



TOGA LECCHESE

QUADRIMESTRALE EDITO DALL'ORDINE AVVOCATI DI LECCO

Anno XXVII - N.2/2017



La crisi della Professione forense

C'è chi getta la spugna

Si susseguono le notizie di Colleghi che abbandonano la professione forense, cancellandosi dall'albo, per intraprenderne altra.

In ambito lecchese è recente la comunicazione, inviata a tutti noi, formulata in termini estremamente cortesi ed efficaci di una Collega che ha partecipato la propria decisione di congedarsi dalla professione forense dopo 15 anni di attività.

Con estrema serenità e consapevolezza la (ex) Collega afferma di avere assunto la sofferta decisione dopo una scelta ponderata *"frutto di una crescente insofferenza verso un'attività che non mi appaga più per molteplici motivi"*.

Negli ultimi anni si sono registrate diverse altre analoghe decisioni di cancellazione dall'albo forense e di congedo dalla professione di Avvocato.

Quella che forse ha fatto maggior scalpore ed ha avuto particolare eco sulla stampa, può essere ritenuta la scelta operata da un Avvocato di Verona di cancellarsi dall'Albo per partecipare ad un concorso comunale bandito per coprire un posto da becchino, (con i debiti scongiuri, ovviamente per chi è superstizioso).

La notizia è balzata agli onori della cronaca tanto quanto di quella compiuta da un Collega di Milano che ha abbandonato la professione per aprire insieme alla compagna, futura notaio, un Bed&Breakfast.

Riflettendo sembra più eclatante la scelta dell'Avvocato veronese, piuttosto che quella del milanese dettata forse quest'ultima dalla volontà di impegnarsi in ciò che piace maggiormente, magari anche finalizzata a superare il disagio di non riuscire a vivere con i proventi dell'attività forense.

*

È indubbio che la crisi delle professioni in genere, pare avere matrici ben precise, come l'assenza del numero chiuso per l'ingresso all'università e l'eccessiva concorrenza tra gli studi.

Peraltra la nuova normativa forense (legge 31/12/2012 n. 247) ed il relativo Regolamento recante disposizione per l'accesso dell'esercizio della stessa (Decreto 25/02/2016 n. 47) hanno introdotto la contestuale obbligata iscrizione all'albo ed alla Cassa Forense, obblighi che comportano il pagamento di somme importanti, pena di cancellazione dell'albo.

Questo stato di cose non fa che acuire una già difficile situazione economica.

Fra tutti i fattori generanti difficoltà finanziarie emerge indubbiamente quella dell'obbligatoria corresponsione dei contributi minimi alla Cassa, oggettivamente elevati perché indipendenti da una reale, sufficiente, adeguata produzione di reddito.

È indubbio che la Cassa Forense sia un sistema generante solidarietà che merita di essere difeso, ma si ha la percezione che l'intero scenario normativo possa (o magari voglia) più che garantire libertà, autonomia, indipendenza ed un adeguato trattamento pensionistico, produrre indirettamente uno sfortimento degli Albi attraverso la cancellazione degli Avvocati che non raggiungono un reddito sufficiente ad assolvere il pagamento del contributo minimo soggettivo.

Questa è almeno la percezione.

Credo che sia un tema su cui ci si possa confrontare (Toga è ovviamente a disposizione per ospitare contributi); certo è che se l'introduzione delle norme citate era finalizzato al tentativo di porre rimedio all'accesso illimitato alla professione, non si può non evidenziare che lo stesso sia tardivo oltre che inopportuno, siccome la concorrenza dei neo-laureati che entrano nel mercato del lavoro, rende difficile il cambio di rotta ad un giovane Avvocato, figurarsi ad uno che esercita la professione da qualche lustro.



La collaborazione con Toga Lecchese è aperta a tutti gli operatori del diritto che intendano inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e cronache di vita forense.

Gli articoli, le note, le osservazioni – firmati o siglati – esprimono unicamente l'opinione del loro autore.

SOMMARIO

La crisi della Professione forense	pag.	3
Lettera di un magistrato ad un avvocato	"	5
Legittima difesa e tassatività	"	6
Il bene e la cosa in senso giuridico: origine e significato dell'art. 810 c.c.	"	9
...disturbare Copernico?	"	10
Le piaghe della giustizia	"	10
La responsabilità penale dei collaboratori dell'avvocato ...	"	11
Deontologia	"	11
L'arricchimento senza causa nell'ambito dei rapporti di fatto	"	12
Da Lombroso al dna: la fine del sistema penale	"	13
Lettera idealmente indirizzata all'avvocato Maghinardo Marchetti.	"	16
Cerco offro.....	"	17
In giro per mostre	"	18

 **TOGA LECCHESE**

Fondatore e Direttore Responsabile
RENATO COGLIATI

Stampa:
MAPER - RENATE (MB)

Autorizzazione n. 2/91 del tribunale di Lecco

Lettera di un Magistrato ad un Avvocato

*Caro Avvocato,
ogni giorno ci vediamo e condividiamo una parte del
lavoro assieme.*

*Si ma tu facendo la fila fuori dalla mia porta, io alla mia
scrivania;*

*tu entrando col sorriso anche se hai i tuoi cavoli, io
dipende dall'umore;*

tu in piedi, io seduto;

tu in giacca e cravatta anche a luglio, io in jeans;

tu paziente dei miei orari, io non sempre dei tuoi;

*tu che hai il cliente sul collo, io che ho tutto apparec-
chiato;*

*tu che torni più volte per vedere se ho deciso ed io che
mi sento in colpa per non averlo ancora fatto;*

*tu che hai vent'anni più di me e mi saluti con rispetto;
tu che mi racconti storie di altri e dagli occhi capisco
che mille ne avresti da dirne di tue;*

Ti rispetto, ti ammiro, ti sono grato.

DOTT. GIACOMO EBNER
(GIP presso il Tribunale di Roma)



Legittima difesa e tassatività: limiti di una illusione

(...e un caso lecchese)

Stancante, monotona e becerata, ha ancora una volta eccitato il popolo dei tuttologi e degli opinionisti l'inconsistente dibattito sul problema della "giusta" legittima difesa.

Oramai è un classico: ogni qual volta (per la verità, casi rarissimi) accada che un malvivente venga ucciso nel contesto di una azione di furto, o che una vittima di furto o di rapina venga ucciso dal malvivente, si scatena la canea fra chi invoca la pena di morte, chi l'ampliamento o il restringimento della facoltà di difendersi, chi l'inasprimento della pena per la vittima che uccide, chi ulteriori dettagli di tipizzazione della fattispecie dell'art.52 c.p. ecc ecc. Si organizzano infuocate mobilitazioni popolari, si realizzano folcloristiche trasmissioni radiofoniche o televisive in cui compaiono spesso improbabili "esperti" o, molto più spesso, rappresentanti politici e opinionisti incompetenti, inneggianti alle varie soluzioni prospettate quali "giuste", con la esaltata modalità del "tifo da stadio".

Nella recente tornata scatenata da due casi, temporalmente abbastanza contigui, (10 marzo 2017, ristoratore di Lodi uccide il reo - 7 aprile barista di Budrio uccide il reo), si è giunti addirittura a invocare e, quel che è peggio, a progettare, una nuova ridisegnazione legislativa della "legittima difesa", che predetermini finanche fasce orarie di liceità o illiceità della "difesa".

Al momento in cui scrivo (9 giugno 2017) questa indecente gazzarra sembra sopita e, cessato lo starnazzare inconcludente, c'è da sperare che tutto rimanga come è e che non si ponga mano ad una ulteriore modifica dell'art.52 CP, dopo quella che nel 2006 ha inserito in tale norma alcune superflue aggiunte.

Comunque ricordo a chi legge, che in occasione di quella modifica del 2006 (considerata da molti, troppo benevola verso chi avesse ucciso un ladro), parte dei commen-

tatori, dei politici e della "società civile mobilitata", gridò allo scandalo paventando la certezza che, con quelle previsioni inserite nel testo della norma, in Italia si sarebbe scatenato il Far West: invece, come ovviamente aveva previsto chi ci capiva qualcosa, non solo non dilagò nessun Far West, ma neppure vi fu il benché minimo incremento, né di vicende cruente in situazioni rientranti nella problematica dell'art.52 cp., né di casi di interpretazione complicata circa la sussistenza o meno della situazione di legittima difesa.

Nel decennio trascorso, i casi di furti o rapine consumati nel territorio lariano e sfociati nell'omicidio del malvivente, sono stati soltanto un paio e non hanno presentato alcuna reale problematicità interpretativa sotto il profilo dell'art.52 cp. (neppure nella versione pre-2006). Quindi dobbiamo sottolineare la scarsa rilevanza concreta di questi episodi, sotto il profilo dell'allarme sociale e va esecrata la enorme sproporzione fra questi rarissimi casi, i quali non rappresentano affatto un "preoccupante fenomeno di costume" e la entità della reazione mediatica nonché dell'attenzione politica la quale, probabilmente, cavalca l'onda emotiva di questi pur tragici episodi per distrarre l'attenzione da problemi ben più seri e vitali.

Purtroppo, come spesso accade nell'affrontare questioni che toccano la sensibilità individuale e collettiva legata a valori fondamentali in una società culturalmente e moralmente regredita, devastata dal beccherume da Grande Fratello et similia, dal mito del calcio e dello "sballo", del piercing e dei tatuaggi, unici segni evocativi di una individualità esistente soltanto nell'effimero, un argomento eticamente complesso quale quello riguardante la regolamentazione di un modello accettabile di "legittima difesa", non può che trovare proposte raffazzonate ed emotive.

Senza la presunzione di formulare scenari

geniali od originali, mi limito a considerare che l'art.52 c.p. rappresenta il caso più paradigmatico della sostanziale vacuità di quello che è storicamente considerato un pilastro della legislazione penale: la "tassatività" della fattispecie quale condizione per la "certezza del diritto" e la efficienza del sistema.

Che la "tassatività" descrittiva della norma penale intesa in senso assoluto, costituisca più una lodevole aspirazione, che non un traguardo conseguito, credo che tutti gli operatori del diritto lo debbano riconoscere. Che la inseguita "tassatività", sia una condizione preminente - forse, "la" condizione - della "certezza del diritto" (altra ingenua e chimerica aspirazione delle anime candide!) inteso nella sua più moderna e matura accezione, lo si è sempre proclamato a gran voce: ma se anche lo spesso citato Hans Kelsen, nella sua opera "Lineamenti di dottrina pura del diritto", ove addirittura ipotizza una "turrus eburnea" di norme estranee alle momentanee pulsioni sociali e indifferenti alle evoluzioni della morale e dei costumi - quindi di norme quasi prodotte "in vitro", dotate di vita propria e non perturbabili da accadimenti esterni -, dileggia l'idea della "certezza del diritto", bollandola come la <<...illusione che la teoria giuridica tradizionale coscientemente o incoscientemente si sforza di mantenere.>>, vuol proprio dire che dobbiamo smettere anche noi di crederci - alla illusoria certezza del diritto - e, con essa, dobbiamo smettere di credere alla "balla" della tassatività della fattispecie penale, intesa quale elemento essenziale affinché la norma sia applicabile "con certezza assoluta" ed efficacia. Appare evidente, comunque, che raggiungere un livello di tassatività descrittiva della fattispecie penale che ne definisca contenuti e limiti nel modo più oggettivo ed evidente, riducendo al massimo l'incidenza di interventi interpretativi e, quindi, in

grado di erodere al massimo lo spazio della discrezionalità valutativa – fatale, ma ineludibile debolezza del sistema penale! -, rafforza il valore del principio di legalità e lo affranca dalla sua peggiore patologia: l'arbitrio del giudicante.

Umilmente, riconosciamo – che la “tassatività”, quale condizione del principio di legalità, rappresenta una lodevole aspirazione, per non dire una “illusione”: nella realtà giuridica dobbiamo accontentarci della maggiore tassatività possibile, di una “tassatività sufficiente” per una <<...sufficiente (? ndr) determinatezza della fattispecie penale. >> (Fiandaca-Musco Diritto Penale – Parte generale – Zanichelli 1999); così come dobbiamo accontentarci, dinanzi all'esito giudiziario, della “certezza sufficiente”, ossia quella maggiore possibile, senza pretendere di raggiungere la -inattuabile e forse neppure esistente - certezza assoluta.

D'altro canto il diritto, nel suo aspetto descrittivo, altro non è se non operazione linguistica; e il linguaggio è costituito da singole parole che sono in grado, di per se stesse, di definire soltanto categorie di ordine generale o concetti approssimativi i quali necessitano, per la loro ulteriore specificazione, dell'impiego di altre parole al fine di elaborare perimetri descrittivi sempre più ristretti e precisi; essi, tuttavia, soltanto nel linguaggio scientifico-matematico (forse) riescono a produrre immagini e significati indiscutibili, quindi “certi” e non ulteriormente scomponibili.

Nell'art.52 c.p. tale questione esplode in tutta la sua evidente verità! Si può dire che ogni termine presente nella disposizione sulla “difesa legittima”, sia insuscettibile di “tassatività”! Parole come “costretto”, “necessità”, “pericolo”, “attuale”, “proporzionata” evocano categorie concettuali che è impossibile tipizzare in modo “certo”. Si che tale disposizione (come la gran parte delle disposizioni penali, sia di parte generale, sia di parte speciale) necessita di quella operazione che viene definita “eterointegrazione dello schema normativo” e nella quale si sostanzia la discrezionalità dell'organo decidente (Giovanni Caruso –

La discrezionalità penale -tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinale”.- Cedam 2009).

Questo è, alla fine, l'inevitabile tallone d'Achille di tutto l'intero corpo normativo - non solo - penale e, in modo particolare, dell'applicazione dell'art.52 c.p.. Che si tratti di art.133 c.p. o di art. 61 o 62 o 62 bis c.p. o di art.640 c.p. O di art.570 cp. o art.640 c.p. ecc ecc, vi sarà sempre la necessità della “eterointegrazione dello schema normativo”, ossia, alla fine, della “testa” del magistrato (quella che viene chiamata, con una espressione stancamente ripetuta e un po' bolsa, “ buon senso”). Il magistrato ha il compito di interpretare la disposizione penale, attribuendole proprio quel determinato significato che la “imperfetta” tassatività descrittiva non è in grado di stabilire. Attraverso questo compito fisiologicamente necessario in cui si sostanzia l'attività del decidente il quale, di fatto, diventa <<...creatore del diritto...>> (Kelsen .op. cit.), ossia “legislatore”, talvolta viene creato il “falso” problema interpretativo o, quanto meno, si esaspera il problema: ossia, si generano incertezze valutative anche laddove la vicenda esaminata non dovrebbe dar luogo a incertezze.

Ma anche attraverso l'impiego di tutto il “buon senso” (?) possibile, di tutte le capacità critiche, di tutta l'intelligenza del giudicante, della sua obiettività, dobbiamo convenire che l'aspirazione ad una decisione “certa”, quindi “giusta” sarebbe comunque concettualmente priva di fondamento (Naturalmente non ci riferiamo alla materialità del fatto, rispetto alla quale la “certezza” ricostruttiva può benissimo essere conseguita e deve comunque costituire il prioritario e imperativo obiettivo del percorso giudiziario!). Kelsen formula questa considerazione, osservando che tale aspirazione è <<...una illusione contraddittoria perché urta contro il presupposto della possibilità di una interpretazione...Il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta ...è approssimativamente lo stesso di creare, nello schema della costituzione, le leggi giuste ...>>. Nei suoi “Lineamenti di dottrina pura del diritto” egli sottolinea

che l'atto interpretativo si avvale anche della conoscenza di <<...norme della morale, della giustizia, giudizi di valore sociali che si sogliono chiamare: bene del popolo, interesse dello Stato, progresso e così via...in rapporto a queste, la realizzazione dell'atto giuridico è libera, cioè risiede nella libera opinione dell'organo chiamato a realizzare l'atto...>>.

Nel caso della “difesa legittima” descritta nell'art.52 cp., tutto questo si verifica in modo accentuato, sia perché si tratta di disposizione la cui stessa originaria formulazione legislativa è fortemente condizionata da posizioni ideologiche, sia perché interviene la inevitabile interpretazione del giudice, enfatizzata dalla “non-tassatività” lessicale del testo. Il giudice opera con una discrezionalità che è costretto ad esercitare senza rigorosi parametri normativi, ma solo entro un ampio alveo di possibili scelte, orientato da quella “conoscenza” che costituisce il suo bagaglio culturale; per questa ragione egli non può non essere influenzato da quegli aspetti segnalati dal Kelsen (ma, per la verità, evidenti e noti) fra i quali, proprio con riferimento all'istituto della difesa legittima, quelli del valore della vita, della “preoccupazione sociale” ecc. Questo giudice, inoltre, spesso si sente investito del dovere di “orientare” il proprio giudizio in modo che esso rappresenti un insegnamento, un “modello” generale di condotta, correttivo di tendenze ritenute socialmente pericolose. E mai come nel caso dell'art.52 cp., i giudici hanno applicato ed applicano con eccessiva facilità, lo schema valutativo condizionato dalle personali ragioni della cosiddetta “politica giudiziaria”, con l'intento (di per sé lodevole, ma esorbitante dal loro compito) di “correggere” tendenze comportamentali da loro ritenute deprecabili e da disincantare.

Anche il tribunale di Lecco ha fornito il suo negativo contributo a questo atteggiamento interpretativo riferito all'art.52 c.p., in parte sicuramente suggestionato dall'esigenza di dover “frenare” la propensione all'azione difensiva individuale. Ciò è stato compiuto evitando di rico-



noscere una situazione di piena difesa legittima, in un caso che rievoco sinteticamente e di cui mi sono occupato al fianco della brava collega lecchese Sonia Riva.

In piena notte, verso le 23 di un uggioso giorno di novembre di alcuni anni fa, un giovane poco più che ventenne, studente-lavoratore, era tornato da Milano a Lecco in treno. Aveva con sé uno zainetto nel quale custodiva alcuni libri e un coltello da tavola con cui affettava il pane e il salame o il formaggio che la madre gli dava la mattina, prima di partire per Milano ove svolgeva una attività lavorativa a conclusione della quale frequentava una scuola serale. Il giovane, poco dopo essere uscito dalla stazione ferroviaria, si imbatteva in tre coetanei con cui vi era una vecchia ruggine. Costoro, dopo un breve alterco (salto tutti i dettagli irrilevanti), gli intimavano di scappare, aggiungendo che gli avrebbero lasciato un brevissimo vantaggio e poi l'avrebbero inseguito per picchiarlo. Il giovane scappava, ma anche a causa dell'impiccio dello zaino, veniva ben presto raggiunto e costretto in un angolo di un palazzo della periferia di Lecco. Appena il primo inseguitore gli è stato addosso, egli afferrava il coltello che aveva tolto dallo zaino e sferrava un unico colpo col quale attingeva alla tempia l'inseguitore, facendolo cadere a terra. Gli altri due inseguitori, a questo punto, si fermavano per vedere cosa fosse accaduto al loro amico, dando così modo all'agredito, di fuggire. Dopo poche ore, il fuggitivo veniva arrestato presso la propria abitazione e gli veniva poi applicata la misura cautelare in carcere, con l'accusa di tentato omicidio. Portato a giudizio con rito abbreviato -dopo avere scontato alcuni mesi in carcere e poi agli arresti domiciliari-, il gup di Lecco lo condannava per il reato di lesioni volontarie gravi in eccesso di legittima difesa, non riconoscendogli la scriminante piena della difesa legittima. La corte d'appello di Milano confermava la condanna. Vale la pena richiamare, quasi testualmente, il passaggio della motivazione con cui, respingendo la richiesta invocante il riconoscimento della legittima difesa piena, la corte confermava la prospettiva colpevolista. Poiché gli inseguitori

non mostravano di impugnare né coltelli né altre armi, tutto quello che il giovane inseguito avrebbe potuto temere, sarebbe stato di prendere un po' di botte (sic!). Fortunatamente la corte di cassazione, ha fatto giustizia di questo assurdo modo di ragionare, annullando la decisione dell'appello.

Orbene: è vero che la tipizzazione degli elementi descrittivi dell'art.52 c.p. lascia inesorabilmente ampi spazi di discrezionalità; tuttavia va riconosciuto che talvolta è proprio la prospettiva "ideologica" del giudice, l'elemento di stravolgimento di una realtà anche facilmente interpretabile.

Ma la acclarata impossibilità tecnica di tipizzare in modo ferreo, non suscettibile di variazioni interpretative, un modello di difesa legittima (così come di tantissime altre previsioni normative), deve essere preceduta da un interrogativo ineludibile: esiste un modello "giusto" difesa legittima?

La risposta è: no!

L'istituto in questione è frutto di una esigenza che ognuno avverte come naturale, ma nel quadro di valori fondamentali quali la difesa della vita propria, dei propri cari, dei propri beni, della inviolabilità del proprio domicilio, il valore della vita altrui ecc; valori su cui incidono forti predisposizioni individuali, profonde suggestioni religiose nonché orientamenti culturali e preoccupazioni sociali.

Non può esistere, quindi, un concetto univoco, quindi "giusto", di "difesa legittima": solo il legislatore di quel determinato momento storico sarà legittimato a stabilire quale sia la legittima difesa "giusta".

Sarà lui a dover stabilire oltre quale soglia la vittima potrà diventare lecitamente carnefice.

Posto così il problema, appare evidente che nessuna "tassatività" sarà mai in grado di stabilire, di fatto, una barriera impermeabile alla discrezionalità, se non nei casi più evidenti e indiscutibili. Vi è sicuramente uno zoccolo duro di situazioni, nelle quali la evidenza dovrebbe impedire qualsiasi incertezza, fatto salvo il valore inesorabile del brocardo "tot capita, tot

sententiae"! Ma al di fuori di questo assai ristretto perimetro, ogni giudice potrà individuare l'area di esclusione o di inclusione della condotta, nell'art.52 cp.: e nessuno potrà dolersi della sua scelta, perché è lo stesso testo normativo che gliela consente.

D'altro canto basta scorrere, in un quadro sinottico, il trattamento della difesa legittima, così come è regolato nei diversi codici penali europei e di altri Stati, per verificare che questo "zoccolo duro", questo nucleo di condizioni (in particolar modo il pericolo incombente e la proporzionalità fra difesa e offesa) che accomuna le infinite, possibili situazioni in cui il derubato uccide il ladro, presenta profonde identità strutturali, ma consente ampi margini di discrezionalità.

I punti più deboli di questo varco alla discrezionalità non censurabile del giudice, ma anche quelli in cui maggiore e talvolta irragionevole appare l'intervento fuorviante di costui, si trovano nel criterio della "proporzione" fra difesa e situazione offensiva e nella circostanza della "attualità del pericolo": proporzione e attualità che appaiono spesso negate, attraverso il ricorso ad un modello valutativo inquinato da pure astrazioni, estrapolando il fatto dalla realtà concreta di accadimento, dalle emozioni inevitabili, dalle pulsioni fisiologiche per collocarlo in un iperuranio fatto di teorizzazioni astratte e di condizioni da laboratorio, completamente avulse dalla realtà.

E' attraverso questo varco non eliminabile, questo inevitabile limite legislativo della chimerica "tassatività" descrittiva della norma, che la visione del giudicante prenderà necessariamente le redini dell'argomento giuridico e lo orienterà a suo piacimento, senza che nessuno lo possa, entro certi limiti, censurare.

Nemmeno l'equilibrio intelligente di un giudice, quindi, potrà dare all'art.52 c.p. la "giusta" applicazione: per la "difesa legittima" non ci potrà essere mai pace, né "tassatività" che tenga.

Il bene e la cosa in senso giuridico: origine e significato dell'art. 810 c.c.

1. Il libro terzo del nostro codice civile, dedicato al regime della proprietà, si apre, come è noto, con l'art. 810 che definisce il concetto di bene: *"Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti"*.

Si tratta del risultato di una riflessione dei giuristi contemporanei, fra i quali è diffusa l'idea che la nozione di "cosa" preceda il diritto, laddove l'ordinamento giuridico, al contrario, considera esclusivamente il concetto di "bene", con l'ulteriore conseguenza che tutti i beni in senso giuridico presuppongono il requisito della corporalità.

Nel sistema giuridico romano, emerge una realtà articolata e complessa: nelle classificazioni dei giuristi dei primi secoli dell'Impero, infatti, compaiono le cose "fuori patrimonio" (*extra patrimonium*) e le cose "non corporali" (*res incorporales*): classificazioni, occorre aggiungere, che sono state condivise e radicate, se esse ancora compaiono, identicamente ordinate, nelle Istituzioni di Giustiniano.

2. Le cose "fuori dal patrimonio" assumono significato se poste in relazione ad un'altra importante categoria, quella delle *res communes omnium*, cioè l'aria, l'acqua, il mare e il lido del mare, le quali provano che presso i Romani la "cosa" non è necessariamente "patrimoniale", nel senso che in quel sistema giuridico esistono cose che non hanno un valore di mercato e alle quali non corrisponde, dunque, alcuna ricchezza.

L'alternativa patrimonialità o extra patrimonialità delle cose è avvertita come primaria nell'ordinamento romano, come è dimostrato dal fatto che essa è collocata prima di ogni altra: non è, dunque, un caso che si censiscano, tra le cose in senso giuridico, anche le cose prive di valore dal punto di vista economico, per quanto utilissime o addirittura vitali (come l'aria) e, perciò, come tutti sappiamo, proprie di tutti i cittadini, cioè *communes*.

Ciò che, in prima battuta, consente di revocare in dubbio la convinzione che, nel nostro attuale sistema giuridico, esista un unico modo di intendere il concetto giuridico di "proprio", vale a dire attraverso l'esclusione di ogni altro soggetto, come avviene per gli altri diritto soggettivi privati.

Va detto che la categoria delle *res communes omnium*, quali l'aria e l'acqua provano come il diritto romano abbia considerato come cose giuridiche a pieno titolo anche le cose incorporali (quelle che neppure si possono toccare: *res quae tangi non possunt*), che però esistono *in rerum natura* e non soltanto quali artifici giuridici, quali il diritto di proprietà o il diritto di credito.

3. Su tali basi normative, la sovrapposizione, concettuale e terminologica, fra "bene" e "cosa", come delineata dall'art. 810 c.c., non pare trovare idonea giustificazione. In diritto romano, infatti, i beni (*bona*) erano assolutamente distinti dalle cose, come dimostra, fra

l'altro, un famoso passo del giurista Ulpiano che ci informa dell'esistenza di un duplice significato del termine *bona*, uno civile e uno naturale (D. 50.16.49), per cui "i beni sono così detti in quanto beano, cioè rendono beati: beare significa essere utili".

Indubbiamente esistono cose che sono, in questo senso (che è poi quello tuttora corrente nel linguaggio economico) anche beni: ma la riduzione delle cose a beni, effettuata dal nostro ordinamento, non trova fondamento nell'esperienza romana.

I confini delle *res*, infatti, nella matrice della nostra tradizione giuridica antica, non erano semplicisticamente funzionali all'appropriazione egoistica e utilitaristica: il *pater* difendeva la sua terra, perché rappresentava la tradizione e, dunque, l'eternità della sua famiglia. Per questo motivo, Gaio inizia la sua trattazione con la disciplina delle cose sacre e religiose e, fra queste, il sepolcro costituisce la *res privata* per eccellenza perché, lascia intendere il giurista, un luogo diventa davvero *nostrum* quando vi abbiamo seppellito un morto della famiglia.

4. Questa spiritualità delle cose sembra oggi irrimediabilmente perduta e la concezione che rinveniamo nel codice civile resta affidata all'interesse puramente economico, che fa coincidere la cosa con il bene, inteso quale frutto dell'attività materiale dell'uomo e della sua capacità di produrre ricchezza.



...disturbare Copernico?

Dopo la nota e relativamente recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in tema di presupposti per il mantenimento "divorzile", si è parlato, col consueto slancio in casi del genere, di "rivoluzione copernicana".

Vero è che l'abbandono del riferimento al tenore di vita in costanza di matrimonio, costituisce un'innovazione importante e significativa, ma, mi chiedo: è proprio il caso di... disturbare Copernico?

A mio modo di vedere, infatti, pure in vigenza del precedente indirizzo, nella normalità dei casi, il tenore di vita nel corso del matrimonio, non ha mai rivestito soverchia importanza, in tema di "an e "quantum" dell'assegno.

Come ho potuto infatti constatare, si è sempre guardato piuttosto alla fruizione o meno di un reddito, generalmente, da parte delle mogli.

In caso positivo, spesso grazie alla saggezza e al realismo di queste ultime, v'è stata rinuncia, a priori, al "quid sibi".

Anche perché, di solito - almeno per le coppie o singoli coniugi che ho sin qui assistito negli anni di professione - il livello economico, ante divorzio non era di entità tale, da giustificare una sua ponderazione, al fine di stabilire la sussistenza o no dei presupposti per un contributo a favore della parte più debole.

Non per nulla, la predetta sentenza di legittimità ha risolto la contesa sollevata contro un personaggio illustre e, almeno così si dice, si prepara ad invocarla, nel contenzioso in essere con la consorte, altro ex marito assai abbiente, anche prima della crisi del suo vincolo matrimoniale.

Le persone cosiddette comuni - tra cui mi annovero - hanno, invece, per così dire, anticipato il revirement de Supremi Giudici, applicandolo, con sano senso pratico, alla regolamentazione dei propri rapporti economici, nel post fine matrimonio.

La Cassazione peraltro, di necessità, non ha potuto risolvere la questione (tutt'altro che secondaria) dell'entità dell'assegno, di talché non vorrei che, proprio per questo, in futuro fossimo portati a citare, anziché il celeberrimo astronomo... Tomasi di Lampedusa.

ENRICO RIGAMONTI

Le piaghe della giustizia

Sul primo numero de "Il Giornale" del 25 giugno 1974 era pubblicato un articolo di Mario Cervi con il titolo significativo <<Le tre piaghe della giustizia>>. L'incipit mi pare particolarmente azzeccato: *"La giustizia italiana, vicina alla paralisi, è minata da tre diverse malattie, tutte gravi e tutte difficilmente curabili. Soffre delle disfunzioni e degli acciacchi che affliggono l'amministrazione pubblica. È insidiata dalla politicizzazione, che si traduce in disunione e in scarsa credibilità dei magistrati. Porta il peso sempre meno sopportabile, con il mutare della società, dell'antico accademismo, di un formalismo lento, puntiglioso e, per l'uomo della strada, incomprensibile"*.

Non so se la giustizia italiana oggi soffra solo per tre piaghe, ma è evidente che in 33 anni quelle tre piaghe non solo non si sono rimarginate, ma si sono allargate e incancrenite.

Certamente la cancrena della burocratizzazione colpisce in pieno anche la magistratura, che inoltre ha un potere incontrollato e incontrollabile. Il CSM infatti ha dimostrato di non funzionare sia nell'assegnazione degli incarichi - vedasi la vicenda di Giovanni Falcone - sia nel controllo dei comportamenti.

I magistrati sono funzionari statali che vengono assunti per concorso. A loro si richiede una preparazione approfondita su questioni di diritto, ma non di saper organizzare e gestire un ufficio complesso come un tribunale. Sono normalmente giovani giuridicamente ben preparati, che, mentre attendono l'indizione dei concorsi e la sperata vittoria, fanno pratica in studi legali o notarili. Solo per caso o per personale curiosità e inclinazione approfondiscono problemi gestionali e di *management*. In ogni caso non hanno neppure esperienze di vita tali da rendere credibile una loro capacità di organizzare il lavoro dei loro colleghi, della struttura amministrativa connessa, dell'attività della polizia giudiziaria e, contemporaneamente, di affrontare la soluzione di complessi problemi giuridici in tempi non biblici.

Roger Abranavel, in un'intervista al

il Giornale del 4 aprile, sostiene che i problemi della giustizia italiana si risolvono mandando in pensione 100 magistrati. Aggiunge di aver studiato per dieci anni come funzionano i 140 tribunali italiani e che di questi solo una trentina funzionano in maniera eccellente *'perché sono guidati da persone capaci e in grado di gestire un'organizzazione'*. L'altro centinaio non funziona affatto perché *'la leadership di quei 100 capi è semplicemente inadeguata'*. Pertanto, secondo Abranavel, se si sostituissero i 100 'capi inadeguati' *'con giovani capaci, che nella magistratura ci sono'*, il problema verrebbe risolto in maniera imminente. Mi spiace di non condividere, almeno in parte, l'opinione di un tecnico di grande valore, ma quando sostiene di aver suggerito a Renzi di approfittare delle nuove norme sull'età pensionabile dei magistrati per sostituire tutti i 'vecchi' e sostituirli con giovani preparati dimostra di aver poco approfondito il sistema 'italiano'. Se Renzi avesse seguito il suo consiglio non avrebbe dovuto attendere l'infausto risultato del referendum per tornarsene a casa. E non avrebbe avuto alcuna probabilità di ritornare in pista così velocemente.

E' vero che alcuni magistrati particolarmente capaci hanno guidato bene i loro uffici, ridimensionando o, addirittura, annullando gli arretrati. Ma il problema non consiste solo nell'enorme arretrato della giustizia italiana. Cervi ne indica altri due, oltre alla burocratizzazione e al conseguente careerismo, la politicizzazione e il formalismo con annesso il linguaggio criptico delle sentenze.

La politicizzazione, che una volta era celata nelle scelte procedurali e nelle decisioni, si è tolta la maschera e decine di magistrati di ogni colore hanno scelto la carriera politica, magari non abbandonando definitivamente quella originaria. Il fenomeno è grave perché ha privato la magistratura di quella credibilità, che dovrebbe custodire come la più preziosa delle sue prerogative. Infatti in un recente sondaggio di Swg su un campione di 1500 cittadini, riportato sul *Corriere della Sera* del 22 marzo, risulta che il 51% degli in-

tervistati ha poca o nessuna fiducia nella magistratura, che il 72% non ritiene opportuno che un magistrato si candidi alle elezioni politiche e il 62% che, dopo aver terminato il mandato elettorale, torni a svolgere attività giurisdizionali.

E' evidente che la sfiducia nella magistratura non è solo determinata dalla discesa nell'agone politico di alcuni magistrati (una percentuale che ritengo si aggiri sull'1% e forse meno dei magistrati italiani), ma soprattutto dalla qualità del loro lavoro e dalla mancanza di certezza del diritto connaturata al nostro sistema, che non prevede la vincolatività generale delle decisioni della Corte di Cassazione.

Tutti abbiamo letto centinaia o migliaia di sentenze, scritte con stile incomprensibile e contorto, che a mala pena viene compreso persino dagli addetti ai lavori. Il linguaggio tecnico è tipico di molte attività, ma tante volte cela la volontà di non far capire ai non addetti ai lavori quello che realmente si intende dire. Diventa un linguaggio da consorteria. Ed è diseducativo. Scriveva Montanelli con un tipico paradosso, che i suoi articoli doveva comprenderli la sua portinaia (con buona pace delle portinaie in generale e di Renée, la coltissima portinaia parigina de "L'eleganza del riccio", in particolare) altrimenti non era un buon articolo. Non si pretende tanto, ma un po' di attenzione in più alla forma non guasterebbe. Anche perché le espressioni imprecise e fumose determinano interpretazioni incerte e foriere di ricorsi e controricorsi, che appesantiscono ancora di più il contenzioso.

Purtroppo non si intravedono rimedi alle porte. Nessun governo che voglia durare oserà intervenire sulla quasi inesistente valutazione del lavoro dei magistrati, dei loro comportamenti anomali nella gestione del servizio che devono prestare o del loro preteso diritto di partecipare attivamente alla vita politica. Solo il presidente Cossiga ebbe il coraggio (la temerarietà?) di minacciare l'intervento dei Carabinieri nella sede del CSM. Ma Cossiga era notoriamente seguace di Ate, la dea della follia, che "non tocca il suolo: cammina leggera sul capo dei mortali e degli stessi dei".

CARLO DOLCI

La Responsabilità Penale dei Collaboratori dell'Avvocato

Presentarsi ai Clienti come avvocato incaricato alla trattazione del caso, tenere contatti con la controparte, riscuotere gli acconti e far firmare quietanze sono attività che, seppur stragiudiziali, risultano vietate ai collaboratori non abilitati alla professione forense.

E' quanto stabilito dalla recente sentenza n. 7630 della Corte di Cassazione del 17 febbraio 2017, da cui emerge un ulteriore giro di vite alle attività demandabili ai collaboratori dall'avvocato.

Gli Ermellini hanno infatti confermato la responsabilità penale di un collaboratore, che presentandosi come legale incaricato alla trattazione di una controversia in materia di risarcimento del danno da sinistro stradale, aveva poi direttamente intrattenuto i rapporti con la compagnia di assicurazione, riscuotendo acconti e facendo firmare quietanze ai clienti.

Per tali ragioni era stato tratto a giudizio e condannato, prima dal Tribunale poi dalla Corte d'Appello di Firenze, per esercizio abusivo della professione.

La Suprema Corte ha infine confermato il verdetto.

Tale pronuncia non appare tuttavia nuova sul piano del diritto.

La stessa infatti prende le mosse dal parere in precedenza espresso dalle Sezioni Unite 11542 del 2011 secondo cui: *"concreta esercizio abusivo della professione punibile ai sensi dell'art. 348 c.p. non solo il compimento senza titolo, anche se posto in essere occasionalmente e gratuitamente, di atti da ritenere attribuiti in via esclusiva a una professione, ma anche il compimento di atti che pur non attribuiti singolarmente, in via esclusiva siano univocamente individuati come di competenza specifica di una data professione, allorché lo stesso compimento venga realizzato con modalità tali, per continuità, onerosità e organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di una attività professionale svolta da un soggetto regolarmente abilitato"*.

La Corte ha pertanto ribadito il proprio orientamento in materia di esclusività dell'esercizio delle attività professionali, avuto riguardo, nel caso di specie, alle attività stragiudiziali quale elemento tipico della professione forense, spesso oggetto di delega ai collaboratori ma non sempre debitamente considerato.

F.C.

Deontologia

L'inadempimento del mandato per assenza all'udienza

In difetto di una strategia difensiva concordata con il cliente, con relativo onere a carico di chi intenda addurla, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante ex art. 26 del nuovo Codice Deontologico Forense (già 38 codice previgente) a carico del difensore di fiducia o d'ufficio che non partecipi all'udienza, a nulla rilevando, peraltro, l'eventuale assenza di concrete conseguenze negative per il proprio assistito giacché ciò non varrebbe a privare di disvalore il comportamento negligente del professionista.

(C.N.F. (pres.f.f. Picchioni, rel. De Michele), sent. 25/07/2016, n. 220)



L'arricchimento senza causa nell'ambito dei rapporti di fatto

L'art. 2041 impone, in capo a chi si sia arricchito in danno di altri, senza giusta causa, un obbligo di indennizzo ovvero un obbligo restitutorio, nel caso in cui l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata.

L'arricchimento senza causa costituisce applicazione del principio che vieta gli spostamenti patrimoniali tra soggetti senza che vi sia una giustificazione obiettiva in termini di meritevolezza. L'ordinamento mette a disposizione del soggetto impoverito l'azione di arricchimento ingiustificato, al fine di restaurare l'equilibrio patrimoniale dei soggetti.

Si distingue un arricchimento attivo e uno passivo: il primo consiste in un profitto economico, il secondo in un risparmio di spesa.

Quando l'attribuzione patrimoniale sia la conseguenza di un contratto o comunque di un altro rapporto, ovvero quando essa abbia avuto luogo in virtù di una disposizione di legge non può dirsi che la causa manchi o sia ingiusta¹.

La giurisprudenza ritiene, altresì, che non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia conseguenza di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale.

È soprattutto con riferimento alla famiglia di fatto che vengono in rilievo le considerazioni giurisprudenziali citate.

Non sono poche, però, le pronunce che riconoscono il diritto del convivente ad ottenere la restituzione delle somme versate per le spese sostenute per la convivenza. I casi analizzati dalla giurisprudenza si possono così distinguere:

- 1) acquisto di bene immobile da parte di uno dei conviventi;
- 2) ristrutturazione di un bene immobile;
- 3) acquisto di beni mobili da parte di uno solo dei conviventi.

Nel primo caso il convivente ha diritto alla restituzione delle somme versate, qualora, terminata la convivenza, la casa rimanga intestata all'altro².

Lo stesso diritto si configura nel caso in cui il convivente abbia contribuito al miglioramento dell'immobile, partecipando alle spese di ristrutturazione del medesimo (così, Trib. Treviso, n. 258/2015). Questa pronuncia parrebbe porsi in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario che esclude l'indennizzo nelle ipotesi in cui l'arricchimento di un soggetto a danno di un altro sia la conseguenza di un atto di liberalità o dell'adempimento di obbligazioni naturali. Tuttavia, ad avviso del Giudice di prime cure, le spese sostenute per la ristrutturazione non sono da considerarsi come contributo alla vita comune, poiché destinate a migliorare ed incrementare il valore di un bene di proprietà e non strumentali alle esigenze quotidiane concrete.

Nell'ultimo caso la Corte di Cassazione ha riconosciuto il diritto della donna ad essere indennizzata, poiché, l'uomo aveva usufruito per un certo periodo dei beni mobili da lei acquistati in previsione della convivenza mai iniziata³.

Le pronunce citate si pongono in linea con quella giurisprudenza di legittimità che ritiene configurarsi un arricchimento ingiustificato a favore di un convivente e in danno all'altro, in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza e travalicanti i limiti di proporzionalità e adeguatezza⁴.

La giurisprudenza ritiene, tuttavia, che la volontarietà dell'impoverimento sia un presupposto negativo del diritto all'indennizzo, pur in mancanza di giusta causa⁵. Nei casi analizzati non si configura questo presupposto negativo.

Al contrario, accertati tutti i requisiti dell'ingiustificato arricchimento, la sempli-

ce inerzia dell'impoverito non esonera l'arricchito dall'obbligo di indennizzare la controparte, né diminuisce l'entità dell'indennizzo dovuto. In tali casi, non trova infatti applicazione la disciplina di cui all'art. 1227, Il co., c.c., dettata in materia di risarcimento del danno, che impone al danneggiato di attivarsi per evitare ulteriori conseguenze del fatto dannoso⁶.

FEDERICA PIROLA

1. Così, Cass. n. 18099/2009, Cass. n. 2312/2008. Conf. Cass. n. 5689/2005 e n. 9806/2001. Ai fini dell'esercizio dell'azione generale di arricchimento, ex art. 2041 c.c., è richiesta la dimostrazione che il soggetto beneficiario non abbia alcun titolo giuridico valido ed efficace per giovare di quanto corrisponde al depauperamento subito dall'istante.
2. Cfr., Cass. n. 18632/2015. È comunque necessario che un soggetto si sia arricchito a danno di un altro e che tale arricchimento sia avvenuto in assenza di una giusta causa.
3. Così, Cass. n. 25554/2011. Evidente il carattere residuale dell'azione di arricchimento ingiustificato: la donna, invero, non avrebbe potuto ottenere per intero la restituzione delle somme pagate, in quanto i mobili sono sempre stati di sua proprietà.
4. Così, Cass. n. 11330/2009.
5. Si veda, in particolare, Cass. n. 664/2016. Nel caso di specie la Corte Suprema ha negato il diritto a qualsiasi ristoro per l'occupazione senza titolo subita, anche a titolo di indennizzo per arricchimento senza causa, ritenendo sufficiente a tal fine la mera prestazione del consenso dell'impoverito. La giurisprudenza si esprime in questi termini anche quando, escludendo la configurabilità del concorso di colpa dell'impoverito che non si sia attivato per ridurre l'impoverimento, dia, però, rilevanza al consenso dell'impoverito al fine di escludere il suo diritto all'indennizzo (Cass. n. 5690/2011; Cass. n. 11454/2003). Di contrario avviso la dottrina. A tal proposito è stato sostenuto che se il consenso dell'impoverito è sufficiente ad escludere il diritto al risarcimento del danno per fatto illecito, sul presupposto della mancanza di ingiustizia del danno, in quanto consentito dal danneggiato e, quindi, scriminato, il medesimo consenso non è sufficiente ad escludere il diritto all'indennizzo per arricchimento senza causa, qualora non sia assistito da giusta causa. Cfr., in proposito, F. ROCCHIO, *Arricchimento senza causa ma col consenso dell'impoverito*, in *Giurisprudenza Italiana*, Aprile 2016, pp.823 e ss.
6. Cfr., F. ROCCHIO, *Arricchimento [...]*, cit.

da Lombroso al Dna : la fine del Sistema Penale

Chi oserà più dileggiare Cesare Lombroso? Chi oserà ancora negargli il valore dell'intuizione sulla natura "biologica" (più o meno ereditaria) e sulla forza costrittiva della pulsione criminale e il valore della sua ricerca volta a trovare la dimostrazione scientifica di tale intuizione? Adesso la sua "intuizione" appare più che fondata: fin dal nostro concepimento viene assegnato, a ogni essere vivente, un "codice genetico" e tutte le future caratteristiche della "macchina" che diventeremo col tempo, nonché le "potenzialità operative" di questa macchina, i limiti e le caratteristiche di questa "potenzialità", sono impressi in una "scheda" che ci accompagnerà "immodificabile" (?) fino alla fine della nostra esistenza. Questo "codice genetico", altro non è, che la versione tecnologicamente aggiornata di quel concetto di "destino" dinanzi al quale, oltre 2000 anni fa Sofocle faceva prostrare Edipo, devastato dal dolore per la scoperta che la sua libertà di scelta era solo apparenza, perché ogni omo è soggiogato da un fato inevitabile che gli viene impresso nelle carni e lo incatena fin dalla sua nascita. Così, immerso nella totale sua fisicità e nella inesorabilità delle sue conseguenze, viene concepito, partorito e vivrà quell'incomprensibile <<...*esperimento chimico* ...- *le cui- ...azioni, finanche i suoi pensieri sono legati alle molecole, alla loro presenza e alla loro maggiore o minore concentrazione...*>> (Marcello Fumagalli – *Intervista su La Provincia 26 giugno 2016*). Una totale "fisicità" è alla base delle nostre pulsioni e delle nostre forme di elaborazione del pensiero, di cui quello "criminale" non è altro che una particolare espressione, per nulla diversa, nel meccanismo generatore, da qualsiasi altra espressione, artistica, matematica, filosofica, ecc: manifestazione consequenziale e quasi imperativamente necessitata da processi fisiologici interni a questo superbo <<...*esperimento chimico*...>> che è il nostro corpo-macchina.

Ma procediamo con ordine.

<<*Ciascuno diventa solo ciò che è*>>, recitava un antico brocardo, esprimendo un concetto sorprendentemente preveggen- te, intriso di cinismo, ma rivelatosi molto realistico.

"*Ciascuno diventa solo ciò che è*" costituiva il tremendo vaticinio che distende una cappa di "necessarietà" deterministica e, quindi, di "irresponsabilità morale", sulla condotta umana, non soltanto criminale.

Esso sottrae l'ideazione e la volizione alle metafisiche visioni di un'origine "ultraterrena", misteriosa e insondabile, nella formazione del pensiero e della conseguente condotta umana, per affondarla nell'humus di una materialità pervasiva, negatrice di qualsiasi incorporea astrazione. Cesare Lombroso si è mosso, nella sua vasta e pluriennale sperimentazione, proprio nell'alveo di questo concetto antico, colto nel suo ancora oscuro e terribile fondamento, per la cui conferma egli si è spinto in una intensa attività di ricerca e sperimentazione, spesso controversa e addirittura censurata e poi anche misconosciuta e dileggiata.

Fondatore di quella branca della conoscenza scientifica che fu definita "Antropologia Criminale", Lombroso generò una idea investigativa che se oggi appare in tutta la sua inadeguatezza scientifica e pratica e nell'ingenuità dei precetti affermati, tuttavia, per quell'epoca e per i mezzi tecnici a disposizione, risulta di valore eccezionale.

Lombroso, in sostanza, attratto dalla pratica medica incentrata sullo studio dei così detti "alienati" e, quindi, anche dei "criminali", suggestionato dalla ricorrente presenza, nei soggetti esaminati, di caratteri somatici particolari e ricorrenti, "intui" che questi caratteri fisionomici esteriori dovessero, in qualche misura, essere l'affioramento di caratteri strettamente connessi con la fisicità originaria dell'esaminato: qualche cosa di assolutamente biologico che aveva costruito quel determinato "tipo" di uomo, la cui condotta altro non sarebbe potuto essere,

se non la sua conseguenza "fisiologica". Oggi sappiamo che Lombroso sbagliava nel collegare la specifica esterioresità somatica a particolari categorie di "delinquenti", ma sappiamo che non si sbagliava nell'aver intuito la forza condizionante - anche se non esclusiva - sviluppata dalla originaria "fisicità" dell'uomo, finanche nella elaborazione e nella manifestazione del pensiero, criminale o non criminale che sia.

Oggi la scienza, supportata da una tecnica qualitativamente iperbolica e in costante affinamento, si avvicina sempre più al fatidico verdetto: Lombroso aveva, nel concetto, ragione! Convinto della radice "fisica" del pensiero criminale, ne aveva stabilito la predittività attraverso alcuni caratteri somatici evidenti: si sbagliava, ma su premesse corrette! Le neuroscienze, lo studio sempre più approfondito e capillare dei processi biochimici cerebrali, lo studio della attività molecolare, dei gangli neuronali ecc, dimostrano in modo sempre più inoppugnabile che vi è un continuum, una simbiosi assoluta fra quell'essere che il DNA disegna fin dal primo istante di accensione della scintilla zigotica e tutta quella che sarà la storia biologica della conseguente individualità fisica, fino alla sua morte.

Ma, soprattutto, lo studio della attività molecolare dimostra che la formazione del pensiero non ha proprio nulla di "spirituale", nulla che venga da "fuori di noi": è semplicemente il risultato di un convulso, continuo processo di stimoli "interni" alla massa cerebrale, di interazioni biochimiche, di condizioni molecolari i quali, come in una grande fucina continuamente attiva, producono tutto ciò che il corpo manifesta: compreso l'ideazione. Francis Crick - scopritore del DNA e premio Nobel per la medicina nel 1962 - affermava che <<...*il tuo senso di identità personale e di libero arbitrio in realtà non sono niente più che il comportamento di un'ampia organizzazione di cellule nervose e delle molecole loro associate*>>.

Questa, che ora appare una realtà



sempre più evidente, era peraltro già stata percepita e affermata circa due secoli prima che Lombroso intuisse, avviando un percorso sperimentale diverso, il collegamento fra caratteristiche organiche e correlata formazione del pensiero: sia pure rimanendo esclusivamente nell'ambito del pensiero criminale o alienato. Ma va detto che quasi due secoli prima di Lombroso, questa sua stessa intuizione era già maturata nella mente di uno dei più grandi pensatori di tutti i tempi: René Descartes.

Nel suo "De la formation de l'animal" del 1648, Descartes dava prova di un acume eccezionale giungendo ad affermare un concetto che oggi appare in tutta la sua inoppugnabile verità e che, per quei tempi, appariva addirittura blasfemo ed eretico. << Se si conoscesse bene quali sono tutte le parti del seme di una qualche specie di animale particolare, per esempio l'uomo, si potrebbe dedurre solo da ciò, per ragioni interamente matematiche e certe, tutta la figura e la conformazione >> : sì che proseguiva, evocando <<...l' orologio composto da queste o quelle ruote per cui è naturale indicare le ore >>, così come per l'uomo sarebbe naturale compiere le azioni per le quali è "programmato" (Mesler e Cleaves -Breve storia della creazione -Bollati Boringhieri – pag.81).

Ma anche ai tempi di Darwin, durante la battaglia fra "evoluzionisti" e "creazionisti", nell'ambito dell'università scozzese, <<...un docente scatenò un putiferio suggerendo ...che la coscienza non era altro che un prodotto di processi naturali di cui era protagonista il cervello e dunque non poteva esistere nulla di simile all'anima >> (op. cit. -pag.141). Ma ancora prima, verso la metà del XVIII° secolo, Paul-Henry Thiry, barone d'Holbach, affermava perentorio <<L'uomo è opera della natura, esiste in natura é sottomesso alle sue leggi>> (op. cit. -pag.99) e negava decisamente l'esistenza dell'anima.

Grosso modo nello stesso periodo, intorno alla seconda metà dell'800, un medico e scienziato inglese (Henry Charlton Bastian) si interessò al mistero della coscienza, dubitando, contro il pensiero dilagante, che essa fosse qualcosa di etereo. Egli ebbe la temerarietà di sostenere che, di fatto, ciò che viene comunemente chiamato

"coscienza", altro non sarebbe se non un prodotto puramente fisiologico, controllato da un organo del corpo, il cervello, proprio come il flusso sanguigno viene controllato dal cuore. (op. cit. pag 176)

Quando arriva Lombroso, quindi, già si era osato squarciare il credo della "metafisicità" nella formazione del pensiero e, addirittura, nella idea di "coscienza"! Già erano stati lanciati importanti dardi contro la loro asserita natura "ultraterrena" e già qualche Grande aveva compreso che la risposta agli inquietanti interrogativi sull'origine e la natura delle manifestazioni esteriori dell'uomo, sarebbe dovuta essere cercata, non fuori di lui, ma dentro di lui, all'interno della sua fisicità.

Gli zigomi sporgenti, la fronte sfuggente, l'ipertricosi, la regione orbitale pronunciata ecc ecc cari alla descrizione lombrosiana (e fortemente dileggiati da tutto il filone culturale che ha accantonato il lavoro di Lombroso), non sono che dettagli, spesso equivoci e inconfidenti indicatori della natura "criminale" dell'individuo che li esibisce; non sono che affioramenti di per sé spesso asintomatici: tuttavia sono esattamente espressione, magari lontana e marginale, di quella specificità "genetica originaria", di quella "fisicità" cui il Nostro ha intuito che occorresse riferirsi, quale germe produttivo e predittivo anche della futura capacità delinquenziale dell'individuo.

Lombroso si limitò a inferire, dalle singolari ricorrenti particolarità fisionomiche (tuttavia condusse indagini anche su organi e strutture anatomiche del corpo umano, cervello in particolare) la predisposizione o, addirittura, la coazione a delinquere: ma ben altre sarebbero state le sue conclusioni qualora, anziché avere a disposizione soltanto rozzi e inadeguati strumenti di indagine, avesse avuto a disposizione il livello tecnologico attuale e il bagaglio acquisitivo di quelle scoperte che oggi incalzano e che stanno ridisegnando, fin dalle fondamenta, la mappa biologica dell'essere umano. La sagace, ma inadeguata, intuizione di Lombroso, avrebbe abbandonato la ingenua superficialità degli zigomi sporgenti e sarebbe penetrata nel profondo di ben altre apparenze: quelle oggi mostrate e dimostrate dal

microscopio elettronico e da tutte quelle sofisticatissime apparecchiature in grado di rendere visibili gli infinitamente piccoli recessi atomici, molecolari, cellulari, neuronali ecc. Allora egli avrebbe compreso che il condizionamento o, meglio, la "predisposizione" determinata dalla pulsione fisica, sgorga da ben più remote e complesse regioni del corpo umano: essa la si sarebbe potuto leggere ben al di là dei caratteri somatici e non la si sarebbe limitata alla "predisposizione a delinquere", ma a tutte le manifestazioni dell'uomo, giungendo fino alla "predisposizione a pensare" e, quindi, ad "agire" in un certo modo. Un "modo" quasi predeterminato e di difficile disapplicazione, se non a patto di modificare, attraverso interventi esterni, gli stessi processi biochimici condizionati dalla struttura genetica originaria. Quindi niente più quell'idea di "libero arbitrio" che, secondo Nietzsche, deve <<...la sua durata solo a questo fascino: arriva sempre qualcuno che si sente abbastanza forte da confutarla>>; niente più "responsabilità morale", giustificatrice della "condanna" penale, niente più un sistema giudiziario fondato sulla "punizione", ma su interventi terapeutici idonei a modificare la predisposizione geneticamente orientata. Tuttavia, se la ricerca di Lombroso, circoscritta al fenomeno della devianza, conduceva, inesorabilmente, a considerare prevalentemente il "delinquente", una ricerca più vasta e consentita dalle attuali conoscenze, lo avrebbe spinto oltre gli angusti limiti del rapporto reo/reato, per avventurarlo al di là delle colonne d'Ercole della criminalità, nel vasto Oceano dell'intera umanità, anche quella "normale", in cui si sarebbe necessariamente dissolto il credo in una ideazione liberamente orientata. Egli avrebbe intrapreso una rotta verso territori inesplorati e inquietanti: quelli dell'uomo abbandonato dalla speranza in salvifici interventi soprannaturali, solo e indifeso dinanzi al disperante limite della caduca fisicità. Quelli in cui, ovviamente, si sarebbe messo in dubbio la stessa concezione di "coscienza" quale espressione di moti interiori e interiorizzati, prodotti da una "anima" insufflata dentro di noi da misteriose e insondabili lontananze ultraterrene.

Sfortuna di Lombroso! La sua "antropologia criminale" naufragò, non per il valore - allora inevitabilmente incomprensibile - della sua intuizione, ma per essere stato troppo in anticipo sui tempi della scienza; tuttavia egli si è salvato dal doversi confrontare con la drammaticità delle evidenze cui essa lo avrebbe inevitabilmente costretto. Un secolo fa le scienze morali e il livello culturale della società occidentale, non sarebbero state in grado di affrontare lo sgomento di questo scenario. Oggi, che la conoscenza dell'uomo nella sua fisicità ha esplorato questo "fenomeno" fin nei suoi più minuscoli recessi, giungendo a manipolare i vietati cardini dell'origine della vita con una potenza dissacratrice di qualsiasi metafisica, oggi siamo forse più pronti ad ascoltare la voce di una scienza che cancella i "valori assoluti", che si avvia ad eliminare la categoria di "colpa morale" e che, in definitiva, riduce quell'inspiegabile miracolo che è l'uomo, a una "macchina", un meraviglioso insieme di organi stupendamente assemblati da un impulso - esso sì - impenetrabile, inspiegabile e incomprensibile e funzionanti mediante processi biochimici in grado di produrre reazioni che chiamiamo "pensiero", in armonia col quale siamo indotti ad agire, parlare, muoverci, odiare, soffrire, amare ecc. ecc.

Tutto questo implacabile determinismo comportamentale, negatore del libero arbitrio, mina alla radice la responsabilità morale, intacca i fondamenti di un diritto di "punire" e fa venir meno anche il significato e la funzione attuali attribuiti al giudizio penale: la "responsabilità" dovrebbe essere addebitata ai processi biochimici che hanno determinato l'ideazione e l'azione della condotta rimproverata e, quindi, a Colui (!) che ha elaborato la "scheda genetica" originariamente "inserita" in quel determinato essere, destinato a divenire persona. Fantascienza? Niente affatto: è la problematica che si sta paventando dinanzi alla "vettura autoguidata" che, già in avanzata fase sperimentale, fra qualche anno verrà commercializzata normalmente ed è destinata a rivoluzionare il mondo degli autoveicoli, della viabilità, ma anche dello scenario giudiziario che ne deriverà. Una realtà molto prossima, che sta già suscitando una serie di interrogativi giuridici

complessi, per ora appena abbozzati, ma che rappresenteranno la prossima frontiera normativa in subjecta materia: quella oltre la quale il fenomeno del sinistro stradale, non potrà più essere valutato nella prospettiva attuale, dell'eventuale addebito al conducente del veicolo coinvolto in un sinistro. Infatti i veicoli si "condurranno" da soli, sulla base di programmi installati a bordo e interagenti con altri programmi installati su altri veicoli o su settori viabilistici dell'area interessata dal transito, la cui elaborazione e il cui funzionamento saranno gli eventuali diretti responsabili del sinistro causato: l'intreccio di situazioni sarà tale per cui l'indagine giudiziaria dovrà spaziare fra chi ha progettato o programmato o applicato (le figure di riferimento della responsabilità sono ancora neppure compiutamente prevedibili) il programma con il quale verrebbe controllata la marcia del veicolo, chi ha progettato, programmato o installato quello dell'ipotetico altro veicolo coinvolto, chi ha progettato, programmato o installato quello dell'area stradale (radiofari ecc) teatro del fatto e, forse ancora, ma soltanto da ultimo, chi fosse a bordo del veicolo con qualche autonomo e residuale potere di intervento alla guida, ecc ecc.

È la problematica cui si dovrà cominciare a pensare (e già si sta pensando) dinanzi all'inquietante, ma inarrestabile scenario, della "intelligenza artificiale" e della correlata realtà robotica: un orizzonte non molto lontano e, in parte, già presente fra noi e gravido di preoccupanti (per non dire terrificanti) potenzialità. Da tempo Google sta studiando le prospettive legali del fenomeno e sta riscrivendo le leggi di un "codice" regolatore della condotta degli esseri (robot) dotati di intelligenza artificiale. La lettura di queste "leggi" può certo fare sorridere per la loro ingenuità, nonché per la rozzezza concettuale e di formulazione che le caratterizzano (l'ultima "legge" di questo singolare "codice", prevede che l'intelligenza artificiale (?) dei robot debba essere congegnata in modo tale da far sì che il robot stesso sia in grado di <<...riconoscere la propria ignoranza...>> e "capisca" che, dinanzi a scelte problematiche, deve rivolgersi all'uomo-programmatore! Tuttavia queste "leggi" rappre-

sentano un primo, rudimentale segnale della novità, della vastità e della complessità giuridica che sarà generata da questa inarrestabile e inquietante azione della ricerca robotica.

Ma, tornando al nostro Lombroso e alla applicazione pratica del suo pensiero confluito, sul piano penalistico, nel filone culturale della così detta "scuola positiva", se l'uomo è una "macchina" che non può muoversi se non entro l'alveo di condizionamenti caratteriali, ideativi, comportamentali impressigli fin dalla sua nascita - fatta salva l'interazione con situazioni esterne di natura ambientale (esperienze individuali, familiari, sociali ecc), una soltanto sarebbe dovuta essere la risposta medico-giudiziaria finalizzata alla tutela concreta della collettività: accertare il nesso di causalità materiale fra soggetto ed evento e, in caso di conferma, individuare quale parte del "meccanismo" di ideazione del pensiero dell'agente dovesse considerarsi "danneggiata"; una volta individuata, stabilire modi e tempi necessari per la sua "riparazione". In attesa del buon esito del percorso terapeutico, il soggetto "pericoloso per l'incolumità sociale", sarebbe dovuto essere reso inoffensivo attraverso sistemi di costrizione o di controllo adeguati.

Naturalmente i tempi della scienza e della morale non erano maturi per accettare una simile consequenzialità. Il Guardasigilli Rocco, pur non rimanendo sordo alle istanze lombrosiane e dichiarando che il problema del "libero arbitrio" risultava indifferente alla funzione del sistema penale, adottò un percorso di mediazione fra la scuola positiva e la scuola retributiva, introducendo nei codici penali quel modello che vige tutt'ora: in esso, su un prevalente paradigma valutativo fondamentale, fondato sulla regola generale della mancanza di elementi fisici condizionanti la condotta umana, veniva innestata la possibilità di considerare la incidenza meno-matrice di patologie invalidanti (purtroppo la impreparazione e la velleitarietà di tanti presuntuosi "esperti" della scienza psichiatrica e della psicologia, ha consentito l'introduzione dell'aberrante e ascientifico concetto di "parzialità" dell'effetto invalidante!), in presenza delle quali il giudizio



sanzionatorio sarebbe potuto essere caratterizzato dalla riduzione o anche dall'annichilimento della pena, sostituita in tutto o in parte dal trattamento terapeutico.

Ma i giganteschi passi percorsi dalla scienza e dalla tecnica, imporranno di rivedere e, addirittura, capovolgere questa prospettiva. Non si potrà più ignorare che il "pensiero" (addirittura la così detta "coscienza") non è altro che il risultato di reazioni biochimiche, influenti sulla attività cerebrale e condizionanti il comportamento umano, fatta salva la incidenza di effetti esterni. Secondo Cech e Altman, premi Nobel per la medicina nel 1986, << *Mangiare, digerire, muoversi e persino pensare sono tutte, a livello fondamentale, funzioni delle proteine. Le molecole proteiche controllano i processi chimici responsabili sostanzialmente di tutto quello che un organismo può fare a livello cellulare ...>> (op. cit. pag.302). Ma in modo sempre più invasivo, la scienza e la tecnica stanno già, da alcuni anni, riuscendo a intercettare e a modificare alcuni "caratteri" dell'uomo e le correlate reazioni sul piano del comportamento: si sta già entrando nella sancta-sanctorum del codice genetico e si sta già riuscendo a manipolarlo. Già ora è avviata quella sperimentazione in forza della quale si giungerà a modificare ogni parte della "scheda" sulla quale è inciso, fin dal concepimento, tutta la nostra storia futura, tutto ciò che potremo/dovremo diventare. Così si potranno determinare, del nascituro, non solo la statura, i caratteri somatici ecc, ma anche la capacità di elaborazione del pensiero, il carattere, quale tipologia di azioni sarà indotto a compiere nell'arco della sua vita, come sarà capace di reagire a determinati stimoli esterni e tanto, tanto altro ancora. La inarrestabile e amorale voracità della scienza e della tecnica le spingerà a tentare di trovare la via per sopraffare gli effetti negativi prodotti dall'invecchiamento; per vincere i limiti del tempo, il suo inesorabile logorio, la debilitante vetustà del corpo, cercando di realizzare quello che, da sempre, è il più ambito e scellerato dei sogni umani: sconfiggere la morte. Dinanzi a queste prospettive, occorre che i cultori del diritto penale si preparino a nuovi scenari; occorre cominciare a ripensare natura e funzione di*

un codice penale della responsabilità, non solo quella "morale" (categoria destinata a scomparire, quanto meno nella attuale accezione), ma anche quella "materiale": una responsabilità che non potrebbe più essere imputata all'agente, bensì all'autore della sua "scheda genetica". Questo non troppo visionario quadro è destinato a divenire ancora più inquietante se si pensa a quanto sopra accennato, circa l'avvento della "intelligenza artificiale" e della sua installazione negli uomini-robot la cui realizzazione, già in questi anni, sta facendo giganteschi e rapidi passi avanti verso un destino forse inesorabilmente segnato: quello in cui la "macchina-uomo", il robot, lo "umanoide" - esso sì, forse, "eterno" - vincerà, prevalendo sulla precarietà del suo stesso "padrone-inventore" e decreterà la fine di quel fenomeno casuale, insignificante e pestilenziale che si è indegnamente e pomposamente autoproclamato "homo sapiens". E' un orizzonte per nulla lontano e per nulla improbabile; un orizzonte nel quale si paventa, fin d'ora, lo slabbramento di qualsiasi confine oggi concepibile e l'avvio di un percorso dell'umanità - o di ciò che essa sarà diventata-, fuori da ogni prevedibilità, nell'insondabile, sconosciuto e illimitato spazio delle avventure senza ritorno. Ma già prima di allora, verrà decretata la fine della attuale visione penalistica, quale modello di salvaguardia sociale e matureranno inimmaginabili strumenti di controllo e di "riparazione" degli eventi avversi e dei suoi autori, a tutela di quella che sarà la realtà di riferimento. I "delitti da punire" saranno considerati "guasti da riparare", ai tribunali si sostituiranno i gabinetti scientifici; alle toghe di giudici e avvocati (soggetti già adesso grandemente inutili), subentreranno i camici dei tecnici programmatori; le carceri, saranno sostituite da linde officine di riparazione. Dinanzi alla inquietante inevitabilità di questo futuro, in parte già "presente", ci rimane soltanto da invocare sorella Morte prima che, complice una scienza e una tecnica sempre più efficienti ed impudenti, corriamo il rischio di venire condannati alla più terribile delle pene : la immortalità.

RENATO PAPA

Lettera idealmente indirizzata all'Avvocato Maghinardo Marchetti.

Caro Avvocato,

occorre poter contare al proprio attivo numerosi anni di professione e in anagrafe, per poter dire di averLa conosciuta.

Lei infatti ci ha, purtroppo, lasciato veramente da parecchio tempo.

La Sua figura incuteva rispetto, forse, soprattutto, per il tratto cortese con cui approcciava anche noi giovani colleghi dell'epoca.

L'abbigliamento, sempre molto elegante che Lei palesava, con sobrietà, La rendeva, per così dire, "ottocentesco" e impiego questo aggettivo, in tutta la sua positività.

Vero è che, anni fa, giacca e cravatta, in Tribunale, erano ancor più d'obbligo, ma Lei ci metteva, per così dire, un "quid pluris".

Non a caso ho speso un'espressione latina, ma l'ho fatto per rammentare il Suo gusto per l'eloquio ricercato, senza timore di apparire, ad un'analisi superficiale, fuori moda.

Questo nei suoi cinquant'anni e più di attività forense.

Ai nostri giorni si sente dire di corsi di Italiano per studenti universitari, inclini a strafalcioni e simili.

Cosa dire?

No so, ma, forse, il silenzio è... la miglior risposta.

Con deferente ricordo.

ENRICO RIGAMONTI

Cerco/Offro

Valuto proposta di condivisione di spazi/scrivania
con altro professionista in Lecco.

Edoardo Colzani – info@avvocatocolzani.it
cell. 3402984829



Affittasi Studio in Lecco, Viale Dante n. 36,
secondo piano.

Avv. Riccardo Spreafico
Email: Riccardo.Spreafico@studiolegalespreafico.com



Lo studio legale Cervati cerca collaboratori
(avvocati o praticanti) da inserire nel proprio organico.

Tel. 0341 933005
Mail: info@studiolegalecervati.com

In zona Piazza Manzoni a Lecco, all'interno di
uno studio recentemente ristrutturato, si loca – o si
cede fronte di collaborazione professionale - una stanza
arredata, luminosa e dotata di connessione internet/
telefono/ stampante, con possibilità di usufruire
di ampia sala riunioni e dei servizi comuni.

Per informazioni contattare
Avv. Nadia Colombo 0341/285336.



Cercasi Professionista per condivisione
Studio di Avvocato zona Lecco centro
Tel. 0341285616



In giro per mostre...

A cura di Renato Cogliati

MANET e la Parigi moderna

MILANO

Palazzo Reale

dal 8 Marzo 2017
al 2 Luglio 2017

info:

www.palazzorealemilano.it
tel. 02 88465230

KANDINSKY, KLEE, MUNCH, RUSSOLO, FONTANA

L'emozione dei colori nell'arte

TORINO

Castello di Rivoli
dal 14 Marzo 2017
al 2 Luglio 2017

info:

www.castellodirivoli.org

L'ARTE CONTEMPORANEA INCONTRA L'AMORE

A cura di Danilo Eccher

MILANO

Museo della Permanente
dal 17 Marzo 2017
al 23 Luglio 2017

info:

www.mostralove.it
tel. 02 8929711

CARAVAGGIO EXPERIENCE

VENARIA REALE

Reggia di Venaria

18 Marzo - 18 Giugno 2017
14 Luglio - 1 ottobre 2017

info:

www.lavenaria.it
tel. 011 4992333

PHILIP GUSTON AND THE POETS

VENEZIA

Galleria dell'Accademia

dal 10 maggio 2017
al 3 settembre 2017

info

www.gallerieaccademia.org

IL COSMO MAGICO DI LEONARDO L'ADORAZIONE DEI MAGI RESTAURATA

FIRENZE

Galleria degli Uffizi

dal 28 marzo 2017
al 24 settembre 2017

info

www.uffizi.it

Anteprime

GIANCARLO VITALI TIME OUT

MILANO

Palazzo Reale

dal 5 Luglio 2017
al 24 Settembre 2017

info:

www.palazzorealemilano.it
tel. 02 88465230

PEREGOLIBRI

STYLE > NEWS > OFFICE > SCHOOL

**IL PIÙ VASTO CATALOGO DI PRODOTTI PER L'UFFICIO,
SOFTWARE, MANUALI TECNICI, MODULISTICA DI OGNI TIPO,
SERVIZI TIPOGRAFICI, TIMBRI, SISTEMI PER PROMUOVERE
I TUOI PRODOTTI E LA TUA ATTIVITÀ.**

CONSEGNE RAPIDE E PREZZI IMBATTIBILI!



**Barzanò - via Dei Mille, 25
tel. 039.955768 - fax 039.9211181
www.peregolibri.it
info@peregolibri.it**

IL CENTRO SERVIZI PER L'AZIENDA