nimrud e Palmira. Nel 2015 la Rappresentanza permanente dell'Iraq, sostenuta da quella tedesca, ha ottenuto l'approvazione di una Risoluzione che mette al centro la tutela del patrimonio culturale iracheno. Ma, come si sa, le Risoluzioni di Assemblea Generale non hanno efficacia vincolante e anche questa Risoluzione risultava priva di indicazioni operative.

Come si è visto, qualcosa è cambiato nel 2015 con l'approvazione in Consiglio di sicurezza della Risoluzione 2199 e con i tre paragrafi dedicati e limitati al contrasto al traffico di beni culturali quale forma di finanziamento dei gruppi terroristici attivi in Siria ed Iraq. Non a caso, l'interesse della risoluzione si concentra sui beni esportati dall'Iraq dopo il 1990 e dalla Siria dopo il marzo 2011.

Su queste basi si è innestata l'iniziativa che la Rappresentanza d'Italia presso le Nazioni Unite ha lanciato nel giugno del 2015 assieme alla Giordania. Ci è, infatti, sembrato il momento di ricucire i diversi strumenti esistenti e di provare a passare dalla redazione di risoluzioni alla loro applicazione concreta. Nessuno dei diversi organismi che pure operano sul campo è in grado di rispondere da solo alla urgenza e complessità della situazione e solo la connessione fra gli sforzi di tutti può consentire di fare passi avanti.

Il primo ostacolo da affrontare era la scarsa consapevolezza da parte della maggior parte dei rappresentanti dei 193 Paesi. Al di là di proclamazioni di principio e al di là del reale interesse di un ristretto numero di Stati, il tema della protezione del patrimonio culturale non rientrava nell'agenda newyorkese. Occorreva cambiare prospettiva e passare da singole iniziative adottate da singoli Stati per le più varie ragioni, a un approccio organico. Occorreva passare da singoli eventi a un vero progetto.

Il progetto ha introdotto due novità: la programmazione di una serie di incontri che hanno coperto con continuità quindici mesi; la rottura della separazione fra Stati e «agenzie».

Tradizionalmente uffici-agenzie Onu e i singoli Stati si muovono secondo logiche di reciproca convenienza, e questo è del tutto fisiologico atteso il metodo di funzionamento delle Nazioni Unite. Tuttavia, questo favorisce la frammentazione delle iniziative e la loro finalizzazione a un singolo obiettivo. Alla lunga il risultato non è funzionale a quell'approccio «olistico» che tutti invocano, ma risulta assai poco praticato.

Nel pensare il nostro progetto abbiamo deciso di includere fin dall'inizio le tre maggiori organizzazioni (uffici-agenzie) che si occupano di tutela del patrimonio culturale in modo potenzialmente complementare: Unesco, Unodc e Interpol. Il progetto è stato così costruito assieme, avendo i due Stati e le tre organizzazioni pari dignità e pari responsabilità, ferma restando per i soli Stati la responsabilità politica. Il progetto, si è perfezionato con la pubblicazione di un libretto che ripercorre le tappe essenziali dell'analisi effettuata e contiene un indice di tutti i principali strumenti giuridici internazionali, per concludersi con una serie di indicazioni e suggerimenti distinti secondo le tre aree di intervento che sono, nello stesso tempo, separate e interdipendenti: aree di origine dei beni; forme di traffico interno e internazionale; mercati di destinazione. In estrema sintesi:

7.1. Le aree di provenienza

Il discorso sulle aree di provenienza vede oggi una netta distinzione fra quelle che possiamo considerare aree di crisi o di occupazione o di vero e proprio conflitto armato, da un lato, e tutte le altre aree. Per le prime, come si è detto, sussistono o una evidente indicazione di sospetto circa la illiceità della appropriazione ed esportazione degli oggetti, o addirittura una presunzione di illiceità, come stabilito con indicazioni temporali precise nel testo della risoluzione 2199 (2015) del Consiglio di Sicurezza. Per le seconde aree valgono i principi generali che ancorano la liceità della detenzione e della esportazione alle regole e agli *standard* fissati dalla normativa domestica. Quest'ultima concerne sia la identificazione dei beni soggetti a tutela sia le regole di trasferimento della titolarietà degli stessi sia le forme da seguire per la esportazione temporanea o definitiva. Questo introdurrebbe il tema delle regole stabilite a livello nazionale, e non è possibile affrontarlo in questa sede. Mi limito qui a richiamare quanto si è detto più volte sulla necessità di coordinare e rendere omogenee le legislazioni, le normazioni e gli *standard* nazionali al fine di rendere possibile anche le diverse forme di cooperazione internazionale.

7.2. Il commercio internazionale e il vero e proprio "traffico"

Alcune risoluzioni e documenti delle Nazioni Unite insistono sulla rilevanza delle violazioni che hanno

ad oggetto il traffico illegale di beni culturali e invitano gli Stati membri a qualificare le stesse come reati «gravi» ai sensi dell`art.2 della Convenzione di Palermo. È, infatti, questo il settore in cui maggiormente si sente il bisogno di una cooperazione internazionale effettiva ed efficace.

Il concetto di cooperazione assume qui più livelli e tocca profili diversi: la qualità della normazione nazionale di riferimento; la definizione di documentazione e procedure che rispondano alle esigenze di collaborazione fra Paesi diversi; l'esistenza di forze di polizia e di magistratura adeguatamente formate; la formazione e l'aggiornamento dei funzionari doganali; la cooperazione diretta fra forze di polizia e la cooperazione fra gli organi inquirenti e giudiziari dei diversi Paesi interessati; l'effettività e la tempestività delle procedure di restituzione ai Paesi di origine; il potenziamento degli strumenti di lavoro internazionali e il ricorso agli stessi da parte degli apparati pubblici nazionali.

Un livello elevato di cooperazione internazionale è l'unico strumento in grado di rispondere alla complessità delle condotte criminose, soprattutto ove si consideri che esiste una «zona grigia», in cui il commercio legale e quello illegale insistono e convivono, ed esistono canali di trasferimento dei beni culturali illegalmente commerciati che sono comuni a quelli di altre tipologie criminali di traffico. Senza tacere della nuove complessità derivanti dal commercio e delle aste effettuati via internet.

7.3. I mercati di destinazione

Apparentemente più semplice, il tema della regolamentazione dei mercati di destinazione presenta una consistente complessità e si intreccia con quello generale della documentazione di accompagnamento dei beni culturali e del regime giuridico di questi.

Si è visto come in via generale il regime giuridico dipenda principalmente dalle regole fissate dallo Stato di origine in tema di commerciabilità e di documentazione. Si è anche visto come il regime pubblicistico (Unesco) e quello privatistico (Unidroit) offrano parametri di riferimento e di interpretazioni fondamentali sia per la disciplina nazionale sia per gli accordi internazionali a livello bilaterale e multilaterale. Altrettanto importante è la qualità del regime doganale[10] e della sua applicazione coerente da parte di tutte le autorità competenti.

Si è, poi, fatto cenno all'esigenza che i soggetti privati interessati cooperino al contrasto del traffico o del commercio illecito di beni culturali. Ciò vale per i commercianti e le case d'asta come per i singoli collezionisti e le istituzioni museali di qualsiasi natura.

È adesso il caso di concludere sottolineando l'importanza del partneriato pubblico-privato. Il colloquio fra istituzioni pubbliche e soggetti privati che operano nel settore ha messo in evidenza l'esistenza di obiettive difficoltà che commercianti e collezionisti (musei pubblici inclusi) incontrano nel sostenere il commercio legale ed emarginare quello illegale. Si tratta di difficoltà che non possono essere affrontate semplicemente ricorrendo a strumenti penali o comunque repressivi. Disponibilità di informazioni attendibili facilmente accessibili; percorsi educativi e sedi di confronto; un sistema bilanciato di incentivi e disincentivi: sono queste alcune delle misure che devono essere affiancate agli strumenti normativi esistenti, a loro volta meritevoli di sostegno e di piena applicazione.

A questo proposito dobbiamo considerare il peso delle associazioni di commercianti e collezionisti, che si fa sentire ogni volta che un'autorità statale o internazionale intende introdurre nuove forme di regolazione del mercato. È un dato di fatto che una percentuale molto consistente delle transazioni che hanno ad oggetto beni culturali, artistici, archeologici riguarda oggetti che risultano privi di documentazione di origine oppure accompagnati da documentazione incompleta (o sospetta). Si tratta di questione che incide su un mercato di grande valore economico e su una tipologia di commercianti-collezionisti in grado di far sentire la propria voce. Nasce di qui la convinzione che il problema non può essere affrontato solo con strumenti repressivi e che occorre intervenire con misure volte a favorire la collaborazione fra i soggetti pubblici e privati e disincentivare le transazioni illecite o sospette.

Anche in questo settore, infatti, la risposta penale può essere utile solo se l'area «grigia» viene ridotta e il mercato legale messo in condizione di far emergere in modo quanto più chiaro possibile gli attori e i comportamenti illegali.

Concludendo, il progetto che l'Italia ha lanciato e gestito a New York, articolato su una mostra di reperti recuperati, due eventi presieduti dal Ministro Gentiloni e tre seminari tecnici, ha ampliato il terreno di dibattito articolandolo in modo coordinato tra i mandati e le attività delle tre maggiori agenzie e uffici competenti a livello internazionale. Ha, poi, stimolato l'interesse di un numero crescente di Stati e favorito il loro coinvolgimento attraverso occasioni ove hanno

10. E qui meriterebbe soffermarsi sull'esigenza di uniformità tendenzialmente garantita dal Wco così come sulla necessità di una revisione dei codici doganali che, introducendo un'adeguato dettaglio, favoriscano le operazioni di controllo e la loro efficacia concreta.

potuto valorizzare le iniziative nazionali e l'impegno profuso in sede internazionale. Ha, insomma, preparato il terreno per la presentazione e la negoziazione di una risoluzione che affronta con approccio diverso un tema che tocca allo stesso modo la vita delle persone e delle comunità, la pace e la sicurezza, il contrasto al terrorismo internazionale. Il testo ora approvato contribuisce in modo decisivo a creare un sistema più efficace ed accettato di tutela del patrimonio e dei beni culturali.

Gli autori

Alberto Aimi, assegnista di ricerca, Università degli Studi di Brescia

Gaetano Azzariti, ordinario di diritto costituzionale, Università di Roma La Sapienza

Fabio Basile, ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Milano

Giuseppe Battarino, magistrato, collaboratore della Commissione parlamentare d'inchiesta su ciclo illecito dei rifiuti e illeciti ambientali

Lucia Bellucci, ricercatrice confermata, Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche, Cesare Beccaria

Giacinto Bisogni, consigliere della Corte di cassazione

Remo Caponi, ordinario diritto processuale civile - Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze

Daniele Cappuccio, consigliere Corte di appello di Reggio Calabria

Francesco De Santis di Nicola, professore aggregato di procedure di tutela internazionale dei diritti umani, Università di Napoli Federico II; ricercatore di diritto processuale civile, Università di Napoli Federico II, avvocato, già giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo

Riccardo De Vito, magistrato di sorveglianza, Tribunale sorveglianza di Sassari

Alison Dundes Renteln, University of Southern California, Los Angeles, Usa

Paolo Ferrua, ordinario di diritto processuale penale, Università di Torino

Michele Graziadei, ordinario di diritto privato comparato, Dipartimento di giurisprudenza, Università di Torino

Cataldo Intrieri, avvocato, rappresentante direttivo LAPEC Roma

Alberto Macchia, consigliere della Corte di cassazione

Luigi Marini, magistrato, *legal adviser* alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite

Roberto Pardolesi, ordinario di diritto privato comparato, Dipartimento di impresa e management, Università Luiss Guido Carli

Alice Pisapia, professore a contratto in diritto dell'Unione europea per l'impresa e diritto della concorrenza, Università degli Studi dell'Insubria, Varese, avvocato nel Foro di Milano

Guido Raimondi, magistrato, presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Strasburgo

Mario Ricca, ordinario di diritto interculturale, Università di Parma

Renato Rordorf, presidente aggiunto della Corte di cassazione, Direttore di Questione Giustizia

Ilenia Ruggiu, ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari

Giuseppe Salmè, già presidente di sezione della Corte di cassazione

Tommaso Sbriccoli, antropologo, post-doc SOAS, collabora con il Dipartimento di scienze sociali, politiche e cognitive (Dispoc), Università di Siena

Giacomo Travaglino, presidente di sezione della Corte di cassazione

Giovanni Zaccaro, giudice del Tribunale di Bari