

|| TRENTO  
/ STUDENT  
| LAW  
/ REVIEW

Vol. 1, No. 0 | January 2018



*Ai nostri Professori*

## *Advisory Board*

UNIVERSITY OF TRENTO: Prof. Carlo Casonato, Prof. Fulvio Cortese, Prof. Andrea Di Nicola, Prof. Elena Ioriatti, Dott. Andrea Magliari, Prof. Corrado Malberti, Prof. Maurizio Manzin, Prof. Marino Marinelli, Prof. Alessandro Melchionda, Prof. Teresa Pasquino, Prof. Elisabetta Pederzini, Prof. Gianni Santucci, Prof. Filippo Sartori.

MAASTRICHT UNIVERSITY: Prof. Sjef van Erp.

Published by students at the Faculty of Law of the University of Trento.

*Address* University of Trento, Faculty of Law, via Verdi 53, 38122 Trento, Italy.

*Email* trentostudentlawreview@unitn.it

*Website* As of print date, the *Trento Student Law Review* homepage is located at <http://hosting.unitn.it/ojs/web2/index.php/TheTSLR/index>. It is expected to be moved soon to <http://thetslr.unitn.it>.

*Submissions* The *Trento Student Law Review* welcomes submissions of articles and essays. Manuscripts considered for publication are subject to double-blind peer review. Contributors are invited to submit their pieces via online form. Please visit our website at the above-mentioned address for further information.

*Copyright* The copyright on the materials published herein belongs to the respective owners. The *Trento Student Law Review* is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0) license.

*Layout* Nicolò Orlich  
*Cover* Associazione Acropoli



[www.acropolitrento.com](http://www.acropolitrento.com)

# TRENTO STUDENT LAW REVIEW

VOL. 1

JANUARY 2018

NO. 0

*Editor-in-Chief*

Andrea Tigrino

*Vice Editor-in-Chief*

Filippo Spagnoli

*Managing Editor*

Sofia Pelizzari

*Treasurer*

Chiara Flaim

*Articles and Notes Editors*

Martina Carpenzano

Matteo Maurizi Enrici

Nicolò Orlich

Clara Raffaele Addamo

*Comments Editors*

Giorgio Cassinari

Antonino Cirillo

Elisa Cofini

Davide Corrado

Valeria Costantino

Marina Federico

Giacomo Franzoso

Giulia Grolla

Daniele Isidoro

Samuela Marchiori

Vincenzo Rischitelli

*Visiting Editors*

Georgia Drew

Ella Winfield

*External Revisor*

Ilaria Ercole

*Peer Review Coordinator*

Ilaria Marchi



# Contents

- 7 Perché una nuova rivista? Era necessaria? Perché una rivista studentesca?  
Era necessaria?  
*Rodolfo Sacco*
- 11 Perché ai nostri professori e non solo
- 13 Preambolo
- 15 ROMAN LAW
- 17 Processo a Gesù tra generi letterari e 'nuove frontiere'. Annotazioni  
storico-giuridiche  
*Massimo Miglietta*
- 33 PHILOSOPHY OF LAW
- 35 On the Nature of Philosophy of Law  
*Federico Puppo*
- 53 The Socratic Heart of the Adversarial System  
*Paolo Sommaggio*
- 75 ADMINISTRATIVE LAW
- 77 L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa:  
luci, ombre e prospettive future (anche per gli enti locali)  
*Anna Simonati*
- 103 COMPANY LAW
- 105 Le società a responsabilità limitata e le sfide del mercato  
*Elisabetta Pederzini*
- 113 Commento
- 117 ICT LAW
- 119 *Sex offenders*, accesso alla rete e diritto di Internet  
*Nicola Lugaresi*
- 136 Commento
- 139 Bibliographies



## Perché una nuova rivista? Era necessaria? Perché una rivista studentesca? Era necessaria?

RODOLFO SACCO

*Professore emerito dell'Università di Torino*

Ebbene, questa nuova rivista colma una lacuna. Chi segue con attenzione ciò che accade nella Università italiana, chi ha capito e capisce ciò che è avvenuto e che avviene nella Facoltà giuridica trentina, chi è sensibile ai sintomi e agli indici dei nuovi bisogni e delle nuove vocazioni del mondo della cultura trova confermato, nell'Evento che si annuncia, ciò che la storia della Facoltà trentina, l'attuale realtà della Facoltà, l'atmosfera che si respira in quella Facoltà, rendono verosimile, rendono possibile, rendono reale.

Chi abbia almeno sessant'anni può ricordare il tempo in cui l'Università di Trento decise di estendere la sua competenza alla scienza giuridica. In quegli anni il comitato tecnico ordinatore, cioè l'organo collegiale che svolge l'attività necessaria per la creazione di una facoltà nuova, veniva eletto dal corpo docente di tutte le facoltà di quello stesso tipo. E questo Comitato dovette decidere se strutturare una facoltà che fosse la copia carbone delle altre sue consorelle, o se introdurre qualche variante. Allora, nelle Facoltà di giurisprudenza italiane era in vigore la normativa dell'anno 1938, redatta in regime di proclamata autarchia economica e culturale e ispirata ad una visione del diritto nazionalista, pertanto statalista e legalista; e questa categoria, irrigidita dalla metodologia dogmatizzante (cui i giuristi italiani aderivano dall'inizio del secolo) era poco compatibile con aperture culturali, fatta eccezione per un richiamo alla storia, intesa come recitazione del diritto romano. E l'ambiente italiano non percepiva che si imponeva una sterzata.

Infatti, nella realtà economica, il Paese viene importando ed esportando. E su un piano ontologico e realistico si vede bene che *il diritto muta continuamente* – il diritto non 'è', ma 'diventa'. E la circolazione dei modelli (dotata da sempre di un'importanza fondamentale) si era fatta – in quel tempo – veloce e vorticosa, e chiedeva al giurista di non farsi prendere alla sprovvista dal modello venuto da lontano, che entrava nella sua sfera

per la prima volta. L'edificazione del diritto europeo è un dato che illustra bene la diagnosi.

I giuristi non comprendevano che la prospettiva monistica – puramente nazionale e dogmatica – impoverisce il sapere.

Quale facoltà di lettere, di storia, di botanica, accetterebbe soltanto la lingua nazionale, o soltanto la storia nazionale, o soltanto le piante che crescono nel territorio dello Stato? Il Comitato tecnico ordinatore di cui parlo non esitò nella scelta. Ovviamente non poté esercitare la scelta se non nei ristretti e feroci limiti dell'autonomia allora concessa alle Facoltà. Ma, inserendo nel suo statuto tante materie "opzionali", offrì allo studente la gamma degli insegnamenti che occorrono per acquisire una certa confidenza con gli ordinamenti stranieri: un corso di sistemi comparati, poi corsi sul diritto angloamericano, sul diritto dei Paesi islamici, sul diritto africano e asiatico, poi un corso sul diritto della Unione europea, e infine i corsi di diritto privato comparato, costituzionale comparato, amministrativo comparato, penale comparato, e così via. Ogni ramo del diritto veniva proposto allo studente nelle due versioni, nazionale e comparata.

In Italia fu uno scandalo, ma il Presidente dell'Università (senatore Kessler) e il rettore (Fabio Ferrari) colsero in modo lucidissimo i termini del problema, e vissero gioiosamente e appassionatamente l'avventura.

Trento fu presto la capitale del diritto comparato per l'Italia. E a Trento nacque tanta ammirazione per la scienza giuridica italiana: pensiamo a Gordley, a Calabresi, a Fletcher, a Duncan Kennedy, Weir, a Laura Nader, che lasciarono testimonianze molto significative di questi stati d'animo. Gran numero di studenti accorsero a Trento da tutte le regioni d'Italia e molti vennero anche dall'estero. Il 22 giugno 2002 una graduatoria pubblicata su *La Repubblica* indicava la Facoltà tridentina come la migliore Facoltà giuridica in Italia. E da allora i riconoscimenti si sono susseguiti, frequenti e significativi. Strada facendo l'Italia ha compreso. Con le nuove regole che sviluppavano l'autonomia universitaria, e con la riforma del 1994, l'esempio trentino si è diffuso in tutta l'Italia. Beninteso, l'Italia non è diventata Trento. *Trento porta nel suo DNA la capacità di non far finire il mondo, di non far finire la realtà dove sono operanti le frontiere dello Stato.* E in modo parallelo Trento sa che chi parla un dialetto è compreso nella sua regione, chi parla italiano è compreso in Italia, e un pochino anche in Albania e in Somalia, e chi parla la lingua veicolare per eccellenza, trova lettori che lo comprendono in tutti i continenti.

Guardiamoci intorno. Non solo tra i giuristi, ma anche (e in modo assai più consistente) nel commercio, negli scambi culturali di ogni tipo, nella divulgazione di pensieri che amino farsi conoscere, si vince se si parla una

lingua che il destinatario del messaggio possa comprendere. Chi sa quel che fa, e fa il possibile per farlo con successo, conosce bene questa realtà.

Gli studenti trentini – o, almeno un numero significativo di studenti trentini, i quali vogliono rivolgere messaggi al pubblico, e si augurano che il messaggio si diffonda vicino e lontano – sanno come debbono muoversi e operano in modo conseguente.

E perché questi studenti lanciano messaggi? Da quando in qua gli studenti si caricano il compito di lanciare messaggi? Finora, almeno in Italia, mancavano esempi. *Ma lo Studente trentino sa respirare un'atmosfera nuova e promettente.* Un tempo, il compito di comandare e di ubbidire erano riservati a caste diverse. Il nobile (ovvero il ricco) comandava, e gli altri obbedivano. Democrazia e suffragio universale hanno mutato la realtà. La società opta per la soluzione che le consente di beneficiare di una proposta felice, anche se questa proviene da un soggetto sprovvisto di privilegi catastali.

Su un piano diverso, ancora oggi la trasmissione del sapere avviene con un meccanismo autoritario. Il teologo insegna al fedele, il docente insegna allo scolaro.

Ma qualcosa nell'aria ci dice che la ripartizione dei compiti – trasmettere e ricevere la verità – si prepara a farsi meno assoluta. E pare di capire che anche la scuola se ne accorgerà.

*Certo, il docente sa; e tutti vogliamo ch'egli trasmetta il suo sapere. Ma ciò non significa che lo scolaro debba sempre tacere.* Perché mai non dovrebbe proporre temi? Perché non dovrebbe fare domande? Perché non dovrebbe fare obiezioni?

E soprattutto: perché non dovrebbe fare proposte alternative rispetto a quelle del professore? Perché la trasmissione del sapere deve avere come unico oggetto il pensiero e la volontà dell'autorità? Perché si dovrebbe rinunciare a priori a tutte le proposte che provengono dal discente? Nella nostra società, la categoria "Studente" ha un'identità, un ruolo ben definito. Lo studente è un giovane che impara. È in corso la sua "formazione" (che bella parola!), il suo divenire. E questa formazione lo prepara a compiti delicati. Il giovane che oggi si forma, sarà prezioso nella società di domani.

*Pare di intuire che il movimento inarrestabile delle idee e dei fatti ci conduca verso una trasmissione del sapere più dialogata. E i giovani giuristi trentini sembrano respirare quest'aria nuova.*

Noi non possiamo non augurare loro di riuscire, e di aver fortuna.



## Perché ai nostri professori e non solo

Iniziammo a discutere circa la possibilità di realizzare una "law review" a gestione studentesca, su esempio di analoghe realtà anglofone, nel marzo 2017. Chi reduce da un periodo di studi all'estero beneficiato grazie agli sforzi di chi per le opportunità di ampliare gli studi in altre Università si è speso, chi abile nello scorgervi un potenziale interessante, abbracciammo il progetto presentandolo nell'estate dello stesso anno in Consiglio di Facoltà, dove trovammo pieno accoglimento e sostegno.

La Genesi del "numero zero" ci ha portato a discutere il come dar vita alla primissima edizione. Riflessione che ci ha condotto a dedicare tale "numero zero" «Ai nostri Professori»; scelta discutibile, criticabile perché escludente la compagine studentesca dalla possibilità di pubblicarvi contributi, relegandola – apparentemente – per l'ennesima volta ad un ruolo che più si avvicina all'essere spettatori che partecipi, ponendosi pertanto in illusoria antitesi allo spirito con cui tale iniziativa nasce.

Sulla condizione in cui versano gli studenti universitari oggi ciascuno di noi, coscienziosamente, sarebbe chiamato a meditare, accostandosi con riluttante obiettività al quesito se l'Università stia oggi adempiendo concretamente al dovere che le spetta per sua natura, dove l'educazione all'approccio critico risulta essere ad essa congenita. Illustri accademici hanno ben descritto nelle prefazioni dei loro manuali e nelle loro pubblicazioni divulgative tale appiattimento dell'*Universitas*. Appiattimento che relega noi studenti di oggi ad un ruolo passivo e poco partecipe, marginale ed alienante, circoscrivendo la nostra attività nelle aule delle lezioni a tastieristi dei nostri dispositivi elettronici. Fruitore di un servizio pubblico. Karl Marx oggi troverebbe ispirazione sedendo nelle nostre aule studio.

Le ragioni di tale appiattimento qualcuno le ha non a torto ravvisate negli studenti di una volta. Gazzoni, in una delle sue strabilianti introduzioni, ascrive tale responsabilità a chi, sabotando con le lezioni la stessa libertà di insegnamento, avrebbe posto le basi per la distruzione dell'Università, legittimando con i loro scempi le argomentazioni di chi oggi sostiene che a noi giovani spetti il solo compito di crescere e maturare.

Andrebbe comunque osservato che una pena a tempo indeterminato per il caso di specie risulterebbe forse contraria al principio di proporzionalità, ed allo stesso principio di personalità, dal momento che gli studenti di un tempo, ad oggi, dovrebbero essersi laureati.

Perché, quindi, partire ancora dal docente, dai nostri Professori, perché dedicarvi l'edizione del numero zero? E poi, da quali professori partire? Professori di I fascia o di II fascia?

In un momento di forte crisi del sistema universitario, dove lo stesso si trova ad essere assoggettato a discutibili dinamiche valutative e classificatorie, siamo chiamati a raccoglimento rispetto ai principi ed ai valori sulla base dei quali l'Università ha preso vita.

Ai nostri professori, quindi, che non siano solo tali, ma che possano essere Maestri veri ed autentici testimoni di tali valori. Perché il Professore "dichiara" pubblicamente, curando la trasmissione di un sapere che è nozione, mentre il Maestro sprona alla ricerca della dimostrazione, alla ricerca in profondità di un significato ulteriore. Che tali figure, per noi esempi e pietre d'angolo del nostro percorso di formazione, non si limitino ad essere fornitori di un servizio pubblico ma che spendano il proprio potere e le proprie capacità per consentire a noi studenti di raggiungere ogni conoscenza a livello personale.

Ai nostri Professori, che sostenendo la realizzazione di questa Rivista hanno consentito a noi studenti di giocare un ruolo attivo nei confronti della ricerca scientifica, partecipi e non solo recettori. Alla nostra Facoltà di Giurisprudenza di Trento, che non smetta mai di sostenere i suoi studenti, restando nel tempo esempio della capacità di essere molto più di un semplice dipartimento.

Con Gratitudine

SOFIA PELIZZARI

## Preambolo

Se la saggezza mi fosse concessa con questa clausola, di tenerla celata e non divulgarla, rifiuterei: nessun possesso di alcun bene reca gioia se non lo si condivide con qualcuno<sup>1</sup>.

Con una modesta, personale resa letterale di un passo tratto da una tra le più belle Epistole di Seneca apro questo breve preambolo al "numero zero" della *Trento Student Law Review*, il quale, lungi dal rappresentare un prolisso e certamente pedante resoconto dei lavori preparatori a questa edizione, intende costituire un semplice messaggio d'apertura carico di soddisfazione e di particolare riconoscenza verso tutti coloro i quali hanno reso possibile il consolidamento di un simile "esperimento".

Nell'arco di pochi mesi, infatti, la proposta di una rivista scientifica ideata e gestita da studenti ha incontrato un sostegno difficilmente ipotizzabile ai suoi albori, come testimoniato in primo luogo dalla piena ed incondizionata collaborazione resa dagli uffici del Sistema Bibliotecario di Ateneo: a tal proposito, mi sia concesso fin da subito un particolare ringraziamento alla Dott.ssa Francesca Valentini, persona di rara gentilezza e disponibilità.

In seno alla Facoltà di Giurisprudenza, il consenso manifestato dal Collegio Docenti si è rivelato unanime, a riprova del fatto che la nostra visione è stata percepita quale opportunità per perpetuare gli standard di eccellenza propri dell'Ateneo tridentino. Tale generale approvazione ha segnato il formale avvio di una nuova fase operativa, caratterizzata dalla piena disponibilità dei Professori (molti dei quali hanno spontaneamente offerto la loro opera di collaborazione), dal graditissimo augurio espresso dal Professor Rodolfo Sacco, nonché dal vivo interesse mostrato dagli studenti di ogni età. I nostri editor, selezionati a seguito di un rigoroso colloquio motivazionale volto a verificare le qualifiche e le competenze linguistiche dei numerosi candidati, hanno dimostrato fin dai primi giorni di attività particolare zelo e cura per i dettagli, spiccando per preparazione e spirito critico.

Si è pertanto avvertito uno sforzo sinergico nel plasmare un gruppo di lavoro che faccia della condivisione del sapere il suo obiettivo primario, e

---

1. SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, I, 6, 4.

ciò a beneficio dell'intera comunità tridentina così come delle principali istituzioni universitarie nazionali ed estere.

Per questo la citazione d'apertura non intende assumere i toni di un vacuo proclama, proponendosi al contrario quale dichiarazione di intenti ed indirizzo programmatico: ritengo che la ricerca scientifica, e più ampiamente qualunque ricerca, costituisca una fra le poche dimensioni della Vita capaci di rendere dignità all'uomo, consentendo una piena realizzazione intellettuale prima ancora che culturale; grazie ad essa, l'individuo trova un imprescindibile strumento di sostegno nei momenti di maggiore dubbio o smarrimento che l'esistenza sa riservare, cogliendo progressivamente le potenzialità della propria mente. Formulando il mio pensiero attraverso un'immagine che spero efficace, non vedo nella ricerca altro motore propulsore del sincero amore per la conoscenza, mai intrapresa col fine esclusivo di plausi ed encomi che, in ogni caso, spero potranno sempre arridere la *Trento Student Law Review*.

Per tutte queste ragioni, credo fermamente nell'alto valore sociale e formativo della presente iniziativa, nella gestione di un progetto che spero potrà infondere, nell'animo mio e di tutti i suoi aderenti, particolare gratificazione ed appagamento.

Sono orgoglioso di rivestire il ruolo di Direttore di questa Rivista in occasione del primo soltanto fra i numerosi risultati a cui essa potrà ambire. Nel corso di questo mandato, mio intento prioritario sarà quello di lasciare una realtà editoriale rispettata e riconosciuta, agevolando il più possibile l'operato di chi ben presto ricoprirà la medesima carica.

Il Direttore

ANDREA TIGRINO

# ROMAN LAW

*Gerusalemme, anno 33 d.C. Un uomo, di notte, viene condotto dinanzi alla massima autorità amministrativa, civile, religiosa e giudiziaria del popolo israelita: il Gran Sinedrio. L'accusa è gravissima. L'uomo, un certo Gesù di Nazareth, figlio di Giuseppe, nato a Betlemme, afferma di essere il figlio di Dio. L'indignazione degli astanti è tale che il sommo sacerdote, Caifa, all'udire le parole di colui che ammette di essere il Cristo, si straccia l'orlo della tunica in segno di scandalo. Per i Sinedriti non vi è alcun dubbio: Gesù è reo di morte. Non resta che consegnarlo al Prefetto di Giudea, Ponzio Pilato, il quale dovrà decidere delle sorti del Nazareno accusato dinanzi all'autorità romana – estranea alle vicende religiose israelite – del gravissimo reato di lesa maestà, nella duplice forma della sollevazione popolare (in quanto aveva sobillato le genti, anche attraverso il mancato pagamento dei tributi a Cesare) e della adfectatio regni (ossia la proclamazione di se stesso quale Re dei Giudei).*

*La vicenda del processo a Gesù è piuttosto nota, come altrettanto nota è la fine che il Nazareno dovette patire sulla croce. Quello che non è noto – e che l'autore con il suo scritto intende dimostrare – è che il processo a Gesù fu un vero processo, in cui vennero rispettate le forme e le leggi del tempo, dal momento di istruzione della causa fino alla definitiva condanna a morte pronunciata, con un valido titolo, dal magistrato romano. Con un'analisi che si spinge ad esaminare il simbolo stesso del processo e a tentare di spogliarlo da tutti gli espedienti teologici, nonché dagli elementi di pathos della scena tramandatici dalla tradizione, lo studioso mira a definire, con maggiore chiarezza, il capo di imputazione mosso a Cristo e in un certo senso a riabilitare, per quanto riguarda il rispetto delle forme, tanto il Gran Sinedrio di Gerusalemme, quanto il prefetto di Giudea, Ponzio Pilato.*

DAVIDE CORRARO



# Processo a Gesù tra generi letterari e 'nuove frontiere'. Annotazioni storico-giuridiche

MASSIMO MIGLIETTA\*

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. I protagonisti. – 3. Imputazioni e fasi processuali. La fase istruttoria avanti al Sinedrio. – 4. Dinanzi al prefetto di Giudea: la fase del giudizio. La fase esecutiva. – 5. Conclusioni.

## 1. *Premessa*

È per me sempre un piacere poter parlare di un tema che è oggetto delle mie meditazioni, come studioso del diritto romano, da numerosi anni<sup>1</sup>.

---

Il presente contributo è stato oggetto di precedente pubblicazione comparsa in: M. MIGLIETTA, *Il processo a Gesù tra generi letterari e 'nuove frontiere'. Annotazioni storico-giuridiche*, in *Arte e diritto. Seminario conclusivo del Dottorato in Scienze Giuridiche*, a cura di V. Barsotti, Firenze, 27 maggio 2016.

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano, nonché titolare dei corsi di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo e di Storia del diritto romano, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento; *Visiting Professor* presso la Universität Heidelberg e la Pontificia Universidad Católica de Chile - Santiago. Riveste attualmente anche la funzione di Presidente del Consiglio di Biblioteca presso l'Ateneo tridentino.

1. Si presenta il testo della lezione, tenuta il giorno 27 maggio 2016, nell'ambito del Seminario conclusivo del Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze (e ivi pubblicato nel V Quaderno del Dottorato dedicato ad Arte e Diritto, 2017, pp. 45-60). Queste pagine – che riflettono il carattere dell'intervento – perseguono lo scopo di sintetizzare il percorso dei miei studi in materia. Per la bibliografia di riferimento v., infatti, M. MIGLIETTA, *Riflessioni intorno al processo a Gesù*, in *Jus* 41, 1994, pp. 147-184; ID., *Il processo a Gesù di Nazareth*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 61, 1995, pp. 767-784; ID., *Pilatus dimisit illis Barabbam*, in *Ponzio Pilato e del giusto giudice*, C. Bonvecchio - D. Coccopalmerio (a cura di); ID., *Profili di simboli politico-giuridica*, Padova, 1998, pp. 163-237; ID., *L'invio al tetrarca di Galilea e Perea, Il processo contro Gesù*, F. Amarelli - F. Lucrezi (a cura di), Napoli, 1999, pp. 150-150 [con 'Nota bibliografica', pp. 245-267] = AA.VV., *El proceso contra Jesús*, F. Amarelli - F. Lucrezi (a cura di); ID., *Il 'processo contro Gesù' e l'anno giubilare*, in *Labeo* 46, 2000, pp. 318-321; ID., *Una recente indagine storica sul processo 'contro' Gesù*, in

Con gli avvenimenti di ordine processuale che coinvolsero Gesù di Nazareth noi ci confrontiamo – qui ed ora – con il simbolo stesso del 'processo'. Nessun altro procedimento criminale della storia, infatti (si pensi, ad esempio, al cosiddetto processo a Socrate, o quello intentato contro i Templari o a Galileo – soltanto per far cenno ad alcuni, peraltro notissimi, come lo è, nella storia moderna, quello di Norimberga), è stato oggetto, sin dal momento della sua conclusione, a continui fenomeni di interpretazione e reinterpretazione<sup>2</sup>: si potrebbe dire, in estrema sintesi, che esso costituisca un 'processo costante', ossia contro l'imputato Gesù, contro il magistrato romano Pilato, contro le autorità ebraiche (e Caifa, in particolare); persino contro l'intero popolo ebraico, laddove si voglia rievocare – prima ancora di esprimere una valutazione sulla sua attendibilità storica – l'emblematica affermazione dei Giudei racchiusa in Mt. 27.25: «Il suo sangue ricada su di noi e sui nostri figli!».

Il fatto umano chiamato 'processo' che è, in realtà, per sua natura una sorta di 'camera di compensazione dei conflitti sociali' (esso nasce, infatti, allo scopo di evitare lo scatenarsi della vendetta privata, attribuendo ad un terzo 'neutrale' la decisione in merito), nel caso di Gesù di Nazareth si è trasformato anche nel suo esatto contrario.

Intendo riferirmi, con questo giudizio, al problema della 'colpa giudaica' (*culpa iudaica*), che ha rappresentato una specie di 'ipoteca ideale' sul modo con il quale gli studiosi hanno affrontato e interpretato la vicenda. Teologi, biblisti, storici, e anche giuristi non sono sfuggiti al riferimento al tema della 'responsabilità (o, addirittura, appunto, della colpa)' circa la condanna e la morte di Gesù. Gli studi (in complesso ormai ben

---

*Archivio Giuridico F. Serafini* 221, 2001, pp. 473-493; ID., *El proceso contra Jesús*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 70, Roma-Napoli-Madrid, 2004, pp. 561-564; ID., *Gesù e il suo processo 'nella prospettiva ebraica'*, in *Athenaeum* 93, 2005, pp. 497-526; ID., *'Bellezza sempre antica e sempre nuova'. Brevi annotazioni in merito a una recente 'inchiesta' sul 'Gesù storico'*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, 5, Napoli, 2007, pp. 3603-3628 (§ 4, in particolare).

I più significativi tra questi lavori sono stati raccolti in M. MIGLIETTA, *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Napoli, 2011, XVI+274 pp. Ad essi va aggiunto l'ultimo contributo in ordine di tempo, intitolato *Rapporti tra autorità nella Palestina d'epoca tiberiana: particolarità e conferme relative al processo a Gesù in fonti apocrife*, in *Cultura Giuridica e Diritto Vivente* 1 (2014): <http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv/article/view/392>, ed ora in *Scritti per Alessandro Corbino*, I. Piro (a cura di), 5, Tricase, 2016, pp. 99-132.

2. In questa sede ci limiteremo ad alcuni ed essenziali rimandi bibliografici o di fonti per favorire il lettore che intenda approfondire lo studio dell'argomento. Ulteriori indicazioni potranno essere tratte dalle opere evocate.

oltre il migliaio)<sup>3</sup>, infatti, si possono suddividere più o meno a seconda che abbiano considerato la responsabilità giudaica 'prevalente' – oppure 'uguale a quella dei romani' – oppure ancora 'assente' a scapito di quella del prefetto di Giudea. E, assai singolarmente, se si analizza con attenzione la dottrina, gli studiosi di cultura cristiana (soprattutto tedeschi) sono tendenzialmente portati a sottolineare il peso della responsabilità dei Giudei<sup>4</sup>, mentre quelli di matrice ebraica hanno cercato di diminuire – sino giungere a cercare di annullarla – l'importanza della presenza stessa del Sinedrio (e, pertanto, del popolo di Israele) nella vicenda processuale di cui Gesù è stato soggetto passivo, aumentando di conseguenza il peso sostanziale delle decisioni assunte da Ponzio Pilato<sup>5</sup>.

I primi – cioè gli studiosi di cultura cristiana – hanno fondato le loro teorie soprattutto su alcuni passi dei Vangeli, come quello relativo alla lavanda delle mani di Pilato, a cui ho fatto brevemente cenno. Il testo, presente soltanto nel Vangelo di Matteo<sup>6</sup>, offre (apparentemente) la risposta dell'"intero popolo" al magistrato romano nel momento culminante della scena, richiamando la vendetta del sangue sulla stirpe giudaica. Da questa affermazione solenne è stata tratta la conclusione circa l'incidenza di una responsabilità ritenuta incontrovertibile e, in casi estremi, addirittura eterna del popolo (anzi, dell'intero popolo) ebraico a qualunque epoca appartenente.

In realtà, a ben vedere, la lavanda delle mani di Pilato dimostra di essere descritta non secondo il costume greco-romano, in cui veniva impiegato il sangue (usanza che Matteo assai difficilmente poteva conoscere), ma secondo le tipiche modalità giudaiche, ossia con l'acqua<sup>7</sup>. Inoltre, lo stesso motivo della celebrazione dell'atto è tipicamente ebraico: si tratta della protesta d'innocenza ma, soprattutto, del rinvio del castigo su altri<sup>8</sup>. Questi dati – e queste significative differenze – ci autorizzano a concludere che, quasi per assurdo, in Matteo sia un Pilato... ebreo a lavarsi le mani, e non già un Pilato romano.

Grazie a questa deduzione è possibile affermare che, probabilmente, Matteo ha inserito un elemento teologico, più che un elemento storico realmente accaduto. Fondare, pertanto, su di esso la 'responsabilità del

---

3. Cfr., da ultimo, i dati riferiti da F. ARCARIA, *Idee vecchie e nuove sul processo contro Gesù*, in *Annali Sem. Giur. Catania* 8, 2006-2007 [2008], p. 253.

4. Si veda, per tutti, J. BLINZLER, *Il processo di Gesù*, Brescia, 1966 [ried. 2001].

5. V., in particolare, oltre, nt. 9.

6. Si tratta del già evocato versetto di Mt. 27.25.

7. Cfr. EROD., *Hist.* 1.35; VERG., *Eneide*, 2.719-720.

8. Cfr. *Deut.* 21.6-7, 2Sam 1.16 nonché *Atti* 18.6.

popolo ebraico' (così come è stato fatto, e per lungo tempo) risulta essere operazione metodologicamente (prima ancora che moralmente) scorretta.

Gli studiosi di cultura ebraica, dal canto loro, e come accennato, fanno leva su elementi tesi a sminuire – addirittura ad annullare – la presenza delle autorità ebraiche. In particolare, Chaim Cohn, che fu Procuratore Generale della Corte Suprema dello Stato di Israele, in un suo importante contributo<sup>9</sup>, ha cercato di dimostrare che il Sinedrio non partecipò al processo a Gesù in veste di soggetto giudicante, bensì operò addirittura con l'esclusiva e contraria intenzione di sottrarre l'imputato alle mani dei Romani, per evitarne la condanna, e per prevenire ritorsioni da parte del potere dominante straniero contro l'intera Nazione di Giuda (si veda, in particolare, l'affermazione contenuta in Gv. 11,45-53 [vv. 47-48, spec.]). Si tratta, tuttavia, le une come le altre, di letture censurabili. Esse forzano, oppure oscurano, in qualche modo, il dato offerto dalle fonti, e risultano, per questo, scientificamente inaccettabili. Questa conclusione impone, quindi, una diversa politica interpretativa degli elementi a nostra disposizione e, in particolare, delle fonti a nostra disposizione: ossia i Vangeli canonici a cui vanno uniti, in parte, i vangeli apocrifi (in particolare quello detto di Nicodemo e quello di Pietro), ed altre fonti minori ma non meno importanti, prime fra tutte gli *Annali* di Tacito<sup>10</sup> laddove, in un'autentica sintesi della vicenda, lo Storico antico afferma:

Auctor nominis eius [*i.e.* nomen christianum] Christus Tiberio imperitante per procuratorem <rectius: praefectum><sup>11</sup> Pontium Pilatum supplicio adfectus erat.

A questo proposito, è necessario osservare che i Vangeli non sono affatto 'verbali processuali' (anche se così, spesso, sono stati utilizzati dagli studiosi in maniera più o meno consapevole), e non sono neppure fonti o narrazioni 'storiche', nel significato che, di norma, viene attribuito a questo termine. Essi sono, per contro, 'opere tematiche'<sup>12</sup>, per le quali la storia è uno strumento – e non il fine – per narrare l'evento della Salvezza,

---

9. V. C. COHN, *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico* [trad. it. e introd. di G. Zagrebelsky], Torino, 2000; si veda, in proposito, la 'lettura critica' che ho offerto in M. MIGLIETTA, *Gesù e il suo processo 'nella prospettiva ebraica'*, cit., pp. 497 ss.

10. TAC., *Ann.* 15.44.

11. V. oltre, § 2, a proposito della iscrizione di Cesarea Marittima.

12. Per la definizione v. M. MIGLIETTA, *I.N.R.I.*, cit., p. 9 ss. (12 in particolare).

ossia il *kerygma* secondo cui il Λόγος-Logos si è fatto carne (e carne mortale: σάρξ-sarx)<sup>13</sup>; è venuto nel mondo; è stato rifiutato dal suo popolo (il popolo eletto); è stato condannato; crocifisso; è morto ed è stato sepolto, ma è resuscitato secondo le Scritture.

Questo non significa che gli Evangelisti abbiano inteso mistificare la realtà storica; significa diversamente che la storia non ha costituito il loro obiettivo, ma un mezzo di cui si sono serviti, e, talora, giustificati per mezzo del proprio scopo tematico particolare, con una certa libertà di movimento, per narrare un'altra 'storia', ossia la 'storia della Salvezza'.

La vicenda della Passione di Gesù ha rappresentato, pertanto, il nucleo del 'racconto originario' – probabilmente vicino al testo di Marco, e che ha avuto la funzione di 'paradigma' per gli altri evangelisti sinottici (Matteo e Luca), e, in parte, anche per Giovanni – in cui si dava ai credenti la notizia fondamentale (il *kerygma*, appunto), intorno al quale ciascun evangelista ha, per così dire, intessuto il proprio racconto, aggiungendo considerazioni personali; motivi teologici propri; qualche episodio originale (come ad esempio l'invio di Gesù ad Erode Antipa, presente nel solo Vangelo di Luca 23,4-16).

Gli esegeti hanno messo bene in luce il fatto che non vi sia dubbio che il Vangelo di Matteo (scritto da un ebreo per gli ebrei) e così, soprattutto, quello di Giovanni (il Vangelo non sinottico, cioè con una struttura narrativa assai diversa rispetto agli altri canonici) siano improntati ad una sottile venatura 'antigiudaica'. Antigiudaico, però, non significa 'antisemita', come qualcuno ha erroneamente affermato. Lo scopo degli Evangelisti è quello di condurre l'antico popolo eletto alla nuova fede in Gesù, che ora, dopo l'evento fondamentale della Risurrezione, è il Cristo. La sottolineatura della 'responsabilità (e persino della *culpa* ebraica)' ha funzione principalmente esortativa: ispirare il senso di colpa per stimolare la conversione e l'adesione alla nuova fede. E così, in parte, anche i Vangeli di Luca e Marco riflettono questa impostazione, sebbene essi siano caratterizzati da una maggiore apertura universalistica. Ma queste testimonianze letterarie sono state redatte in un'epoca in cui la Chiesa nascente cercava di accreditarsi presso il potere romano quale comunità di sudditi fedeli e rispettosi delle leggi (si vedano, ad esempio, le *Apologie* di Giustino martire), e, di converso, era entrata in conflitto con il giudaismo palestinese ortodosso dell'epoca (si pensi, per contro, ad un'opera del primitivo cristianesimo come la *Didaké*, tanto stilisticamente suggestiva quanto severamente critica riguardo ai riti e al culto ebraici).

13. Si veda il potente *Inno cristologico* in Gv. 1.1 ss. (vv. 1 e 14, in particolare).

Lo storico del diritto, dunque, deve considerare seriamente queste particolarità, e cercare di unire le proprie conoscenze tecniche con quelle che derivano dall'esegesi biblica, per cercare di aspirare ad una ricostruzione almeno attendibile degli avvenimenti. Al giurista non spetta, quindi, definire di chi sia stata la 'colpa' o se il processo sia stato 'giusto' o 'ingiusto'. Ammesso e non concesso che sia legittimo attardarsi su queste domande. Al giurista – e allo studioso del diritto romano, in particolare – spetta più semplicemente il dovere di verificare se le norme processuali e penali (romane ed ebraiche) allora in vigore siano state rispettate; se sia verificabile la conformità, quindi, tra le 'regole' e l'"operato" dei giudici; a quale titolo, infine, abbiano partecipato le autorità ebraiche e le autorità romane. Quali siano state le imputazioni – e se queste siano state avanzate legittimamente – e quale la condanna. Premettendo immediatamente che ogni tentativo di insinuare l'idea che, in realtà, non si sia svolto un 'processo' – nel suo significato tecnico – si scontra, inevitabilmente (direi: implacabilmente), contro la testimonianza certa, concorde e più volte ribadita, in diverse fonti di cui disponiamo<sup>14</sup>. Sia sufficiente accennare, in questa sede, alle parole contenute nell'apocrifo Vangelo di Nicodemo:

Dopo la sentenza (μετὰ τὴν ἀπόφασιν [!]), Pilato ordinò che l'accusa fosse scritta, quale 'titolo' (τίτλον), in lettere greche, latine ed ebraiche, secondo l'accusa degli Ebrei, che cioè egli fosse il re dei Giudei (καθὼς εἶπαν οἱ Ἰουδαῖοι ὅτι βασιλεύς ἐστιν τῶν Ἰουδαίων)<sup>15</sup>.

In questa testimonianza, in particolare, si opera un preciso riferimento alla 'sentenza (ἡ ἀπόφασις)', al '*titulus crucis* (ὁ τίτλος)' – sulla cui precisa rilevanza giuridica si dirà più avanti<sup>16</sup> – e all'"accusa" (formale)<sup>17</sup> mossa dagli Ebrei a Gesù d'essere 'Re dei Giudei' (βασιλεύς τῶν Ἰουδαίων)<sup>18</sup>.

14. V. anche oltre, §§ 4-5, circa la 'fase esecutiva' e le 'conclusioni' (v., sostanzialmente, già F. MILLAR, *Riflessioni sul processo a Gesù*, in *Gli Ebrei nell'impero romano*, A. Lewin [a cura di], Firenze, 2001, pp. 77-98, ed ora A. SCHIAVONE, *Ponzio Pilato. Un enigma tra storia e memoria*, Torino, 2016, *passim*: cfr. anche oltre, nt. 39).

15. Nicod., gr. A, 10.1: sul punto v. M. MIGLIETTA, *Rapporti tra autorità nella Palestina*, cit., pp. 16 ss.

16. V. oltre, § 4.

17. Il relativo termine compare anche in Nicod., gr. A, 4.2, 9.5 e Pap. copto To. 3.1, 4.1, 4.2 e 6.7.

18. Concetto, questo, insistito negli apocrifi: Vang. Pt. 4.11 e cfr. 3.6-9; Nicod., gr. A, 1.1 (con l'endiadi 'figlio di Dio e Re'), e cfr. 1.2, 4; 4.5; 9.1-2, 5: sul punto, M.

## 2. I protagonisti

La prima domanda che deve essere posta alle nostre fonti è quella relativa al ruolo rivestito dai principali poteri intervenuti nella vicenda, ossia il Gran Sinedrio di Gerusalemme e il prefetto di Giudea, Ponzio Pilato.

Non vi è dubbio che, per antica usanza (risalente sin all'epoca della municipalizzazione della penisola italiana), Roma procedesse alla propria 'espansione' attraverso un'azione intelligente, cauta e pragmatica. Si trattava, a ben vedere, di un'operazione ben diversa dal colonialismo moderno – che tende ad eliminare quanto incontra sul proprio cammino, sia storicamente che culturalmente – e dal contemporaneo neocolonialismo, che sfrutta senza alcun ritegno etico le risorse delle Nazioni economicamente controllate. Roma, al contrario, conquistati i territori stranieri – come nel caso della Palestina – procedette ad un'opera di normalizzazione, consistente nella pacificazione del territorio ma, soprattutto, nella conservazione di norme, tradizioni e autorità locali (come dirà lo storico antico Giuseppe Flavio, Augusto ed Agrippa consentirono ai Giudei di «vivere secondo le proprie usanze conformi alle leggi dei loro padri»)<sup>19</sup>.

In particolare, nel luogo della vicenda che qui ci occupa, venne conservato il Gran Sinedrio di Gerusalemme, che era la massima autorità amministrativa, civile, religiosa, giudiziaria del popolo israelita, competente anche per il controllo della legislazione interna al popolo d'Israele. A questo organo venne, inoltre, attribuita la funzione di svolgere l'attività istruttoria nei procedimenti criminali che ricadessero sotto la legge penale romana e in tutti quelli che prevedessero la comminazione della pena capitale. È certo, infatti, da una serie di fonti – le quali mostrano l'infondatezza della teoria del cosiddetto *exsequatur*<sup>20</sup> – che diversi anni prima della vicenda di Gesù, Roma avesse sottratto alle autorità ebraiche la facoltà di emettere ed eseguire sentenze di condanna a morte. Questo potere era stato riservato – in via esclusiva – al magistrato romano: e questo è anche comprensibile, poiché si trattava dell'esplicazione del potere di mettere a morte sudditi e cittadini romani, potere delegato dall'imperatore ai suoi funzionari, e che non poteva, dunque, essere condiviso con autorità locali prive della cittadinanza romana. Dal canto suo, dunque, il magistrato romano – il *praefectus Iudaeae* (così esattamente dalla iscrizione scoperta nel 1961 dalla spedizione archeologica italiana diretta dal

---

MIGLIETTA, *Rapporti tra autorità nella Palestina*, cit., pp. 15 ss.

19. Ios. FL., *Ant.* 16.6.2.

20. Sul punto rimando a M. MIGLIETTA, *I.N.R.I.*, cit., pp. 183 ss.

Frova a Cesarea Marittima, che riporta le seguenti parole: <Po>ntius Pilatus – <praef>ectus Iudaeae – <fécit><sup>21</sup> – era titolare, pertanto, della 'fase del giudizio', una volta che l'organo istruttorio (il Sinedrio, appunto) avesse raccolto le prove contro l'imputato e avesse ritenuto quest'ultimo meritevole d'essere deferito alla cognizione del magistrato stesso.

È improprio, pertanto, parlare di due o più processi a cui sarebbe stato sottoposto il Nazareno. Alcuni autori – che evidentemente dimostrano di aver scarsa dimestichezza con le categorie giuridiche – hanno parlato, ad esempio, di un processo 'religioso' davanti al Sinedrio e, addirittura, di un processo 'civile' (*sic!*) davanti a Pilato. In realtà si è trattato di un unico procedimento, scandito nelle 'classiche' fasi istruttoria, del giudizio ed esecutiva, in ciascuna delle quali i protagonisti hanno adempiuto ai loro rispettivi compiti. Si trattò, quindi, di un procedimento sviluppatosi in più momenti, funzionalmente collegati, ma unitariamente finalizzati alla emissione della sentenza: anche in questo senso, un vero 'processo' (dal verbo *procedere*).

### 3. Imputazioni e fasi processuali. La fase istruttoria avanti al Sinedrio

Come detto appena prima, il Sinedrio svolgeva la funzione di giudice istruttore per i procedimenti che rivestissero una certa rilevanza per il diritto criminale romano, compresi quelli che comportavano la comminazione della pena di morte. Quale fu, allora, l'imputazione mossa contro Gesù? Testo fondamentale risulta essere quello di Luca, poiché risulta essere quello maggiormente dettagliato sul punto:

Quest'uomo lo abbiamo trovato mentre sobillava la nostra gente; proibiva di pagare i tributi a Cesare ed affermava di essere il Cristo-Re<sup>22</sup>.

Il passo lucano allude alle imputazioni di lesa maestà (nella duplice forma sia della sollevazione popolare, sia dell'attività tesa ad ostacolare la raccolta delle imposte) e della *adfectatio regni* (ossia la proclamazione di sé stesso quale Re – ovviamente, nel caso di specie, di Israele<sup>23</sup> o della

21. V., in particolare, L. BOFFO, *Iscrizioni greche e latine per lo studio della Bibbia*, Brescia, 1994, pp. 217 ss., e, ora, ampiamente, M. MIGLIETTA, *I.N.R.I.*, cit., pp. 117 ss. (132 ss., in particolare), ed ancora 222 e nt. 53.

22. Lc. 23.2, 5.

23. Così nel Vangelo di Pietro (vv. riportato sopra, nt. 18).

Giudea<sup>24</sup>). Si trattava di imputazioni assai gravi e rilevanti per il diritto romano, e come tali degne della cognizione del magistrato romano.

A questo riguardo, tuttavia, la dottrina ha interposto un'eccezione. Davanti al Sinedrio, infatti, si sarebbe trattato di fatti di natura religiosa, ossia della messianicità di Gesù e della sua filiazione rispetto a Dio. Questo profilo si sarebbe – per così dire – dissolto, invece, davanti a Pilato, per 'tramutarsi' nell'accusa di lesa maestà. Procedendo da questa obiezione si è giunti alla conclusione che i Sinedriti fossero stati mossi da esclusivo odio (religioso e politico) verso Gesù, appena dissimulato nelle forme del processo, e che la consegna dell'imputato al magistrato romano fosse avvenuta modificando il capo di imputazione, con evidente mala fede, ossia accusando il Nazareno di reati diversi e pertinenti l'ordinamento romano, poiché Pilato non avrebbe di certo proceduto ad emettere una sentenza di condanna – per di più capitale – sulla base della commissione di illeciti religiosi, ovvero di esclusivo interesse per la cultura e per la religione ebraiche. Se la premessa fosse valida, allora – come conclude questa parte della dottrina – saremmo in possesso della prova che il Sinedrio fu 'colpevole' per la morte di Gesù, avendo provocato l'azione del prefetto di Giudea Pilato contro la realtà dei fatti e le risultanze probatorie.

A sostegno di tale conclusione si è osservato, inoltre, che nella seduta davanti al Sinedrio (ossia nel corso della fase istruttoria) sarebbero state commesse numerose irregolarità, tali di inficiare la validità dell'intero procedimento. Queste dimostrerebbero, ancora una volta, la cattiva coscienza e, pertanto, il pregiudizio dei sinedriti. Infatti, alla luce delle narrazioni evangeliche:

- I. i testimoni apparirebbero essere stati addirittura subornati<sup>25</sup>;
  - II. la seduta del Sinedrio si sarebbe tenuta di notte, contro le regole rituali ebraiche;
  - III. l'accertamento della reità sarebbe avvenuto soltanto dopo la testimonianza (peraltro unica) emessa dello stesso Gesù, mentre per l'ordinamento ebraico un solo testimone non sarebbe stato sufficiente per giungere al verdetto di colpevolezza e alla relativa condanna;
  - IV. Gesù è accusato soltanto di proclamarsi 'Figlio dell'Altissimo'.
- Analizziamo con ordine tale rilievi.

24. Così nel Vangelo di Nicodemo (vv. riportati sopra, nt. 18), ma v. già Lc. 23.35-38; Gv. 19.19, 21-22.

25. Cfr. Mt. 26.59-60 e Mc. 14.56 (comunque falsi, anche se non corrotti).

Intanto: se i testimoni fossero stati veramente corrotti, molto difficilmente sarebbero risultati tra loro gravemente contraddittori. E questo è tanto vero che gli stessi sinedriti parrebbero non aver tenuto conto delle relative dichiarazioni<sup>26</sup>. Del resto, chi possieda un minimo di esperienza forense è consapevole del fatto che se i testimoni non affermano le stesse, identiche cose, probabilmente sono testimoni attendibili. Qualunque giudice, per contro, sa di dover dubitare di più testimoni concordi, poiché questo significa, in genere, sintomo del fatto d'essere stati istruiti ad arte. Probabilmente i testimoni furono semplicemente discordi, e gli Evangelisti hanno riletto (tematicamente) il fatto, per insistere, in altri termini, sulla prevenzione del Sinedrio e delle autorità ebraiche ai danni di Gesù.

Inoltre: la regola del divieto di seduta notturna per celebrare un processo criminale è stata formalizzata soltanto alcuni secoli dopo la vicenda di Gesù, pertanto non siamo sicuri che fosse già in vigore allora. Ma anche ammettendo, per amore d'ipotesi, che già fosse applicata (trattandosi di regole sorte in via consuetudinaria bisogna pur accettare che esse richiedessero un ampio lasso di tempo per radiarsi e divenire effettive), in realtà esistono studi assai accurati (si vedano, in particolare, quelli acutissimi e sostanzialmente condivisibili della Jaubert)<sup>27</sup> che hanno dimostrato come all'epoca della vicenda esistessero, in realtà, due calendari. Seguendo una differente scansione del tempo, si può arrivare a concludere che l'Ultima Cena non si sia tenuta il giovedì sera, ma possa essere stata anticipata al martedì. Se così fosse, si dilaterrebbero, allora, i tempi del processo, che si sarebbe dispiegato lungo l'arco di tre giorni, eliminando il rischio di atti irregolari.

Gli Evangelisti si sarebbero limitati a 'comprimere' i fatti in poche ore per evidenti ragioni di forza drammatica dell'esposizione. Qualunque scrittore, infatti, sa che, il *pathos* di una scena è direttamente

---

26. V. Mc. 14.56.

27. A. JAUBERT, *La date della cène. Calendrier biblique et liturgie chrétienne*, Parigi, 1957 (tesi accolta favorevolmente dalla migliore dottrina: v., per tutti, A. GUILLAUMONT, *Rec.*, in *Revue de l'histoire des religions*, 155.1, 1959, pp. 94-95), secondo cui il giorno di celebrazione della cosiddetta 'ultima cena' sarebbe stato il martedì, e non il giovedì, dilatando in questo modo lo sviluppo degli avvenimenti e, di conseguenza, la celebrazione delle fasi processuali lungo più giorni (evitando, di conseguenza, di incorrere nelle discutibili 'adunanze' notturne: v'è da chiedersi, poi, perché mai – ragionevolmente – volendo i Sinedriti giungere alla condanna del sedicente Messia, nel caso di loro pregiudizio, o comunque al compimento della loro attività istruttoria – come io sono propenso a ritenere – avrebbero commesso irregolarità tanto palesi ed opponibili).

proporzionale alla sua rapidità, poiché tanto maggiormente l'evento è in grado di impressionare lo spettatore (e, nelle fonti di nostro interesse, l'ascoltatore o il lettore del Vangelo).

Ancora: circa l'interrogatorio di Gesù da parte del Sommo Sacerdote, il momento cruciale è dato dallo scongiuro (tecnicamente, la richiesta di 'rispondere sotto giuramento') rivolto a Gesù circa la propria natura: «Ti scongiuro per il Dio vivente, dicci se sei tu il Figlio dell'Altissimo», alla quale Gesù risponde solennemente: «Tu lo dici, io lo sono!»<sup>28</sup>. Il Sommo sacerdote si straccia, allora, l'orlo della tunica (in segno di scandalo)<sup>29</sup>, e tutti i presenti dichiarano che Gesù è reo di morte<sup>30</sup> (con conseguente, necessaria, consegna a Pilato – davanti al quale l'accusa verrebbe, appunto, cambiata in lesa maestà, per le ragioni sopra illustrate). Ma tutto ciò sarebbe in netto contrasto con la regola processual-criminale ebraica secondo la quale un 'solo testimone non sarebbe sufficiente' per la condanna. Di fronte a questa obiezione, tuttavia, il giurista non può non reagire, poiché, da parte di Gesù non vi fu affatto l'emissione di una 'testimonianza' (ossia l'affermazione circa cose viste o sentite riguardanti altri) bensì, al limite, di una 'confessione' (ammissione, in questo caso in udienza, circa la propria colpevolezza), mezzo di prova assai diverso, e che non può che provenire in via esclusiva dall'imputato, la quale confessione, come tale, non è certo soggetta ai limiti previsti per la testimonianza.

Amnesso, in ogni caso, per amore di completezza, che la confessione potesse essere stata, in quell'epoca, equiparata ad una testimonianza; che le fasi processuali si fossero svolte, comunque e tutte, nel corso della notte; e persino che i testimoni fossero stati subornati, sussiste, tuttavia, un elemento fondamentale che dirime ogni eventuale irregolarità. Davanti allo 'scongiuro' del Sommo sacerdote, Gesù afferma di se stesso qualcosa di (completamente) diverso da ciò che nelle normali traduzioni interconfessionali viene riportato come: «io lo sono» (quale predicato nominale, ossia "afferma di essere ciò che mi chiedi di affermare"). Nel testo greco, Gesù risponde, in realtà, con le parole: ἐγὼ εἰμί, che non può essere tradotto con "io lo sono", bensì con il predicato verbale – segno dell'essenza stessa – "Io-Sono". L'Evangelista, dunque, ricalca la stessa risposta data da Dio a Mosè sul Monte Horeb<sup>31</sup>. Si tratta, in altre parole, della versione

28. Cfr. Mt. 26.63b-64; Mc. 14.61b-62; indirettamente Lc. 22.67-69.

29. V. Mt. 26.65.

30. V. Mt. 26.66.

31. V. *Esod.* 3.14 ss. (e cfr., anche, Gv. 8.57-58 [nonché Gv. 8.21-30]: intorno cui cfr. M. MIGLIETTA, *I.N.R.I.*, cit., pp. 231 ss., 233 in particolare).

greca del Tetragramma sacro YHWH: Gesù, richiesto di dichiarare la propria natura, pronuncia, invece, in modo del tutto imprevisto e sorprendente, l'impronunciabile Nome di Dio, affermando senza alcuna possibilità di fraintendimento di possedere la stessa natura del Dio di Abramo!

Gesù, quindi, non ha testimoniato alcunché; non ha neppure 'confessato' qualcosa, ma ha compiuto un reato davanti ai suoi giudici, in udienza. Ed è, per la religione ebraica, il reato oggettivamente più grave. Non risultava essere necessario, dunque, alcun altro tipo di prova.

Residua, tuttavia, ancora un problema: l'imputazione sembrerebbe rivestire, pur sempre, carattere strettamente religioso, e non parrebbe essere rilevante per il diritto romano. In realtà è necessario riandare al testo di Luca 23.2, 5 (già menzionato), laddove si definisce il Nazareno quale 'Cristo-Re'. Gesù, infatti, con la sua predicazione del tutto originale – diversa da quella di qualunque altro precedente predicatore – e, soprattutto, con il suo riferirsi al vaticinio di Daniele (7.13), che parla del 'Figlio dell'uomo', allude non ad una semplice messianicità, bensì ad una 'identità con Dio, sia nell'agire che nell'essere'. Pertanto, la sua messianicità corrispose – dal punto di vista dell'ortodossia ebraica – ad una violazione della 'santità di YHWH' (e, quindi, dell'ordinamento ebraico), ma, nello stesso tempo, anche della 'maestà dell'imperatore romano', come dimostra il richiamo al Salmo 110<sup>32</sup>. Il 'figlio dell'Uomo' infatti è pari nella sostanza a YHWH ed è pure – simultaneamente, inscindibilmente – Re di Israele: ma in quel momento l'unico legittimo sovrano della Giudea era Tiberio. Ci troviamo, in altre parole, di fronte ad un crimine 'plurioffensivo', in grado di offendere, in uno stesso momento – come due facce di una stessa realtà – con il compimento dei medesimi atti, la divinità di Dio e la regalità di Tiberio: ecco perché, giustamente, Luca parla, a proposito delle imputazioni contestate a Gesù, di 'Cristo-Re (χριστὸς βασιλεύς)'. Ed è forse la ragione per cui Anna, suocero di Caifa, potrebbe averlo realmente interrogato «sui suoi discepoli e sulla sua dottrina»<sup>33</sup>.

#### 4. *Dinanzi al prefetto di Giudea: la fase del giudizio. La fase esecutiva*

L'imputato viene così ritualmente deferito, e con modalità processuali sostanzialmente corrette, alla cognizione del magistrato romano, con le

32. Per questa connessione v., da ultima, A. BELLODI ANSALONI, *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Torino, 2007, p. 485.

33. Così, tuttavia, nella sola redazione di Gv. 18.19.

accuse dettagliatamente elencate dal terzo Evangelista. Il magistrato romano valuta le istanze probatorie con una diligenza che appare, per l'epoca e per il rango dell'imputato, senz'altro elevata, tanto che gli autori dei testi evangelici reinterpretono (anche con certa sensibilità psicologica) il suo scrupolo quale volontà di prosciogliere Gesù<sup>34</sup>. Si ha, di conseguenza, la descrizione di una serie di eventi funzionale alla natura 'tematica' delle fonti, qualcuno di essi al limite dell'incredibile: Pilato tenta ogni via per liberare Gesù; viene introdotto addirittura il sogno della moglie, la quale sconsiglia di prendere parte alla vicenda di quel 'giusto'; il magistrato opera l'invio di Gesù ad Erode nonché il tentativo di scambio con Barabba; la flagellazione quale estremo conato di dare soddisfazione al popolo (e non quale era effettivamente una pena accessoria rispetto a quella capitale); la lavanda delle mani.

Sulle pericopi di Erode e di Barabba – ritenute da taluni autori prive di ogni fondamento storico – in realtà credo che si debba essere molto cauti.

Nel primo caso, vi è stato probabilmente un tentativo del magistrato romano di ottenere ulteriori informazioni – data la gravità delle accuse – per conoscere qualcosa di più preciso circa la predicazione di Gesù nella terra soggetta alla autorità del signore locale, Erode Antipa, ossia la tetrarchia di Galilea e Perea. Il reato, infatti, era un reato continuato, iniziato in Galilea e proseguito – senza apparente soluzione di continuità – in Giudea. Probabilmente da parte di Pilato fu un 'atto di cortesia' tra poteri, che deve aver dato i suoi frutti se, come afferma Luca,

Pilato ed Erode da quel giorno divennero amici mentre prima c'era stato tra loro reciproco odio [*così, alla lettera, nel testo greco:*  
 προῦπῆρχον γὰρ ἐν ἔχθρᾳ ὄντες πρὸς αὐτοῦς]<sup>35</sup>.

Per l'analisi storica (e, soprattutto, storico-giuridica) di questi due episodi sarebbe molto importante la verifica dei dati che emergono dalle fonti apocrife (soprattutto dal cosiddetto Vangelo di Nicodemo). Sebbene l'economia del discorso sconsigli di aprire parentesi che condurrebbero troppo oltre, si può, tuttavia, osservare che nel caso della proposta di scambio con Barabba, non si è trattato di un semplice espediente del

34. V. Mt. 27.23; Mc. 14.14; Lc. 23.4, 14-16; Gv. 18.38 (anche se il tenore 'tematico' dell'affermazione è contraddetto dall'interrogatorio condotto in precedenza – vv. 18.37a-b, in particolare).

35. Lc. 23.12b. Per una proposta di interpretazione della complessiva pericope lucana cfr. M. MIGLIETTA, *I.N.R.I.*, cit., pp. 57 ss.

prefetto romano per liberarsi dalla scomoda responsabilità di dover decidere a favore o contro un noto capopopolo. Barabba, infatti, non era un semplice brigante, come comunemente viene disegnato da certa storiografia poco accorta, bensì era accusato dello stesso capo di imputazione – ossia di *laesa maiestas* – per aver commesso atti di sovversione armata seguiti da omicidio, atti che, all'epoca, non erano considerati di maggiore gravità rispetto alla proclamazione regale che taluno potesse fare di se stesso, contro l'autorità del *Princeps* di Roma<sup>36</sup>.

In ogni caso, e per tornare al punto, esaurita la fase del giudizio, Pilato emise legittima sentenza di condanna a morte, sulla base del diritto romano, e applicando una pena tipicamente romana (la crocifissione), pena che risulta essere stata abolita dall'ordinamento ebraico sin dal regno di Erode il Grande (73 a.C.[?]-4 a.C.), e, pertanto, presumibilmente mezzo secolo circa prima della vicenda di nostro interesse<sup>37</sup>.

L'intera fase esecutiva prova che la sentenza di condanna fu eseguita da soldati romani e con modalità romane (si veda, ad esempio, la presenza del centurione o dell'*exactor mortis*, ossia dell'ufficiale incaricato di verificare il decesso dei condannati)<sup>38</sup>. E la conclusione correlata secondo cui sia stato Pilato ad emettere una formale sentenza di morte lo dimostra anche la presenza dell'iscrizione sulla croce: il *titulus crucis*, che corrisponde alla formale motivazione della sentenza di condanna. Va osservato, infatti, che se Pilato non avesse emesso una sentenza (ma si fosse limitato a rilasciare Gesù alla volontà delle autorità ebraiche – oppure, come negli ultimi tempi, laddove si è nuovamente cercato di accreditare l'ipotesi che non sia mai stato celebrato alcun 'processo')<sup>39</sup> non avrebbe fatto scrivere ed affiggere il *titulus*: non si motiva, infatti, qualcosa di giuridicamente inesistente; né si esegue qualcosa che non sia stato disposto. A tacere della testimonianza conforme delle nostre fonti, e, in particolare, delle stesse fonti apocriefe, laddove si dichiara espressamente che Gesù «ricevette la sentenza da Pilato (ἀπόφασις ἔλαβεν ἀπὸ Πιλάτου)»<sup>40</sup>. Inoltre è necessario osservare, e concludere, che tale motivazione fosse 'formale'. Questo è dimostrato dal fatto che Pilato si sia rifiutato di rettificare la scritta del

36. Per approfondimenti sul tema, cfr. L. BOVE, "Chi volete che vi liberi, Barabba o Gesù?" (*Matth. 27,17*): il *privilegium paschale*, in *Il processo contro Gesù*, F. Amarelli – F. Lucrezi (a cura di), cit., pp. 197 e ss. e M. MIGLIETTA, *I.N.R.I.*, cit., pp. 105 ss.

37. V. M. HENGEL, *Crocifissione ed espiazione*, Brescia, 1988.

38. Cfr. Gv. 19.31-34.

39. V., in particolare, A. SCHIAVONE, *Ponzio Pilato. Un enigma tra storia e memoria*, cit. (v. anche sopra nt. 14).

40. Cfr., nuovamente, Vang. Nicod., gr. A, 16.8.

*titulus*, essendo l'emanazione della sentenza e la contestuale motivazione non modificabili: «Gli dicono i Giudei: "Non scrivere che è Re dei Giudei, ma che si è detto Re dei Giudei". Pilato rispose: "Ciò che ho scritto, ho scritto (*quod scripsi scripsi*)»<sup>41</sup>.

Un ultimo particolare, a questo riguardo, ci riporta ancora al tema delle imputazioni a carico di Gesù. Il testo completo del *titulus crucis* ci è stato conservato (solamente) dal quarto Vangelo (Gv 19.19):

Ἰησοῦς ὁ Ναζωραῖος ὁ Βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων.

La traduzione che, in genere, viene data è la seguente: «Gesù *il Nazareno* Re dei Giudei». In realtà, il termine Ναζωραῖος è un ἄπαξ λεγόμενον, ossia si ritrova soltanto, in letteratura greca, all'interno degli Scritti neotestamentari (ripreso, poi, ampiamente in quella patristica). Cosa significasse precisamente il termine è stato oggetto di discussione. Certo non poteva alludere alla città di Nazareth (altrimenti si sarebbe dovuto trovare indicato Ναζαρενός oppure Ναζαρετός). Assai probabilmente Ναζωραῖος vuol dire qualcosa di assai prossimo a 'Predicatore'<sup>42</sup>. Il titolo della croce, dunque, deve essere così riletto:

Gesù 'il Predicatore' il Re dei Giudei.

Pertanto, nella motivazione formale della condanna, Pilato ha fissato il duplice aspetto della imputazione di Gesù, ossia la sua 'plurioffensività'. La 'predicazione' riguarda, infatti, il risvolto religioso dell'accusa (quella di blasfemia) – peraltro, com'è da notare, comunque considerata dal magistrato romano – e la 'regalità', riguarda il profilo proprio della lesa maestà. Si consideri che, tuttavia, tra i due profili non sussisteva una cesura netta: momenti di contatto tra le "due facce" della imputazione non erano assenti. La profezia circa la distruzione del Tempio, infatti, poteva essere considerata crimine sia presso i Romani sia presso gli Ebrei. Girare con armi, parimenti, era vietato da entrambi gli ordinamenti (e, nell'orto del Getsemani, il seguace Pietro sfodera la spada e colpisce l'orecchio del servo del Sommo sacerdote – segno che egli, invece, *ambulabat cum telo*)<sup>43</sup>.

41. V. Gv. 19.21-22.

42. Cfr., infatti, l'ampio studio iniziale, in tema, di E. ZOLLI, *Il Nazareno. Studi di esegesi neotestamentaria alla luce dell'aramaico e del pensiero rabbinico*, Udine, 1938 [ried.: Cinisello Balsamo, 2008].

43. Cfr. Gv. 18.10-11, alla luce di Marcan., 14 inst., D. 48.8.1 pr. e § 3.

## 5. Conclusioni

Possiamo, dunque, delineare le seguenti conclusioni.

Il processo subito da Gesù pare essere stato improntato ad un complessivo rispetto delle norme allora in vigore, sia sostanziali sia procedurali, e si può dire che sia stato, nella sostanza, legittimo. Persino (relativamente) garantista – se un concetto tanto moderno possa essere adattato ad una realtà così lontana nel tempo. Fatte salve, naturalmente, le eventuali responsabilità personali, che sfuggono, tuttavia, ad una identificazione e ad una valutazione precise.

Certo può suscitare "scandalo" pensare a Gesù – per la nostra 'cultura cristiana', Gesù Cristo – come ad un 'bestemmiatore' (e, per il nesso evidenziato, un reo di lesa maestà). Dal punto di vista del giudaismo palestinese ortodosso dell'epoca, tuttavia, sarebbe stato difficile concludere per un diverso giudizio, laddove non si fosse creduto in Lui come l'atteso dei secoli. Questa è stata la discriminante decisiva: chi ha avuto fede in lui – come i discepoli e come le comunità che hanno germinato gli Scritti neotestamentari – non ha certo potuto ritenerlo un blasfemo o un delinquente. Chi, invece, non ha aderito alla fede in Lui, quale atteso dei secoli, non ha potuto non considerarlo tale – e, come si deve onestamente concludere, da quella particolare prospettiva culturale e giuridica, anche 'a ragione'.

# PHILOSOPHY OF LAW

*According to our legal system, the study of the Philosophy of Law is essential and indispensable. This is due to the fact that Western legal heritage consists of an increasingly complex process of refinement and modernization oriented towards the enhancement of the individual and the promotion of his fundamental rights and freedoms.*

*The idea that law needs to be dependent and closely related to other disciplines, such as philosophy, sociology and ethics, has long been established. Therefore, there is an indisputable link between the individual and the collectivity because social relationships implicate the conflict between rights and freedoms belonging to all of them and other legal spheres. In this instance, the irreducible role of the Philosophy of Law emerges. One of its purposes is to give substance to the concept of justice, which consists of the main criteria that drive legal experts in the resolution of disputes and in the legislative process.*

*More specifically, in legal procedures, the role of the parties and the judge appears to be fundamental. A judge is not considered "bouche de la loi" anymore however, on the contrary, he has a "co-creative" function in law. The idea that he has a declarative role (Legal Positivism; Analytical Philosophy) has been almost completely abandoned and substituted by the view that the judge has an essential role in the interpretation of positive law (Legal Interpretivism). In support of this, two references can be made: the technique of the balancing of rights adopted by all the courts and the judgment on reasonableness adopted by the Italian Constitutional Court (in Italian "tecnica del bilanciamento dei diritti" and "giudizio di ragionevolezza"). Both responsibilities are founded on the principle of justice and on the idea that rights are relative because they are limited by the existence of other interests. Moreover the judge and the parties aspire to find the truth through argumentation and dialogue i.e. on the basis of the adversarial principle.*

*At this juncture, the point of view expressed by Professors Federico Puppo and Paolo Sommaggio in their articles combine and integrate. In the first article, Puppo gives consistency to the idea that law and philosophy are structurally connected. By doing so, he underlines the role that truth and dialogue have in*

the philosophical knowledge and in the legal reasoning. In the second article, Sommaggio, instead, highlights the adversarial principle. He starts from the faulty judicial experience in the Italian legal system and then analyzes the logical and rational structure of this foundation, based on the Socratic assumptions. Since 1989, Italy has been the home of several reforms, heading towards a progressively extensive adoption of the adversarial model of criminal procedure, culminating on the 23<sup>rd</sup> of November 1999 with the introduction of the adversarial principle known as *contraddittorio* in the wording of Article III of the Italian Constitution. This principle constitutes a particular connotation of the Italian criminal jurisdiction as it guarantees the full exercise of the right to the trial, and therefore to defense, implementing the dialectical process, proper to a criminal system of an accusatory type. Almost two decades later, the full awareness to the value of the *contraddittorio*, as a figurative place where the dispute takes place through rational and discursive confrontation, still seems to be missing. This is the issue of concern in the article by Professor Sommaggio as it intends to investigate the maieutic force and the parrhesiastic value of the *contraddittorio*, in light of Platonic dialogues.

The clashing of the parties in the dispute gives life to a relationship that allows the unfolding of something – “a product of incessant judgment, subjected to critical argument”<sup>1</sup> – that overcomes the particular claims of the litigants escaping their full control, showing the presence of something common to both. However, the emerging truth, derived from the dialectical process, does not overwhelm the partial truths: it orders and unites the claims of the actors in a coherent structure of which both are expression.

*[D]ie Wahrheit liegt bei einem solchen Gegenstand nicht in der Mitte, sondern rundherum wie ein Sack, der mit jeder neuen Meinung, die man hineinstopft, seine Form ändert, aber immer fester wird. [For the truth is to be found not in the subject but around the outside, like a sack which changes shape every time a new opinion is stuffed in, but grows firmer all the while.]<sup>2</sup>*

SAMUELA MARCHIORI – MARTINA CARPENZANO

---

1. H. W. J. RITTEL & M. M. WEBBER, *Dilemmas in a General Theory of Planning*, 4 *Policy Science* 155, 162 (1973).

2. R. MUSIL, *Das hilflose Europa: oder Reise von Hundertsten ins Tausendste*, in ID., *Precision and Soul: Essays and Addresses*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, 116 (1922).

# On the Nature of Philosophy of Law

FEDERICO PUPPO\*

Summary: 1. Introduction. – 2. The Transcendental Nature of Dialogue and Philosophy. – 3. Dialogue in Legal Domain. – 4. An Insight On Truth. – 5. A Possible Conclusion.

*Abstract:* the main thesis discussed in this article is that it seems reasonable to argue in favour of a strict and structural connection between philosophy and law, so that philosophy of law – interpreted as a metaphysical questioning on law – is a key component of law and legal knowledge that is not possible to eliminate. This conclusion is reached by reflecting on philosophy, following the explanation given by Enrico Berti, who classifies it as kind of knowledge dialogical, all-absorbing and problematic in its nature, so to be, as Aristotle himself explains, transcendental and undeniable. This same feature is the one that is possible to attribute to dialogue and truth, that are really interrelated and connected with philosophy (and so with philosophy of law): for this reason, also a brief inquiry on the nature of truth, following the explanation given by Franca D'Agostini, is presented in the article, arguing for a realistic and Aristotelian conception of truth.

## 1. *Introduction*

The aim of this paper is to present some short reflections on the nature of philosophy of law, by explaining, at first, what kind of knowledge is the philosophical one and, then, by showing the relations, if any, between philosophy and law. The thesis I would like to discuss is that the relation between philosophy and law, from a methodological point of view,

---

Already published, with the same title, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Número Especial: 2nd Conference Brazil-Italy, 2017, pp. 101-120, DOI: 10.12818/P.0304-2340.2017vBIp101.

\* Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Trento; he teaches courses in Philosophy of Law, Deontology and Conduct of Legal Professionals, Informatics and Legal Research.

is not accidental and so philosophy of law is a basic component of legal thinking, with its specific identity. I argue that such identity rests on the essence of philosophical and legal knowledge, being dialogical in nature.

In an essay on legal reasoning, published in a previous collected volume of Brazilian and Italian scholars in law<sup>1</sup>, I have already reflected on the nature of dialogue by looking at this issue from a legal philosophical and methodological perspective. As explained there, after the so called "argumentative turn", it is quite clear that the communicative context in which legal reasoning is developed is a dialectical one, where it is not possible to reduce dialogue to one of its aspect or a mere procedure of rational speech, despite Alexy's, Aarnio's or Peczenik's proposal.

On that occasion, to argue another conception of dialogue, we remembered that, in the Western philosophical tradition, it is possible to see a strict and essential link between philosophy and dialogue. This was one of the basic cornerstones of our legal reasoning's conception and is still fundamental to explain why philosophy and law are so interconnected.

## 2. *The Transcendental Nature of Dialogue and Philosophy*

So, once again, Enrico Berti's opinion is our starting point. In our tradition

philosophy has been essentially seen as *logos*, in the word's great sense, namely not as a mere 'discourse', semantic (exclamation, prayer, order, etc.) or apophatic (statement, assertion, announcement, revelation, observation, discovery, testimony), but as 'argumentation' .... By 'argumentation' I intend a discourse which is not limited to saying how things stand, but which tries to justify, to motivate, to demonstrate what it asserts, to bring reasons, to 'account' for itself<sup>2</sup>.

The distinctive form of argumentation we find in philosophy is dialectical confutation, "that is to say to state the truth of a statement through the verification of the [logical] impossibility of the statement opposite to the first one"<sup>3</sup>. From this point of view, dialectical confutation is the

---

1. F. PUPPO, *A dialogical perspective on legal reasoning*, in *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal System*, Trento, 2015, p. 61 ss.

2. E. BERTI, *Logo e dialogo*, in *Studia Patavina*, 1995, p. 1; disponibile a <http://www.ilgiardinodeipensieri.eu/storiafil/berti95.htm> (last visited Mar. 4, 2015).

3. *Ibid.*, p. 2.

result of a dialectical confrontation i.e. of a dialogue which entails argumentation. In its turn,

dialogue is defined as goal-directed type of conversational exchange in which two parties reason together, taking turns to ask questions, give replies, and put forward arguments to each other<sup>4</sup>.

If we take a "structural" point of view, dialogue presents this basic dimension: two (or more) people in reciprocal relation, speaking together about a common topic, searching for an affirmation of truth putting into question the different opinions they argue, trying to confute the opponent's one. This is valid for fictitious dialogue too since it is sufficient to say that one is obliged to imagine an opposite opinion and so another interlocutor. I think it is possible to say that, from an ontological point of view, in a dialogue we do have:

- I. difference. This is the difference of dialectical opposition among opinions discussed in dialogue, and the difference of subjects involved in it;
- II. identity. This is the identity indicated by the intercommunity of topic, since we have a common topic with different points of view;
- III. relationships. This is the relationship between subjects and between subjects and topic, since different subjects speak together about a common topic.

In other words, I think we can say that dialogue is the place in which we find difference and identity and relationship among them.

However, according to Berti (and we share the same opinion), when we speak about dialogue, we are referring to a concept of dialogue in a strict sense:

dialogue ... in a strong sense, is not a simple conversation, but a discussion, a comparison between opposite theses, aiming to determine which of them is true and which of them is false. ... From this point of view, dialogue, for philosophers, is not a mere state of affairs, or only an ethically advisable behaviour, but a sign of willingness to listen, of respect of others, of self-criticism. Dialogue is the unavoidable condition of dialectically

---

4. D. WALTON, *Legal Argumentation and Evidence*, The Pennsylvania State University Press, University Park, 1992, p. 16, fn. 2.

arguing, and so of philosophically thinking. ... I consider dialogue not simply a fact, but a transcendental structure of philosophical argumentation, given its non-apodictic, namely monological, nature, which is dialectical, therefore dialogical<sup>5</sup>.

The key word here is "transcendental": to explain what philosophy (and philosophy of law) is, it is in fact necessary to remember that, among other possible meanings, "transcendental" means undeniable. Dialogue, in other words, is a transcendental structure of philosophical argumentation – but, I would say, of every kind of rational inquiry – since it is not possible to deny it.

In fact, it would be possible to deny dialogue if and only if somebody brings it into question. To do this, he/she is obliged to carry out a dialogue (maybe a fictitious one, but this is not important)<sup>6</sup> to determine which claim is true: the one which states dialogue is undeniable or the one which states it is not. To deny dialogue it is necessary to make a dialogue and so, dialogue is undeniable and, therefore, transcendental.

It is a very peculiar situation, which echoes Aristotle's *Protrepticus*, in which he encourages young men to philosophize, by claiming that

If we ought to philosophize we ought to philosophize, and if we ought not to philosophize we ought to philosophize; in either case, therefore, we ought to philosophize. If philosophy exists we ought certainly to philosophize, because philosophy exists; and if it does not exist, even so we ought to examine why it does not exist, and in examining this we shall be philosophizing, because examination is what makes philosophy.

From this point of view, philosophy, as dialogue, is undeniable. In other words, philosophy is necessary. In fact, it is impossible to not philosophize, since if we want to say that it is not necessary to philosophize we are obliged to assume a philosophical position, precisely the one according to which it is not necessary to philosophize. So, whether somebody wants to philosophize or not, it is necessary to philosophize. The necessity of philosophy is in this way explained.

---

5. E. BERTI, *supra* note 49, pp. 3f.

6. "When somebody says that dialogue could be fictitious too, it hints at the possibility that someone holds talks with himself, that is to say someone who represents to himself the negation of his own position trying to confute it" (*ibid.*).

### 3. *Dialogue in Legal Domain.*

If we are in dialogue, truth is the focus of our discussion. In a 'pure' philosophical dialogue, we use dialectics but this is not the only type of dialogical situation we are involved in.

In the legal domain, normally, we face different types of situation: to simplify political debates (if we are in lawmakers' domain) or trial (if we are in judicial domain). In these dialogical dimensions, we find people with different opinions who discuss their own opinions and a third party (the political audience or the judge) who has to be persuaded by parties involved in the controversy.

Dialectics, however, are not sufficient for this kind of reality, and we need something more complex and wider; we need rhetoric, which is dialectic with something more. It is still argumentation, but more complex, since dialectic, in its pure form, is mainly confined to the use of logical tools. It is, mainly, the domain of *logos*. An example of dialectical confutation is the one we proved during the discussion on the transcendental nature of dialogue: it is a typical logical operation.

In comparison, when we are in political or legal fields (which means the judicial field too), *logos* is not sufficient to reach the aim of persuading our audience: we also need *pathos* and *ethos* – both of which assume a fundamental role. In other words, and in my opinion, *pathos* and *ethos* are also present in the pure dialectical field, as *logos* is, but in this field, *logos* is the main character. In rhetorical fields, *pathos* and *ethos* increase their own role. In other words, we must think not only to the logical part of our discourse, but also to the domain of emotions and character involved in discussion. Consider

the materials to be used in supporting or opposing a political measure, in pronouncing eulogies or censures, and for prosecution and defence in the law courts. ... Since rhetoric exists to affect the giving of decisions – the hearers decide between one political speaker and another, and a legal verdict is a decision – the orator must not only try to make the argument of his speech demonstrative and worthy of belief; he must also make his own character look right and put his hearers, who are to decide, into the right frame of mind<sup>7</sup>.

---

7. ARISTOTLE, *Rhetoric*, II, I, 1377b.

Here, I cannot analyse the way by which *logos*, *ethos* and *pathos* could live together and could work together. I deem that we cannot forget we are always in a dialogue-domain, in the strong sense. Argumentation, based on *logos*, *ethos* and *pathos*, is still directed to truth. By saying this, I would like to emphasize, against relativism, that in legal domain truth (as in every kind of dialogical domain) is, another time, undeniable; when we think of legal discussion we cannot deny the presence of truth.

Obviously, a deep discussion of this point would be completely outside our first intention but I think that a brief analysis of the concept of truth, involved in my conception, cannot be avoided.

#### 4. *An Insight On Truth*

At this point, it is necessary to discuss the concept of truth: to do so, I will share Franca D'Agostini's explanation of truth<sup>8</sup>. According to her, truth is 'something' we always meet in our discourses: it is so present that normally we do not need to think about truth or we speak without specifying that which we are saying to be true.

For example, I may say "Today it is Wednesday", it seems that it is not necessary to speak about truth, but what I am really saying is "It is true that today it is Wednesday" or "Today it is true that it is Wednesday."

Alternatively, if I say "The pen is on the table", what I am really saying is "It is true that the pen is on the table." And so on.

Therefore, normally we do not think about truth, but in everyday communication we always use it. This is particularly true in an argumentative context. We have already established that dialogue is truly dialogue when it is directed towards the search of truth: and, as dialogue, truth is also transcendental. Every type of claim we may conceive directed to deny the existence of truth, or to undermine it, exactly implies what they would like to deny or to undermine.

As well known, this claim is typical of sophists and relativism<sup>9</sup>: man is the measure of all things, meaning that there is no absolute truth and that everything is relative. In his dialogue *Theaetetus*, Plato already shows that

---

8. F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, 2010.

9. Relativism may be defined as the theory according to which "the truth (or falsity) of any proposition is always relative to certain sorts of psychological attitudes on the part of the person who states, believes or otherwise judges the truth of the proposition .... A proposition which I state is true only relative to my interests or my point of view. Thus according to relativism so defined, a proposition might be true for me but

it is a self-contradiction. If one postulate that there is no universal truth, one is making at the same time a claim on truth. This claim on truth is that there is no truth. Thus, this claim defeats itself.

The result is the same if we think to other versions of scepticism about truth<sup>10</sup>. For example, you may say that only relative truth exists. This is not possible, since by saying this, it is necessary to admit that your claim about truth (being true) is relative and so universal truth exists too.

In addition, you may say that "there is no truth, but this is the only thing that is true". In this way, you would try to escape the problem of self-contradiction given by the claim "there is no truth". It is impossible to admit the claim "there is no truth, but this is the only thing that is true" since every kind of argument you may offer to ground this claim must be true: and so it exists more than just one thing that is true so your claim defeats itself.

Obviously, when we ask what is true or false about our reasoning or claim, we ask about what we say. From this point of view, it is important to remember that reasoning, in itself, is not true or false. Reasoning is either logically valid or not. What is true or false is what we say, not the way by which we say something. Reasoning, in itself, from a logical point of view, is only valid. To reason in a logical way just means to respect the law of logic. Logic is only interested in the formal structure of our reasoning, not in its content. Hence, it is 'how' we think or speak, and not 'what' we think or speak.

When we meet logic, it must be clear that it regards reasoning and argumentation as well, also if, according to someone – for example to Perelman or to his epigones – argumentation is only *pathos* without *logos*. D'Agostini claims that this is not a shareable opinion since logical validity is the first aspect we must evaluate when we have to judge about argumentation<sup>11</sup>. Speaking about argumentation, that is what we do in philosophy and in law, it is possible to remember that an argument may be defined as an attempt to provide evidence or reasons for a point of view. To be more precise, we should say that

we define an argument as a set of reasons offered in support of a claim. The reasons may be presented orally, in a written text, or

---

false for you" (J. SEARLE, *Refutation of Relativism*, 2001, p. 1). And this kind of position must be rejected as inconsistent, as J. Searle himself rightly explains.

10. F. D'AGOSTINI, *supra* note 8.

11. F. D'AGOSTINI, *supra* note 8.

by means of photographs, symbols, and other non-verbal means. They provide the evidence that is supposed to back the claim in question. The claim for which the reasons are given in support is called the argument's conclusion. The reasons are called its premises<sup>12</sup>.

One essential feature of good arguments are acceptable premises i.e. premises the intended audience will or should accept. When we say that argument's premises should be acceptable, we mean that they should be accepted as true by the audience it is addressed to. This is one of the first components of a good argument: true premises. Another key element is a conclusion that is a logical consequence of its premises i.e. a conclusion that follows from these premises.

Put in another way, the conclusion of a good argument is a conclusion we have good reason to accept if we accept its premises. When the conclusion offered is not a logical consequence of the premises, the premises lead in the wrong direction. Even if they are acceptable, this means that they cannot lead us to the conclusion: we should have true premises, but if logic is not respected we must refuse that argument. It is now clear why logic must be a part of argumentation: the evaluation of arguments has to do with *logos*, and not only with *pathos*.

Let's use three examples to better explain this point:

Example nr. 1. True premises; logical consequence;  
conclusion: we must accept it, the conclusion is true.  
If today is Thursday, then Marco will go to work.  
Today is Thursday.  
Therefore, Marco will go to work.

Example nr. 2. True premises; no logical consequence;  
conclusion: we must refuse it, conclusion is false<sup>13</sup>.  
If Juliette is French, then she is European.  
Juliette is European.  
Therefore, Juliette is French.

---

12. L. A. GROARKE & C. W. TINDALE, *Good Reasoning Matters*, Oxford, 2013, p. 7.

13. F. D'AGOSTINI, *supra* note 55. What we do have here is a formal fallacy that we must refuse since it is contrary to the logical valid rule called *Modus Ponens* (or Affirming the Antecedent), according to which: If P, then Q; P; Therefore Q. The example nr. 2 must be rejected for the Affirming the Consequent formal fallacy, according to which: If P, then Q; Q; Therefore, P.

Example nr. 3. False premises, logical consequence, false conclusion.

All men are four-footed.

Socrates is a man.

Therefore, Socrates is four-footed.

This last example nr. 3 shows us that one thing is to look to premises and the conclusion in terms of truth and, another thing, is to look to the logical structure of reasoning. They are independent or, if we are interested in evaluating argumentation, they are linked. To have a good argument we must have true premises and a conclusion that follows from them in a proper logical way. What we do have in example nr. 3, from a pure logical point of view, is a valid argument, however we must refuse it as its premises are false. On the contrary, if we do have true premises and valid reasoning, we may reasonably accept the conclusion as true, failing this we would meet a paradox, that is a valid reasoning, with true premises but false conclusion.

In addition, to evaluate an argument means, among other things, to look at the logical strength of argumentation<sup>14</sup>, since we may have:

- I. the deductively valid argument, i.e. an argument in which the conclusion necessarily follows from the premises (in the sense that it is impossible for the premises to be true and the conclusion false) and
- II. the inductively valid argument, i.e. an argument that is not deductively valid, which has premises that make the conclusion likely. Such arguments are characterized by a more tentative link between their premises and the conclusion.

Moreover, we must remember that, when judging arguments, it may help to consider at least two more premises' feature, namely relevance and sufficiency, to evaluate if premises provide some evidence that makes the conclusion more or less likely and if premises are sufficient to establish that a conclusion is more likely than not.

This picture of arguments' evaluation does not exhaust the analysis of argumentation, but offers a very broad idea about the different levels by which we must look at arguments to accept them or not. As we have already seen, the first one is the logical one. It is extremely important to remember that the very basic logical law that rules every kind of argumentation or reasoning is the principle of non-contradiction. The best

---

14. Ibid.

way to understand what the principle of non-contradiction affirms is to look at Aristotle's *Metaphysics*, according to which it is possible to give three different formulations of the principle which entail, at the same time, its logical, ontological and psychological value:

The most certain of all basic principles is that contradictory propositions are not true simultaneously. ... It is impossible that the same thing belongs and not belongs to the same thing at the same time and in the same respect .... No one can believe that the same thing can (at the same time) be and not be<sup>15</sup>.

In other words, from a logical point of view, the principles of non-contradiction state that contradictory statements cannot both be true in the same sense at the same time. This principle has also an ontological value, since it states that it is impossible that our discourse may refer, in a contradictory way, to what it refers to, in reality<sup>16</sup>. The principle has a psychological value too, since if you believe something (rather: that something is, or is in a certain way), you cannot believe its contradiction.

To come back to truth, we may remember that truth concerns our way of thinking, reasoning and speaking; truth concerns our language and we use "truth" for sentences, which are statements or propositions – here, we use statements and proposition as synonymous. According to Aristotle "a proposition is an affirmative or negative expression that says something of something"<sup>17</sup>. From this, a statement is a truth bearer.

Let's provide examples of sentences that are statements<sup>18</sup>:

It rains.

Wales are mammals.

The door is open or closed.

To kill is a wrong thing.

---

15. ARISTOTLE, *Metaphysics*, 4, 3, 1005b 13-14; 19-20.

16. The discussion of this very basic and important question is offered by R. GUSMANI, *Il principio di non contraddizione e la teoria linguistica di Aristotele*, in *La Contraddizione che noi consente; Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, who finally shows that the right way to read Aristotle's conception of the principle of non contradiction is to conceive a non contradictory relations between discourses and what is said by discourses and not only as a rule to state that discourses must be non contradictory in themselves. This is really important for the comprehension of the realistic conception of truth, that is Aristotelian, we are going to explain.

17. ARISTOTLE, *Prior Analytics*, 24a 16.

18. F. D'AGOSTINI, *supra* note 8.

By looking at them, we may say that:

- I. statement nr. 1 is true if it rains: it is called 'contingent truth', since it depends by the changing state of affairs of the empirical world.
- II. statement nr. 2 is true if wales are mammals: this thing it is stated by an general knowledge, in this case a scientific one. This kind of truth it is called 'extra-contextual truth'.
- III. statement nr. 3 is true by the respect of logical laws: this kind of statements are true for the real meaning of the world we use, they are true in themselves. We do not need to empirically verify the state of affair. It is a tautology: it is always truth. It is a 'logical truth'.
- IV. statement nr. 4 is true if we share the arguments one may offer to motivate its own way of thinking. It is a 'controversial truth'.

So, we should say that we have, at least, four different kinds of truth:

- I. contingent truth.
- II. extra-contextual truth.
- III. logical truth.
- IV. controversial truth.

In each case, the statement is true where the statement corresponds with something external to itself: there is the statement and there is something external to it to which the statement refers to.

In this way, we reach the realistic conception of truth, which is related to the Aristotelian conception of reasoning and to his metaphysical approach. It is a correspondence theory of truth since the truth or falsity of a statement is determined by how it relates to the world and whether it corresponds with that world<sup>19</sup>.

In other words, the correspondence theory of truth claims that true beliefs and true statements correspond to the actual state of affairs. This type of theory attempts to posit a relationship between thoughts or statements on one hand, and things or facts on the other (a relation we have already seen involved in dialogue). John Searle rightly says that this theory is "a relational version of truth but it is not a version of relativism about truth"<sup>20</sup>.

---

19. Be careful: it is possible to say: "whether it describes that world", but I do believe that to use 'to describe' should imply that it is possible to give an objective description of the world – something that is not possible, as post-modern science explains. But we can admit the correspondence theory of truth also if we refuse descriptivism by preferring, for example, constructivism, according to which, very roughly, every description is conditioned by our personal point of view.

20. J. SEARLE, *Against Relativism*, 2010; at <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/refutationofrelativism.rtf> (last visited Jun. 15, 2016).

Statements are true because they correspond to reality and do not contradict it. Aristotle, by giving a definition of truth and falsehood, says that

falsehood consists in saying of that which is that is not, or of that which is not that it is. Truth consists in saying of that which is that it is, or of that which is not that it is not<sup>21</sup>.

By stating this kind of relationship between language and world, it is important to clarify which kind of reference, external to language, we do have i.e. what the 'world' and the 'state of affairs', to which we refer to when we assert a truth, are. It is no more (or not only) a metaphysical question. It is an ontological question as it is necessary to clarify, by saying 'something', what is the thing we refer to, since different types of fact exist to which it is possible to refer to. We may offer three examples:

If I say "It rains", my statement is false since today (while I am writing this line) it is false that it rains, since it shines.

If I say: "The flag of the Republic is the Italian tricolour: green, white and red, in three equal vertical stripes", my statement is true, since it is true that "The flag of the Republic is the Italian tricolour: green, white and red, in three equal vertical stripes": it is established by article 12 of our Italian Constitution.

If I say "Snow White lives with eight dwarfs", my statement is false, since seven are the dwarfs.

Therefore, there are different kind of facts we should refer to: we should have fact to refer to in the strict sense of the word (as it happens in example nr. 1) but we may refer our statement (as it is in examples nr. 2 and 3) to a discourse or to a fictitious world.

From an ontological stance, we must admit a soft idea of fact and reality<sup>22</sup>, thinking about facts that make my thesis true means to refer not only

---

21. ARISTOTLE, *Metaphysics*, 4, 7, 1011b 25.

22. Reality – as explained by F. D'AGOSTINI, *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013 – is not a stone under snow to discover, but it is thought's living bread: what do we have here is the proposal of a dynamic and not static conception of reality

to 'objective fact'<sup>23</sup> but also to imaginary facts, discourses, possible facts, etc. – for example, counterfactual reasoning in trials. In other words, to speak about fact means to speak of every kind of 'thing' to which discourses may refer to. This is very important for legal argumentation as it is a context in which, very often, discussion is about something that is not properly a fact, for example, the interpretation of statutes or the use in trials of representations of facts, i.e. discourses, rather than facts.

In other words, it is necessary to admit that, by speaking or reasoning, we usually refer to something that is and exists (as 'objective facts' do) but also to something that is but does not exist (as imaginary facts, discourses, possible facts etc. do). There is an ontological distinction between 'to be' and 'to exist' that has been developed by Alexius Meinong and that is nowadays well defended by Francesco Berto<sup>24</sup>. However, this issue is too wide to be discussed here. I would like to point out that this ontological conception is clearly related with the Aristotelian belief according to which "being is said in many ways"<sup>25</sup> and, as such, it is strictly related to a precise metaphysical conception and methodology.

Now it is time to come back to philosophy and to state its two main features. To philosophize (which is undeniable) means to have a dialogue; to have a dialogue means to search for truth by using argumentation, in dialectical and rhetorical contexts. It is clear that we have a dialogue when we do have a discussion made by questions and answers. In our last paragraph, we would like to comment on the nature of philosophical questions.

---

23. The use of inverted commas is due because it is clear that is impossible to think of a 'pure' fact or to speak about a fact as a 'pure' fact, because in any case there is a subject who thinks or who speaks about fact. Here also it is possible to think of philosophy of science and remember Heisenberg's indeterminacy principle and the idea that observations always modify experiments, to the extent that even a measuring entails subject's interferences. In other words, there is no such thing as a neutral observation of the world: the role of subject is constitutive of every kind of knowledge and it is impossible to think of a mere descriptive representation of facts. But it does not mean to deny realism: it only means to deny descriptivism and the wrong objective representation of knowledge given by modern and Cartesian thought. At the same time, all this means to give to realism its right place in philosophy, since it seems impossible to deny that something we call 'reality' does exist (as well explained F. D'AGOSTINI, *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013), also if our knowledge of it is always related to subjects and so it is always disputable.

24. F. BERTO, *L'esistenza non è logica: Dal quadrato rotondo ai mondi impossibili*, Roma, 2010.

25. ARISTOTLE, *Metaphysics*, 3, 2, 1003b 5.

## 5. A Possible Conclusion

In its nature, questioning from a philosophical perspective means questioning everything at the same time: the subject, the object and their relations. Philosophy questions the whole reality. It means that philosophy questions the whole entirety (in Italian: *totalità*). This is why it is possible to argue that philosophy, in itself, is a very peculiar form of knowledge that is all-encompassing, all-absorbing (in Italian: *totalizzante*).

Fundamentally, philosophy questions the foundation, the Principle, the *Arché*. This is why Aristotle, in his *Metaphysics*, says that Thales was the founder of this type of philosophy since it is he who has been the first to question the origins of everything (*physis*, a term that means 'nature' but not in a modern and empirical sense).

So, philosophy questions all, everything from a rational point of view since it seeks rational answers about the entirety it questions. It is such that radical questions can also question themselves.

But we already know this: just think to *Protrepticon*, which is a perfect example of philosophical self-questioning. This is a very particular feature that divides philosophy and other forms of knowledge. Obviously, you may question sciences but by doing so you cannot use the same scientific knowledge you are questioning. If you are a mathematician, for example, you may question math; if you question math, what you are doing is philosophy of math, not math. And so on.

If you question philosophy, you are philosophizing. Philosophy is a type of knowledge that is undeniable and radical, so radical that it can also question itself. The name of this feature is 'problematicity' (in Italian: *problematicità*) that means that when you answer philosophical problems, in a rational way, you must at the same admit that that problem cannot be finally solved.

But what is philosophy's purpose? The typical purpose of philosophy is purely contemplative: philosophy searches for truth. It is a free truth's research; it is '*philo-sophia*', love for knowledge, free from any kind of practical application.

Philosophy questions the whole entirety, in a problematic way, with a contemplative purpose. From this point of view, it is clear that it is not a systematic form of knowledge and it does not search for certainty.

However, if it is free in its own nature, philosophical questioning cannot be neither eliminated nor imposed. The question, therefore, is where it comes from. According to Aristotle, the origin of philosophy is *thaumazein*, astonishment, marvel (in Italian: *meraviglia*); a situation that

cannot be produced but can only arise in men's life, normally as crises e.g. a personal crisis (philosophy questions ourselves) and/or a crisis of all certainties.

When it happens, normally you put everything into doubt and you question the foundation of your own existence. This removes, or it may remove, the ground of certainty.

From this standpoint, it is possible to understand why modern knowledge, that has searched for certainty, looked in a suspicious way to philosophy. To remove philosophy means to remove the problem of foundation, which is the typical anti-metaphysical approach of the modern man, who does not question anymore on the Principle. From another view, you may also say that the history of the modern man is the history of the removal of the problem of the Principle.

To sum up, philosophy freely questions the whole entirety, in a problematic way, with a contemplative purpose. This leads us on to question: what is philosophy of law?

If philosophy of law claims to be philosophy (and not only theory of law) it must be a total and problematic reflection on law. It is not theory of law or legal science. To make philosophy of law means to look at law in the proper way of philosophy, by questioning its essence and core.

The question, immediately, should be whether this kind of questioning is necessary. Being philosophy, the answer must be that it is: it is undeniable. We may also say that, looking at law from a philosophical point of view, means to look at law from a total perspective, by assuming law as not detachable from ethics, politics or justice. These are typical philosophical questions. But, at the very end of our inquiry, we should also remember that the connection between philosophy and law is not casual. If we look at the very root and beginning of philosophy in our Western tradition (just think to Plato or Aristotle or to pre-Socratic philosophers), it is quite easy to show that philosophical questions are, at the same time, legal philosophical questions. For example, this may be the questioning on the limit of power, on what is right or wrong and just or unjust, on the nature of law and political power or on the nature of legal reasoning. Furthermore, if we assume Greek tragedy (that is a form of philosophical dialectical questioning) as one of the most representative examples of classical knowledge, we may also argue that the very first example of philosophical questioning is related to typical legal philosophical questions. This is the case, for example, of Sophocles' *Antigo*, with the questioning of the nature of law and the clash between written norms and unwritten norms. Another example is that of Aeschylus' *The Eumenides* where we

find the very first claim for legal principles and rules, such as the due process of law and the right for a fair trial.

If we take a philosophical view of relations between law and philosophy, it may be concluded that philosophy is essentially related to law, and so philosophy of law is undeniable. The same conclusion may also be reached if we look to this issue from a legal point of view. It is sufficient to remember what Ulpian writes in *Digestum* to remove any doubt:

Those who apply themselves to the study of law should know, in the first place, from whence the science is derived. The law obtains its name from justice; for (as Celsus elegantly says), law is the art of knowing what is good and just. Anyone may properly call us the priests of this art, for we cultivate justice and profess to know what is good and equitable, dividing right from wrong, and distinguishing what is lawful from what is unlawful; desiring to make men good through fear of punishment, but also by the encouragement of reward; aiming (if I am not mistaken) at a true, and not a pretended philosophy<sup>26</sup>.

The history of philosophy of law shows that, at a certain point, philosophy of law changed its own nature when it became impossible to ask "*quid jus?*" and by assuming that it could only be possible to ask "*quid juris?*" In fact, questioning the nature of law in a philosophical way ("*quid jus?*") means to question the foundation of law and, in its legitimacy and foundation, the power that produces law (better to say: that produced *leges*, but not *jus*). The power cannot tolerate that you must doubt it. Law is the formal will of the State and you cannot doubt it – hence, the only thing you may ask is "*quid juris?*".

At a certain point in its development, philosophy of law became the theory of law, a systematic account of Legislator's speeches. As everyone knows, *Pure Theory of Law* is the title of Kelsen's most famous book, the acme of formal legal positivism – pure theory, not problematic

---

26. "Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes". S. P. SCOTT, *The Digest or Pandects of Justinian*, Cincinnati, 1932, at [http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/DI\\_Scott.htm](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/DI_Scott.htm) (last visited Jun. 27, 2016).

philosophy. A great deal of criticism has been expressed against Kelsen's view, however a sort of radical anti-metaphysical behavior still remains. For example, according to Joel Feinberg and Jules Coleman "the aim of jurisprudence is to provide an account of the nature of law ... Law is a complex social practice, and a philosophical theory of law is an account of that practice, not a definition or an account of the semantic content of a word"<sup>27</sup> since, as Hart suggests, "the obligation the law claims to impose are independent of the content of the law"<sup>28</sup>.

It is valid to claim that things may be changing: in the modern day, we are living in a period where usual distinctions and divisions (for example, between natural law and legal positivist theories) are quickly going to disappear, making boundaries more and more vague. We do believe that it is possible to reach a unified theory in the field of legal philosophy, by going past outdated approaches, and without fear in asking on the foundation of law and legal knowledge.

---

27. J. FEINBERG & J. COLEMAN, *Philosophy of Law*, Hertfordshire, 2004.

28. *Ibid.*



## The Socratic Heart of the Adversarial System

PAOLO SOMMAGGIO\*

*One face, one voice, one habit, and two persons!  
A natural perspective, that is and is not.*

William Shakespeare, *Twelfth Night*, V, 1, 214

*Abstract:* Italy is in a special position from which to observe the comparison between the accusatorial and the inquisitorial models, because it has adopted a highly original procedural form. Since 1989 a model drawing its inspiration from the adversarial procedure has been progressively introduced into the Italian inquisitorial judicial system. At first it has been used solely in trials; then, from 1999 it has been extended to all judicial proceedings (as a result of the reform of article III of the Constitution). This new introduction cuts deep not only into the judicial culture but also into current Italian culture, because the adversarial principle (in Italy called *contraddittorio*) was presented as a benefit to be safeguarded and maintained, and no longer as a problem to be avoided. Unfortunately, within the sphere of actual judicial experience the value attributed to the adversarial model mainly consist sin a sterile dramatization of facts. The purpose of this research paper is that of explaining the intrinsic rationality and the alethic value of the confrontation between the parties. It demonstrates the integral Socratic structure of the adversarial model, which not only represents a logical means of verification, or refutation, of discrepancies in legal arguments but also defines the truth conditions of legal arguments.

*Summary:* 1. Introduction. – 2. The Adversarial Model: an International Perspective. – 3. The Adversarial Model in the Italian Constitution. – 4. The *Contraddittorio* in the Italian Doctrine. – 5. The Socratic Heart of the Adversarial Model. – 6. The Adversarial Model and the Idea of Contradiction. – 7. Confrontation and Mediation: the Bridging Shape. – 8. The Socratic Model and the Truth. – 9. Conclusions.

---

Already published, with the same title, in: P. SOMMAGGIO, *The Socratic Heart of the Adversarial System*, in *Legal Studies Research Paper Series, Leicester School of Law*, 2014, p. 14 ss.; P. SOMMAGGIO, *A Way Out: the Socratic Perspective in the Legal Field*, in *Philosophy, Law & Society: Seven Simple Samples*, 2016, p. 45 ss.

\* Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Trento; he teaches courses in Philosophy of Law, Legal Methodology and Sociology of Law.

## 1. Introduction

The two principle models for the organization of a legal proceeding are the adversarial model and the non-adversarial model. Each of which, has valuable features<sup>1</sup>, yet can be subject to criticism<sup>2</sup>. Italy constitutes a special case, where one can see both pros and contras of the two models. Since 1989, the Italian legal system moved away from inquisitorialism towards an adversarial approach, as a result of the introduction of the Vassalli criminal procedural code, which was viewed by many as a genuine revolution<sup>3</sup>. Despite this purported revolution, the Italian procedural system has demonstrated slight resistance to the change (as a result, some scholars have labelled the revolution as a failed attempt, as it did not genuinely change or reform the inquisitorial culture underpinning the Italian legal system)<sup>4</sup>. For this reason, in 1999 the "principle of *contraddittorio*" was introduced into the Italian Constitution. This principle can be regarded as the Italian way to the adversarial model<sup>5</sup>.

After a brief examination of the international and European contexts, doctrinal arguments supporting the adversarial model will be examined. It will become evident throughout this examination that there is a

---

1. W. VAN CAENEGEM, *Advantages and Disadvantages of the Adversarial System in Criminal Proceedings*, Bond University, 1999, [http://epublications.bond.edu.au/law\\_pubs/224](http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/224), last visited 27/12/2017.

2. See generally D. LUBAN, *The Adversary System Excuse*, in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, in *Maryland Studies in Public Philosophy*, Cambridge, 2007, p. 19 ss. and S. LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, for *American Enterprise Institute*, 1984; on the contrary see M. E. FRANKEL, *Partisan Justice*, New York, 1980 and C. MENKEL-MEDOW, *The Trouble with the Adversary System*, in *A Postmodern, Multicultural World*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 1996, p. 5 ss. Available at <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol38/iss1/3>. For a balanced view, see T. JAY, *Complex Litigation and the Adversary System*, New York, 1998.

3. G. ILLUMINATI, *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, in *Washington University Global Student Law Review*, 2005; L. CHANGSHENG, *Adversary System Experiment in Continental Europe: Several Lessons from the Italian Experience*, in *Journal of Political Science and Law*, 2008.

4. W. PIZZI, L. MARAFIOTI, *The new Italian Code of Civil Procedure: The difficulties of building an adversarial trial system on a civil law foundation*, in *Yale Journal of International Law*, 1992; C. VAN DEN WYNGAERT, *Criminal procedure System in the European Community*, 1993.

5. This article draws on theses contained in P. SOMMAGGIO, *Contraddittorio Giudizio Mediazione*, Milano, 2012.

preference for the adversarial model when compared to inquisitorialism<sup>6</sup>. The most important argument provided supporting the adversarial model is empirical in nature: today a rising number of scientists maintain that the direct opposition of two parties – and thus the fundamental concept behind the adversarial model – is the most effective tool, through which one can conclude mutually acceptable decisions, at least largely<sup>7</sup>. For this reason, I will consider whether in law the accusatorial formula, the antagonistic form of the confrontation, may be the most rational structure for dealing with disputes. Furthermore, I will assess whether the adversarial system is a structure of verification/refutation of the possible inconsistencies in an argument, which is able to define the truth conditions of legal arguments. After doing so, I will progress to analyze the philosophical foundations of the adversarial model, namely, its Socratic heart. Like in a platonic dialogue, in an adversarial system each party in attempting to overcome the opposing position, adopts a Socratic mask. This mask has a series of characteristics which will each in turn be examined, to further explain how it is able to verify and refute the contradiction in the reasoning of the parties. This will provide the opportunity to identify the relationship between the adversarial model and the concept of 'contradiction'. In this context, I will claim that only an oppositional Socratic relationship permits mediation between the parties in a legal proceeding. Finally, I will examine the means through which this maieutic method allows the emergence of the truth from the confrontation between the parties. I argue that in opposing one another the parties create a place where like a bolt of lightning, the truth is revealed<sup>8</sup>.

---

6. About the history of adversarial model see J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, 2003 and David J. A. CAIRNS, *Advocacy and the Making of the Adversarial Criminal Trial 1800-1850*, Oxford, 1999.

7. Dialogue and opposition is the theme of the logic of dialogue (or dia-logic). Among many authors who proposes a model, see 5-10. See also N. DIXON, *The Adversary method in Law and Philosophy*, in *The philosophical forum*, 1999, p. 13 ss. and S. TOULMIN. *The Uses of Arguments*, Cambridge, 1958. On the contrary see the feminist perspective: J. MOULTON, *A Paradigm of Philosophy: The Adversary Method*, in *Women, Knowledge, and Reality: Explorations in Feminist Philosophy*, New York, 1989; and P. ROONEY, *Philosophy, Adversarial Argumentation, and Embattled Reason*, in *Informal Logic*, 2010, p. 203 ss.

8. E. BARRETT, *Adversary System and the Ethics of Advocacy*, in *Notre Dame Law Review*, 1962.

## 2. *The Adversarial Model: an International Perspective*

The most relevant international authorities maintain that a political guarantee allowing the principles of democratic participation within the structure of a legal proceeding, is indispensable. At the end of Second World War, the dominant States promoted judicial policies inspired by their ideals and values. These were directly opposed to authoritarian ideologies and sanctioned the full equality of the rights of the parties in legal proceedings, public hearings and equality of rights. However, neither at the international nor at the European level has a single model emerged as the sole paradigm of legal adjudication. This can be effectively demonstrated by looking at some of the most important international treaties.

The Universal Declaration of Human Rights requires proceedings where all parties can publicly present their arguments and their evidence<sup>9</sup>. Whilst the parties have the right to be present, it seems, that Art. 10 of the Universal Declaration of Human Rights does not require them to be arranged in a direct and oppositional relationship. Some years after the promulgation of the Universal Declaration of Human Rights, another document (Article 14.1 of the International Covenant on Civil and Political Rights)<sup>10</sup> added a new element, which was only implicit in the Universal Declaration of Human Rights: a direct reference to the competence of the judicial court, established under the law. This text also implies that there is a necessity for both parties to be present at the legal proceedings, although this is not explicitly stated, confrontation between the parties is not excluded.

This trend is followed in European legal documents too. Article 6 of the (European) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome in 1950, makes the presence of both parties (actual or eventual) in a legal proceeding essential. However,

---

9. Article 10 of *The Universal Declaration of Human Rights* of 1948 says: "Everyone is entitled in full equality to a fair public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any charge against him."

10. *The International Covenant on Civil and Political Rights* was adopted in New York in December 1966, adopted into Italian law 25<sup>th</sup> October 1977 n. 881, published in G.U. (*Gazzetta Ufficiale*) 7<sup>th</sup> December 1977 n. 333 Supplementary; and came into force in Italy on the 15<sup>th</sup> December 1978. Article 14.1 of the *Covenant* states: "In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit of law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law".

it does not determine what kind of interaction they should entertain<sup>11</sup>. At the same time, the Convention expands upon some elements of the general structure of the legal proceedings, as relevance and duration are considered. Even though it is not directly made explicit, the so-called *parità delle armi* (fighting with the same weapons) is generally considered as a corollary of Article 6. In its case law, the European Court of Justice has in fact developed this concept by appealing to the idea of 'fairness'<sup>12</sup>. This concept is important since, insofar as a legal proceeding to be judged as 'fair', the opposing parties need to stand in a direct relationship one with another. This permits us to claim that, for the European Court of Justice confrontation, or even opposition, between the parties in a legal proceeding is an implicit presupposition: if there is no confrontation, then there will be no *parità delle armi*. In effect, the parties will not be fighting with the same weapons, and so the legal proceeding will have to be regarded as being carried out unfairly<sup>13</sup>. Therefore, we can infer from this that at least in Europe, the legal culture tends to look more favorably upon the oppositional, or adversarial model in comparison to other models of legal proceedings.

In terms of this brief review, it is worthy to note that, according to most international treaties, a legal proceeding should take the shape of a public hearing, in accordance to the principles of 'fairness'<sup>14</sup>. Furthermore, we can see that within this purposefully loose structure the parties may find various differing areas in which they can organize procedures and hold a legal proceeding. International conventions are admittedly vague in recommending any particular judicial model. In other words, there are wide margins within which States can organize the structure of legal proceedings. As a result, they can ultimately opt for either an adversarial model or a non-adversarial model. Yet, the legal proceeding before the European Court Justice is confrontational and thus it can be said to incline towards the accusatorial model.

---

11. *Article 6* cites: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time and by an independent and impartial tribunal established by law".

12. See in this connection: *Neumeister v. Austria*, sent. 27<sup>th</sup> June 1968; *Delcourt v. Belgium*, sent. 17<sup>th</sup> January 1970.

13. *Article 6* of CEDU was modified with the addition of a new entry (Right to judicial equality) in the *Protocol* signed in Strasbourg the 11<sup>th</sup> May 1994 and ratified in Italy with law n. 296/1997.

14. L.P. COMOGGIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, p. 151 ss.

It is for this reason that at least at an international level, it appears necessary to distinguish between the 'right to defence', as this right is mentioned explicitly in sources, and the 'safeguard of confrontation' between the parties. This is a distinct principle that although not certainly spelled out in detail, may be inferred from the pronouncements of the European Court of Justice<sup>15</sup>.

In conclusion, even though it is not expressly stated, the confrontation between the parties appears present in International and European sources and is invoked by international courts.

### 3. *The Adversarial Model in the Italian Constitution*

Moving to the Italian legal system, one can notice that the adversarial model has been introduced only recently. In fact, the first attempts to introduce the adversarial model in Italy traces back to 1989 with the reform of the criminal procedural code. However, the culture of confrontation can only be introduced in a legal system by changing not only the letter of the law, but also the mentality of the people themselves<sup>16</sup>. The previous code was based on an inquisitorial structure and took the form of an accusatorial system<sup>17</sup>. For this reason, many legal scholars and practitioners initially resisted any change, at least until the constitutional reform (L. cost. n. 2 of 23<sup>rd</sup> November 1999)<sup>18</sup>, which clearly took side in favor of the adversarial model in all legal proceedings<sup>19</sup>. Article III of the Italian Constitution was reformed in such a way to establish that all legal proceedings

---

15. See in this connection *Kamasinski v Austria*, 19<sup>th</sup> December 1989; *Van Mechelen et al. v. Netherlands*, 23<sup>rd</sup> April 1997; *Belziuk v. Poland*, 25<sup>th</sup> March 1998.

16. In other countries this culture may be called 'Adversary culture': G. R. H. GASKINS, *Shaping the Adversary Culture*, in *Informal Logic*, 2001, p. 187 ss.

17. ILLUMINATI, *supra* note 4, page 569-570.

18. The impact of the constitutional reforms on the so called "fair trial" can be seen, with regard to the field of civil proceedings in S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo III della Costituzione e il processo civile*, Milano, 2001. Regarding the innovation from the criminal perspective, see P. FERRUA, *Il giusto processo*, Modena, 2005.

19. The constitutional reform is the outcome of a series of pronouncements by the Constitutional Court which have reduced the scope of the accusatorial model with the introduction of the concept of "non-dispersal of evidence": sent. no. 255 of 1992. Seemingly in contradiction to sent. no. 361 of 1998. See ILLUMINATI, *supra* note 4, page 576.

have to be conducted in accordance with an adversarial model<sup>20</sup>. There are just three exceptions to this general principle in Section 5 of Article III<sup>21</sup>.

Let us look briefly at the new provisions. In the first two points of the new formulation of Article III we read that these principles are valid for all legal proceedings<sup>22</sup>. The constitutional legislator establishes that every type of legal proceeding must be conducted through the opposition of the parties, and that this opposition is the fulcrum of the entire jurisdiction of the country. The confrontation between the two parties is called '*contraddittorio*'. It would probably have been better if the legislators had used the term '*confronto*' because use of the term '*contraddittorio*' had the collateral effect of evoking traditional civil proceedings. For, within Article 101 of the Civil Proceedings Code the word '*contraddittorio*' means only the formal presence of the parties before the judge, and not a confrontation between the parties<sup>23</sup>. Therefore, the introduction of the word '*contraddittorio*' does not necessarily mean a migration from the inquisitorial to the accusatorial system, because you have to make a choice in the interpretation of the word '*contraddittorio*'. Let us try this accusatorial interpretation. It is easy to interpret the word '*contraddittorio*' with an accusatorial meaning in criminal procedures, because it was established that only through confrontation the truth can emerge<sup>24</sup>. It is more difficult, instead, to do the same in non-criminal proceedings, which are carried

---

20. See Article III of the *Constitution*, par. 4 "The criminal process is governed by the adversarial principle for the determination of evidence".

21. See Article III of the *Constitution*, par. 5 "The law shall govern the cases in which the determination of evidence is not subject to the adversarial process whether because of the consent of the defendant, or where it is objectively proven to be impossible".

22. Article III of the *Constitution*, par. 1. "The law shall be administered by means of a fair trial governed by Act of Parliament. The parties to all trials may speak in their own defense, in the presence of the other parties, with equal status, before an independent and impartial court. An Act of Parliament shall lay down provisions to ensure that trials are of a reasonable length".

23. We find the expression *contraddittorio* in civil trials at Article 101 *Civil Procedural Code*; it states the *contraddittorio* principle: "The judge may not, except where the law allows otherwise, rule on any question, if the parties against whom evidence is presented are not regularly cited or where they are not present". Traditional interpretation of the word "*contraddittorio*" is the presence of both parties in front of a judge, not (also) the confrontation between the parties.

24. According to FERRUA, *supra*, note 19, page 94, the first meaning of the directive contained in Article III should function as a principle, leaving to the law sufficient discretion to define the means of gathering evidence in the adversarial process, while the second meaning of the directive should function as a rule, more precisely a rule on evidential exclusion.

out by means of accumulating evidential elements. This may be a serious problem, I think, when the adversarial model is extended to civil proceedings. Despite this deep difference, in its interpretation of the reform of Article III the Constitutional Court strongly reaffirms its preference for the adversarial model on the argument that the confrontational relations of opposing parties gives scope to the increase of cognizance<sup>25</sup>. However, the choice of the term *contraddittorio* on the part of the legislature still allows considerable margin of critique for the maintenance of the inquisitorial model. Many, in fact, are the voices of a confrontational approach to this reform, and thus, the stances judges take vary considerably in the face of the adversarial formula. Everything depends, in fact, upon the particular meaning that they attribute to the expression *contraddittorio*. In other words, the expression *contraddittorio* means the Italian approach to the adversarial model. Nevertheless, the reflections on the *contraddittorio* that I will deal with constitutes, in my opinion, the key to understanding the driving force of the adversarial model and further how this model can enhance our knowledge and draw close to the truth. Let us now look at some doctrinal arguments.

#### 4. *The Contraddittorio in the Italian Doctrine*

In the Italian legal dogmatics, some regard the *contraddittorio* just as a legal form, or a setting; some take it to be a policy; some consider it to be a means through which the significance of opposition is acknowledged; finally, some think that it is useless to arriving at the judge's decision. The doctrinal debate on this last point is divided between those who consider the *contraddittorio* as a method of obtaining knowledge and those who deny this claim by maintaining that the *contraddittorio* is simply a way of policing judicial proceedings. Let me quickly expand on those statements.

For those who define the *contraddittorio* a form is of little import to understand whether the *contraddittorial form* has some intrinsic value or if it functions more or less in the judicial decision<sup>26</sup>. By contrast, the function of the *contraddittorio* is of great importance for those who regard it

---

25. Sentence no. 32/2002 of the Constitutional Court relative to *Article III* of the *Constitution* confirms this meaning "from this with which the legislator gave formal recognition of the *contraddittorio* as a method the judge obtains objective knowledge of the facts, derives this corollary the prohibition of attributing value to evidence/declarations collected unilaterally from the investigating authorities".

26. S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 145.

as a scene or setting, namely, a theatrical presentation in which the parties must place themselves in front of the judge as an homage to the principle of equality (before the law). This alternative idea emerged in the 50s, when the theatrical metaphor was sought to identify the precise function of confrontation between the parties. The *contraddittorio* was meant to stand for a "scenic" game in which the judge was present as a spectator. The "play" had the twofold aim of providing equilibrium between the parties<sup>27</sup> and of aiding the decision of the judge in arriving at justice in the public interest<sup>28</sup>. Many legal scholars defended this view and sought to find the meaning of the *contraddittorio* in a legal proceeding by means of the "play" metaphor<sup>29</sup>.

The third idea of *contraddittorio* has a political quality. Within this view, the *contraddittorio* represents from a legal standpoint that which happens on the political level<sup>30</sup>. If the European countries adopted a liberal-democratic political regime, then the procedural reality should adopt a confrontational system similar to the parliamentary confrontation<sup>31</sup>. This approach was embraced in particular during the 70s, when legal proceedings were presented as staging a direct opposition between the parties. On this view, the formal presence of the parties in the legal proceeding was connected with their right to defend themselves (right that is sanctioned by Article 24 of the Italian Constitution)<sup>32</sup>. This amounts to the view that two monologues not directly opposing one another were not sufficient; instead, a direct physical confrontation between the parties is considered essential<sup>33</sup>. This approach is important, not solely for historical reasons. Today everyone agrees on the necessity of a degree of confrontation. Ideally, in my view, the final decision needs to consider

---

27. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

28. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941.

29. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950; republished in *Opere giuridiche*, M. Cappelletti (a cura di), Napoli, 1965, Vol. I, p. 540; F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, *Riv. Dir. Proc.*, 1951, republished in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, Napoli, 1953.

30. P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954.

31. E. CEVA, 'Audi alteram partem' but Why? *On procedural equality and justice*, Working Paper 10/2008, Human Development, Capability and Poverty International Research Centre, 2008, a research center promoted by the *Institute of Advanced Study* (IUSS-Pavia) [www.iuss.unipv.it/hdcp2008](http://www.iuss.unipv.it/hdcp2008).

32. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 200 ss.

33. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, p. 122; L. FER-RAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, p. 629.

the evidence that arises from the confrontation between the parties to the effect that the confrontation inscribed in the *contraddittorio* does not have a merely aesthetic value<sup>34</sup>.

After the constitutional reform of 1999, the doctrine within Article III of the Constitution was characterized by two different interpretations of the principle of *contraddittorio*. The first section of that article has been interpreted as a type of specification of the right of the defence. Section IV of the same article, instead, frames the *contraddittorio* as a value for the entire legal proceeding, namely, a proper method to obtain true knowledge<sup>35</sup>.

The opinions of other authors differ, some maintaining that *contraddittorio* would not allow an enhancement of knowledge, because its function would not be an epistemic one<sup>36</sup>. On this view, the *contraddittorio* would serve only to furnish information and to control the correctness of the legal proceeding and the legitimacy of the conduct of all the participants, in particular to the judge. Therefore, the opposition of the parties would have the function of monitoring the procedure<sup>37</sup>. This is because each party, in pursuing his own *private* interests, in the least honorable sense of the word, would not be minded to guide his procedural activities towards the complete and verifiable reconstruction which lies at the heart of controversy. Hence, the *contraddittorio* could not lead to a true result, since the judge alone would be the person capable of ascertaining

---

34. According to sentence no. 46 of 1957 of the Constitutional Court, the *contraddittorio* is a wording that guarantees the right of defence (Article 24 Const.) and is still necessary to ensure from time to time, if the absence of the confrontation might even cause effective damage to the right of defence (thus, Const. Court, sentence no. 190/1970). But compare also sent. No. 199/1975; no. 172/1976.

35. C. CONTI, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. III Cost.*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 197 ss.; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000. This line of reasoning was also used by the Constitutional Court when it affirmed: "The legislator has given formal recognition of *contraddittorio* as a method of knowledge of the objective facts by the judge", Sentence no. 32/2002.

36. According to other authors, in criminal cases, the *contraddittorio* enjoys instead a strong epistemological or gnosiological function. See G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio*, *Dir. proc. pen.*, Enciclopedia Giuridica Treccani, IX agg., 2001, pp. 1 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di prova penale*, Milano, 2005, p. 178.

37. On the subject of the control, in Italian trial process, see ILLUMINATI, *supra* note 4.

the truth in as much as he is not influenced by his own interests<sup>38</sup>. This concept, which is maintained by those in opposition to the adversarial model, presupposes a duality. It is as if at one level the legal proceeding is conducted and at another level (to which this argument refers), there is a supposed reality external to the legal proceeding. Regarding the latter there exists a party who is right and the other who is wrong. Correspondingly, the legal position of the judge who embodies the superior interests of the justice system, guarantees the fact that the judge will rule in favor to the party who is on the "right" side. On this view both parties in a legal proceeding are motivated by egocentric interests. These interests are in themselves antithetical to superior justice which is instantiated by the judge. Consequently, both parties are looked upon with some suspicion.

In my view, this approach can be criticized as it generates at least two narrowly connected consequences. The first consequence concerns the extent to which the parties can be perceived as surrounded by an aura of suspicion because of the egocentric nature of their behaviour. The suspicion of the judge falls upon both parties, since the judge believes that parties seek to impress him/her with a consensus based merely on psychological suggestions. So the contrast is not between the parties but between the parties and the judge.

The second consequence of this conception of the *contraddittorio* is that justice and procedural success seem to repose on two different levels. Therefore, the judge has the titanic, or herculean, task of seeing beyond the evidence of the two parties and their reasoning to determine which of the parties is truly right. The judge has to decide in autonomy, even rejecting or completely disregarding the arguments made by the parties. In doing so, the judge acts in the superior interest of justice as a substitute for the two parties. In Italian practice this phenomenon is called a 'supply judge'. This means that sometimes the judge can openly favor one party because when s/he decides to rule in favor of one of the two parties s/he will be seeking a third solution to demonstrate his/her judicial autonomy and his/her psychological independence from the parties.

This criticism paves the way to a different position, which I will articulate in what follows. This position regards the opposition of the parties in a legal proceeding as an epistemologically-based model whereby the stronger the confrontation is between the parties, the more likely to emerge is (what one may call) the Socratic truth.

---

38. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma, 2009, p. 172.

## 5. *The Socratic Heart of the Adversarial Model*

The thesis that I intend to defend can be summarized as follows: the opposition between the parties in a legal proceeding is like a Platonic dialogue and allows the establishment of a shared context by so, also enhancing our chances to access the truth. The opposition between the parties in a legal proceeding consists in a relationship which departs from, and is shaped by the pieces of reasoning they offer in support of their own claims. I will call those pieces of reasoning *logoi*. At the logical level each of the parties' *logoi* constitutes a concrete "pretext" that guides the conduct of each party in the legal proceeding<sup>39</sup>. These pretexts are far from fixed before the legal proceeding, since it is only through the confrontation that a pretext can take shape from an increasingly determined generic disagreement. Let me explain how this happens.

It can be argued that the more different *logoi* clash against one another the more profound the relationship between them becomes. This is the case because he who wishes to win says: "listen to my argument with rapt attention". Therefore, the relationship between the two *logoi* becomes more profound when they seek to rebut each other's evidence. This model of reasoning has been known since the ancient times by the name of *elenchus*<sup>40</sup>. Rebuttal is a process by which one party tries to eliminate the pretext of the other. Thus, in trying to maintain his own pretext each party attempts as well to demolish the pretext of his opponent. He tries to "negate," which means to establish a confrontation. For instance, if I have to defend my pretext (A) and my opponent has to defend her pretext (B), each of us will have to support the opposite view of the other part's adversarial pretext (e.g. non-B, or vice versa non-A). At the point of opposition, then, each party defends a view that is the negation of the other.

A (non-B) v. B (non-A)

---

39. The pretext is a thesis, an opinion or a belief that the disputing parties wish to have accepted by their opponent S. TOULMIN, *The Uses of Arguments*, Cambridge, 1958, trad. it. *Gli usi dell'argomentazione*, 1975. For in-depth analysis, P. SOMMAGGIO, *La logica come giurisprudenza. Saggio introduttivo sulla rivoluzione epistemologica di Stephen Toulmin e di suoi riflessi per la metodologia giuridica*, in *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, F. Zanuso – S. Fuselli (eds.), Milano, 2011.

40. By the expression *elenchos*, I mean the examination of a subject with regard to the statements they have made, putting questions and negating the reply: this is the most characteristic position of Socrates in the first Platonic dialogues. R. ROBINSON, *Plato's Earlier Dialectic*, Oxford, 1953.

For convenience, I will analyze the confrontation between A and non-A; the reader should keep in mind, however, that this is only one aspect of the confrontation, or exchange. If we reflect on the meaning of the confrontation between A and non-A, we see that this represents the confrontation between A and all possible alternatives (B, C, D, E, F and so on). All these alternatives are represented by the word 'non'. Now, contrasting something with its alternatives enables one to further specify the traits of that *something*. Thus, to negate something means to establish negative proof, namely, it means to take the role of the Socratic persona in a Platonic dialogue, as Socrates used to do in Platonic dialogues, so someone who opposes another party's view calls for that party to show which argument her view is based on. In doing so, the former tries to defeat the argument of the other party, thereby trying to negate it. As a result, the relationship between the parties in a legal proceeding has a Socratic structure: an exchange is, thus, set up in which each party tries to negate the statements of his opponent. This is because opposition between the parties allows each to assume the mask of Socrates by so trying to defeat the argument of her opponent and showing that her pretext is untenable. This negative force reacts with that of the argument offered by the antagonist, who is also meant to support her view by argument. Hence, the exchange between the parties may be considered as a Socratic confrontation. This idea is not completely new: in the extra-legal sphere the Socratic figure and the use of rebuttal are being used in an increasingly successful way<sup>41</sup>.

The fundamental characteristic of the Socratically-inspired exchange is its concrete nature, that is, such exchange cannot be reduced to a predetermined and unmodifiable result. In this way, Socratic oppositions show themselves as progressive treatments of a pretext, namely, reciprocal re-elaborations between the parties that allow the recognition of the unavailable nature of the results. This is due to the constant modification of the adversarial contest between the parties makes it impossible for either party to foresee an outcome.

In his work on the figure of Socrates, Plato teaches us that direct confrontation of dialogues between the two parties constitutes the key point of the dialectic. This marks a radical change of the traditional concept

---

41. Socrates in the medical context: See D. BIRNBACHER, *The Socratic Method in Teaching Medical Ethics: Potentials and Limitations, in Medicine Health Care and Philosophy*, 1999.

of the Hellenic legal proceeding<sup>42</sup>. This transformation of the traditional idea of legal proceeding introduces an *elenchus* based on the direct confrontation between two parties. Through the example of Socrates' behaviour with the other characters of the Platonic dialogues we learn the importance of opposition, which allows us to understand what kind of relationship exists between two *logoi* and to discover if a contradiction exists in the reasoning, or to provoke it. This occurs when some earlier considerations of the adversary are accepted revealing themselves to be in contrast to the other party's conclusions.

The confrontation of a pretext and its negation can bring about different outcomes: if the negation does not overcome the pretext, it has no alternative and shows itself as undeniable. In the opposite case, the negation will overcome the pretext. Therefore, it is only the direct and actual confrontation between two *logoi*, which attempt to overcome each other through reciprocal negation, that are we allowed to understand the type of opposition characterised here. This opposition evolves from a minimum and a maximum (by which I do not mean a difference in quantity, but rather a difference in quality, or kind, of opposition)<sup>43</sup>.

This degree arises from the contrariety which, as is generally known, allows the finding of common ground between the two contradictory positions, and where the two positions show themselves as specific negations, the one of the other. In this way two positions cannot overcome each other simultaneously. This is the crucial point of the matter. Parts of the arguments can be justified in self-serving and objective terms; but

---

42. The ancient Greek trial was made up of two monologues by the parties; each one directed at the judge. In these arguments and proofs which had been collected elsewhere were presented. The scribes, in fact, wrote their discourses before the opening of the trial and outside of period of the trial. Thus, it was not possible to predict the reactions of the opposing parties; neither was it possible to know in advance, for example, the development and the outcome of an interrogation. The arguments, but above all the proofs were in fact pre-ordained with respect to the trial itself. I may therefore consider that the Socratic trial would become a true and proper metamorphosis of the workings of confrontation in, and within the trial procedure. L.A. DORION, *La subversion de l'elenchos juridique dans l'Apologie de Socrate*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 1990.

43. The minimum level for opposition is the emergence of difference: each pretext represents a difference possibility. Put simply, the two pretexts differ, that is; they each demonstrate their specific, contrasting differences. The maximum level of opposition is present when pretext A puts itself forward as absolute, that is in opposition to all the possible alternatives, in such a mode as to choose that alternative which would destroy the pretext itself.

both of the parties lose their availability during confrontation. The reason being that through the confrontation the pretext is thus specified and so becomes the common property of the two contenders. This point is made by Aristotle too. Aristotle claims that if an argument resists its negation it possesses the quality of shareability and thus no longer represents a simple subjective option. For, if a *logos* resists his negation from the possible assumptions (that exist beside its own negation), it becomes undeniable, at least in the context at stake. This is to say that it becomes an undeniable pretext, namely, a pretext that cannot be denied without necessarily falling into contradiction in that particular context.

Therefore, the principle of non-contradiction – that is, the principle disallowing the joining of an element and its negation – is the ground of the adversarial system, since it is that principle that allows one to claim something that is endowed with full meaning<sup>44</sup>. In sum, the opposition between the two parties allows us to determine whether a pretext is shareable or not, because of its structure as negative proof of *logoi*, which is guaranteed by the principle of non-contradiction. Thus, the opposition between the parties (which is the heart of the adversarial model) is a tool for ascertaining the truth, or at least an instrument for increasing our knowledge. This occurs because the adversarial model creates a context of negation to each argument which we use to maintain a pretext, from which arises the form of opposition that exists in the opponent's reasoning showing if a self-contradiction (or the contradiction into which I cause my opponent to fall, or the contradiction into which I, myself fall) exists. The adversarial model reaches this result by showing which of the two arguments is the strongest after they clash. This is to say that the confrontation between the parties is the procedure that allows us to unearth contradiction.

## 6. *The Adversarial Model and the Idea of Contradiction*

The clash between the two parties is that Socratic procedure which allows the determination of each logical-rational reality exposing the contradictions that are attempting to combine something with its opposite (precisely because it develops from the starting point of negative proof). So, one needs to underline that another way to think about the contradiction exists, wherein is combined an expression of a constituent part

---

44. Traditionally the most notable formulation of the principle of non-contradiction is that expressed by ARISTOTLE, *Metaph.*, IV 3, 1005 b 19–20.

of that which becomes an assumption<sup>45</sup>. This different way of looking at contradiction allows us to see that oppositional confrontation even as it tries to eliminate contradictions in the arguments of the parties, yet at the same time it has its own structure like a contradiction since it combines something with its negation. This is an irrefutable condition.

The confrontation in fact serves to find out or provoke a contradiction. However, it is conceivable only if you accept a different concept of contradiction<sup>46</sup>. The oppositional confrontation has, as mentioned above, the structure: A v. non-A. This formula, which represents the confrontation of an argument with its rebuttal (that is, a confrontation between an argument and its Socrates), constitutes a real contradiction. This is because it asks us to combine in the legal proceedings (and for the entire duration of it) elements that could not be combined within the principle of non-contradiction. This looks to be the ontological condition of the oppositional relationship between the parties in a legal proceeding, or rather the ontological condition of the adversarial model, despite the fact that it seems a paradoxical structure because of the indissoluble relationship which exists between the opposites. The opposites interact in something that is the *raison d'être* of each other: this entity is not the product of their clash but is the condition that allows the confrontation to exist<sup>47</sup>. This is because a pretext is constituted in such an oppositional form, from its very beginning, that it is able to oppose its own alternative. This capability lies at a different level from the two opposites and from the relationship which connects them. It brings to mind that which allows opposition as well as the connection between the opposites<sup>48</sup>.

Therefore the adversarial model presupposes, as an irrefutable condition, a rational limit that stands before each polar opposite<sup>49</sup>. Only in

---

45. S. FUSELLI, *Ragionevoli dubbi: quando non tutte le contraddizioni vengono per nuocere*, in *La Contraddizione che noi consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, F. Puppo (a cura di), Milano, 2010, p.142.

46. A consideration that I suggest with the help of F. CHIEREGHIN, *L'eco della caverna. Ricerche di filosofia della logica e della mente*, Padova, 2004.

47. The relationship between A and not A is considered. According to Hegel the "and", which in Verstand appears as something that it is unnecessary to consider, is a neutral point in the passage from A to non-A; it becomes instead for the Vernunft that which it is necessary to think about to build both. See CHIEREGHIN, *supra* note 47, 80-81.

48. I can say it consists of what allows the opposing parties to clash and in doing this remain bound to each other.

49. This condition, which other authors prefer to call contradiction, indicates the unity and not the identity of opposites, since it is a fact that the one cannot stand

activating this possibility of opposition is the relationship which combines the reasoning of the two parties, able to emerge. This is a condition which shows what we are allowed to not only to oppose, but also see the connection<sup>50</sup>. And so, the adversarial model does not fear contradiction; it is in fact homologous to it. This is because it is formally structured as a simultaneous co-presence of opposites. Furthermore, it does not fear contradiction because it may be a tool to denounce the contradiction and expunge it from the reasoning of the two parties until we see a place in which the relationship between the parties stands. We call this place of mediation a 'bridge'. The opposition between the two parties therefore progressively determines the figure of the two opposite "banks" of this metaphorical river, which allows us to trace a horizon of possibility (or a bridging shape), because it allows the connection from the reciprocal attempts of the two opposing parties to demolish each other's arguments.

### 7. *Confrontation and Mediation: the Bridging Shape*

So far I have claimed that at the friction point of the parties' reasoning there is something that goes beyond the subjective pretext and discover that element which would be a useful determinant for the parties and the third parties, be they the judge or mediator. The confrontation between parties allows us to build a common context in which every pretext is put to test, because it does not permit us to exclude one of the two. Through the clash the differences are reciprocally communicated and discussed. In fact, beyond the oppositional positions a mediational stance exists. I will refer to this as bridging shape. In a bridging shape the opponents fight each other but at this point they come close to the maximum level. In fact, the clash appears to correspond to that condition which we see present in the oppositional relationship which, at the same time, also connects. And yet, the clash appears to be a modality which we cannot remove. It also allows that hidden aspect, the meeting point of the opponents, to function. Therefore, each assumption, when it forms part of the relational structure of the clash, causes at the same time a form of connection:

---

without the other. See E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, Palermo, 1987, p. 40-41.

50. This condition is the co-presence of opposites, which, according to Hegel, would represent the constituent point of the entire rationality. F. CHEREGHIN, *Incontraddittorietà e contraddizione in Hegel*, Verifiche, 1981.

the 'bridging shape'<sup>51</sup>. The oppositional relationship is at the same time strongly binding in that, at the friction point between the opposing parties, the opposite of the friction itself can also be found. If this is a point of friction it must also contain its own opposite, or the non-opposition since at this point and only at this point opposition and non-opposition mix. This is because we may consider that all the opposites co-habit this point and the opposition between clash and connection. Thus we see that the stronger the confrontation the more the ties that unite will emerge. It is hidden in this clash between the parties that a progressive construction of common elements builds a bridge between the positions of the two parties themselves: the beginning of a possible mediation.

Though all these elements are already sufficient for us to favor the adversarial mode, in the next paragraph we will see more important reasons. The confrontation has a maieutic effect that is; it creates a relationship of the parties to the truth<sup>52</sup>. In fact, the perspective that we seek to elucidate is based in a new way of looking at the truth which neither deals with the correspondence between discourse and reality nor with the internal logical coherence to reasoning, but with the outcome of a dialectical procedure. Thanks to its maieutic strength it allows a connection, vis-à-vis a disconnection, between affirmation and real experience in which this experience exists, since it exists in the connection between the plane of experience (of *bios*) and the plane of reason (of *logos*).

## 8. *The Socratic Model and the Truth*

The oppositional procedure permits us to obtain from the participants that which we can call a 'parrhesiastic' state, that is, a state in which *parrhesia* manifests itself. To better clarify the concept of *parrhesia*, one can refer to the remarks Michel Foucault defends in a series of conferences held at Berkley in autumn 1983 under the title of *Discourse and Truth. The Problematization of Parrhesia*<sup>53</sup>.

---

51. BERTI, supra note 50, page 79.

52. R. G. JOHNSTON, S. LUFRAÑO, *The Adversary System as a Means of Seeking Truth and Justice*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2002; G. S. SERGIENKO, *The Ethics of the Adversary System*, Working Paper 396, 2004. Available at <http://law.bepress.com/expresso/eps/396>.

53. M. FOUCAULT, *Discourse and Truth. The Problematization of Parrhesia*, 1985, trad. it. *Discorso e verità nella Grecia antica*, 2005. English version available at <http://foucault.info/documents/parrhesia/> last visited 27/12/2017.

According to Foucault, whose claims are in line with the classical Greek tradition, the oppositional dialogue (refutation) can be shown as functional not only in promoting the linguistic and logical strength of a discourse, but also to permitting the exercise of *parrhesia*, that is, a relationship of man to the truth<sup>54</sup>. Currently *Parrhesia* stands for freedom of thought, or freedom of speech (the word), or independence in confrontation with those who wield power; in short its significance is largely as a *socio-political* definition<sup>55</sup>. But this is not the only meaning of the expression. In the context that we are looking at it is the alethic or truth-value of this expression. From this perspective, it is the oppositional confrontation from which emerges and indeed controls the connections that each party constructs through their reasoning. It is the clash which compels each party to construct a relationship between the particular, their own experience, and the general, their own *logos*. It creates it through its own strength which we can define as *maieutic* since it helps in the creation of that "something." Even though it is not available to the parties it can precisely, thanks to this strength of reciprocal refutation, take the form of the *logos*<sup>56</sup>. And the maieutic or Socratic strength of opposition allows this linguistic procedure to have a meta-linguistic effect of truth (*parrhesia*).

If, on the preceding pages we have demonstrated the more useful aspects of force that opposition possesses, now seems the moment to delineate other aspects that opposition is able to provoke. Let us consider that, when one of the parties attempts to negate the argument of his adversary, the negative force "adopts the mask of Socrates"<sup>57</sup>. Its function consists of a refutation of the reasoning of the antagonist. As well as being logical it is also parrhesiastic, that is, it constrains the adversary in a condition/position to tell the truth, or to connect his reasoning with his concrete experience. The oppositional force has yet another important function. It is not limited solely to the linguistic and logical plane. In the relationship of reciprocal refutation there is a force which we call maieutic that compels the connection of empirical experience with rational precepts, allowing the truth to emerge. The Socratic force has all those

---

54. In G. SCARPAT, *Parrhesia greca, parrhesia cristiana*, Brescia, 2001 the history of the term parrhesias is analyzed.

55. FOUCAULT, *supra* note 54, pages 49, 63, 71.

56. PLATO, *Thaetetus*, 150 B- 151 C.

57. On the persona of Socrates. See G. REALE, *Socrate, Alla scoperta della sapienza umana*, Milano, 2000; G. VLASTOS, *Socratic Studies*, Cambridge, 1994, trad. it., *Studi Socratici*, Milano, 2003; G. NICOLAS, *Socrate, le sorcier*, 2004, trad. it. *Socrate, lo stregone. Il primo guaritore di anime*, Trieste, 2008.

characteristics which create a form of strong undeniable connection between the *logos* (his vision of the world) and the *bios* (his concrete experience), in the interlocutor.

By virtue of the refutable strength the adversarial system releases it is in fact possible to put to the test the ties that exist in the experience of the opposing parties, and to connect this to a discourse which is accountable to itself: a discourse, either *true* or a discourse which connects its *bios* with its *logos*<sup>58</sup>. This oppositional function is important to compel each of the parties expound upon its connective reasoning, and so its maieutic function. Thanks to the adversarial model, which forces the location of argumentative justification as a negative proof, we are able to show how these arguments (*logoi*) are in relationship to the empirical experience (*bios*): each is in fact constrained to account for the relationship between his *logos* and his *bios*. If someone is obliged to account for himself in the confrontation, which constitutes the first plane in generating an argument, a discourse within which is constructed by reason of an external opposition or stimulus, a justification which takes account of his personal experience or, better, the relation between personal experience and that which is thought to be in rational or judicial terms<sup>59</sup>. And so we can say that through an activity which develops in spoken language it is also possible to obtain alethic effects, or connections between rational justification and concrete experience of each opponent. This relationship we will call *parrhesia*.

Thus, *parrhesia* is an important function of the adversarial system and it has at least two important characteristics<sup>60</sup>. The first is that we can achieve *parrhesia* through a discursive-dialectic practice formed by the presence of two *logoi* who clash, and not by monologue or single reasoning: the alethic value is unearthed only in an opposition relationship between at least two parties. The second characteristic is the fact that to reach a parrhesiastic state someone has to be in an oppositional context, in which each party has to link its own *bios* with his own *logos*, improving an examination and modification of self, strongly provoked by the adversary. Simplistically, we can consider that the *true* expressed in *parrhesia* constitutes the event which causes the trial or least a part of the same. But this would be a serious mistake because *parrhesia* does not dictate the event but rather expresses how the event interacts with the party's experience,

---

58. PLATO, *Laches*, 187 E – 188 B.

59. FOUCAULT, *supra* note 54, page 63.

60. *Ibid*, page 10.

emotions and rationality. Nor is its dictation the result of the narrative connection between the empirical experience of every party and their rational and value generalisations. In the confrontation between the parties we can test these generalisations, proving the connections with each *bios* (of every party) and also unearth important elements in the clarification of the event. In other words, an event strikes at the experience of a subject and is something that generates a link between his *bios* and his *logos* only if he is forced into a confrontation. The rebuttal blows reciprocally dealt to build and control connections which arise, in the course of the trial, become ever stronger, and thus truer. If the opponent has well exercised his Socratic prerogatives; parrhesiastic truth may emerge and shows itself as something that no one can disconnect in this particular context. These it seems are also the reasons why Sir Francis Wellman maintains the contrast between Socrates and Meletus in the Platonic *Apologia*, which may be considered a masterpiece of cross-examination, indeed the heart of the adversarial model<sup>61</sup>.

## 9. Conclusions

At this point we try to summarize the main points I made in this essay. I set out to investigate the meaning and value of *contraddittorio*. I analysed this idea from the international perspective and noticed that the oppositional relationship between the parties in a legal proceeding may be considered as an element which also characterises the legal proceedings of countries adhering to the civil law tradition. At least since 1999, for instance, in Italy the constitutional reform of Art. 111 has introduced a direct confrontation between the parties by stating it as a true principle of all legal systems and not merely a private interest for the defence. Despite this, I claimed, a number of legal scholars still doubt the potential of the adversarial model (of the *contraddittorio*). For this reason, I invited the reader to consider the claim that a legal argument is best understood as a confrontation or a Socratic relationship. This relational model is grounded on the principle of non-contradiction. In accordance to this principle one refutes the contradiction in the party's discourses whilst at the same level structuring the adversarial model as a "contradiction" (on a different level) because it seeks to establish a connection with the opposite views. Precisely for this reason, I argued, the adversarial structure

---

61. F. L. WELLMAN, *The Art of Cross-Examination*, Basingstoke, 1903, trad. it. *L'arte della cross-examination*, p. 17.

becomes a perfect instrument to unearth and eliminate contradiction in the discourses of the parties. In this context, I also claimed that the adversarial model permits the establishment of a potentially harmonious relationship between experience and personal rational principles: a form of donning the mask of Socrates that shows itself necessary to communicate our experience to ourselves and to the others. The oppositional structure of the adversarial model permits the crossing of the two Socratic forces provided by the two parties and to obtain thereby very profound alethic effects. This result may be rationally controlled because the connection between empirical experience and arguments (*bios* and *logos*) of the two parties can be submitted to a logical proof that we demonstrated above. The active presence of *bios*, rather the empirical experience of the parties (or the witnesses), I also argued, shows the limit of every approach that tends to reduce the problem of truth in judicial experience to an object, or to a procedure. In other words, every formula, or every method which attempts to guarantee automatic results, without the responsibility of those who have an active role in it, is condemned to failure. For the maieutic procedure which shows itself in the confrontation cannot be disconnected from life and from the responsibility implicit therein. The arguments a party makes should be regarded as a signpost and not a point of arrival: they always demonstrate that the adversarial system calls into question the responsibility (answerable to itself) in confrontation with itself and in confrontation with the others. This explains the humane dimension, indeed the ethical dimension, of the question. In sum, the logical and theoretical foundation of the adversarial system transcends to an ethical dimension: the relation between *logos* and *bios* in fact shows that the logical aspects refer to an ethical context, since no procedural theory can avoid incorporating this dimension. Which dimension constantly takes account of itself and of others thereby demonstrating what *we are*.

# ADMINISTRATIVE LAW

*Gli ultimi decenni hanno posto in sempre maggior rilievo – a livello locale, nazionale e sovranazionale – il problema del rapporto tra gli amministrati e gli apparati pubblici, nell'ottica di una crescente circolazione delle informazioni in possesso delle amministrazioni, da un lato, e di un focus sempre maggiore sulla tutela delle informazioni e dati personali riguardanti il singolo individuo, dall'altro. Il tema della trasparenza dell'attività amministrativa pare assumere sempre più le vesti di un dialogo "reticolare" tra la PA e i vari stakeholders, nel corso del quale bisogna tenere conto di interessi complessi e spesso contrapposti.*

*L'articolo seguente si colloca all'interno di questo vastissimo tema, e compie anzitutto una scelta di metodo: dare primaria importanza al dato normativo e a quello giurisprudenziale (senza trascurarne i riflessi sugli enti locali) nel tracciare lo sviluppo, all'interno dell'ordinamento italiano, delle tre forme (tra loro distinte e insieme per molti profili intrecciate, come a più riprese si nota nel corso del testo) di accesso alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione attualmente previste dal legislatore, vale a dire il "tradizionale" accesso ai documenti previsto dalla l. 241/1990, il "vecchio" accesso civico introdotto dal d.lgs. 33/2013, e il "nuovo" accesso civico, frutto della riforma operata dal d.lgs. 97/2016. L'analisi dell'apparato normativo vigente e dell'applicazione fattane dai giudici porta l'autrice a tracciare linee di luce e di ombra del sistema italiano rispetto a un panorama comparatistico in cui, grazie alla diffusione dei Freedom of Information Acts (in particolare nell'ordinamento britannico), l'accesso alla documentazione e alle informazioni in possesso della PA rappresenta ormai la regola generale nel rapporto tra la stessa e i privati. La situazione italiana, precisamente descritta nel procedere dell'argomentazione e infine sottoposta a giudizio al termine dell'articolo, risulta invece divisa tra indubbi profili di progressiva realizzazione dell'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa e persistenti ritrosie determinate, tra l'altro, dal peso crescente che il rispetto dei requisiti di invarianza finanziaria assume nella contemporanea politica legislativa.*



# L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli enti locali)

ANNA SIMONATI\*

*Sommario:* 1. Breve premessa. – 2. L'accesso civico nella riforma del 2013. – 3. Segue. L'accesso civico nell'applicazione giurisprudenziale. – 4. Gli sviluppi successivi: l'accesso civico nel d.lgs. 97/2016 e i principali profili problematici della riforma. – 5. I profili più rilevanti per l'attività degli enti locali. – 6. Considerazioni di sintesi.

## 1. Breve premessa

Come è noto, la trasparenza dell'attività amministrativa<sup>1</sup> costituisce un presupposto per la partecipazione consapevole dei privati alla gestione della cosa pubblica<sup>2</sup>. La sua disciplina normativa è stata oggetto, a partire

---

Articolo oggetto di precedente pubblicazione: v. A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Le istituzioni del federalismo*, v. XXXVII, 2016, pp. 725-752.

\* Professoressa associata presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento; titolare dei corsi di Diritto urbanistico e delle opere pubbliche e di Diritto e genere presso la Facoltà di Giurisprudenza, del corso di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Economia e Management e del corso di Legislazione dei beni culturali LM presso il Dipartimento di Lettere e Filosofia.

1. A lungo il legislatore italiano, pur avendolo frequentemente richiamato, non ha espressamente definito il concetto di "trasparenza". Così facendo, ha dimostrato di accoglierne la nozione "tradizionale", intesa come conoscibilità dell'azione amministrativa nel suo dinamico dispiegarsi e controllabilità dei suoi prodotti finali. Per i numerosi riferimenti dottrinali relativi alla definizione "tradizionale" di trasparenza, sia consentito rinviare ad A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 749 ss.

2. La rilevanza concettuale e operativa del principio di trasparenza per lo svolgimento dell'attività amministrativa è ampiamente riconosciuta anche a livello internazionale. Nella dottrina straniera recente in proposito v., per esempio, A. ETZIONI, *Is Transparency the Best Disinfectant?*, in *Journal of Political Philosophy*, 2010, p. 389 ss.; D.

dagli anni novanta del XX secolo, di varie riforme<sup>3</sup>. Parallelamente, alla previsione dell'accesso ai documenti (anch'essa non priva di aggiustamenti progressivi) negli artt. 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 hanno fatto seguito, dapprima, l'introduzione dell'accesso civico nell'art. 5, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e, poi, il suo potenziamento ad opera del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

Le disposizioni via via emanate si sono affiancate le une alle altre, determinando da un lato l'evoluzione in senso polisemico<sup>4</sup> dei concetti "tradizionali"<sup>5</sup> e, dall'altro, l'esigenza di garantire sul piano operativo l'armoniosa convivenza di due tipologie di accesso (entrambe, per così dire, di portata generale) che solo apparentemente presentano una netta linea di demarcazione. La situazione si è ulteriormente complicata a seguito dell'intervento legislativo più recente, che ha reso palesemente multiforme lo stesso istituto dell'accesso civico.

---

LATHROP E L. RUMA, *Open Government. Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, Sebastopol, 2010; A. J. MEIJER, *Transparency*, in *Oxford Handbook of Public Accountability*, M. Bovens, R. E. Goodin e T. Schillemans (a cura di), Oxford, 2013; ID., *Understanding the Complex Dynamics of Transparency*, in *Public Administration Review*, maggio/giugno 2013, p. 1 ss.; ID., *Local Meanings of Targeted Transparency. Understanding the Fuzzy Effects of Disclosure Systems*, in *Administrative Theory and Praxis*, 2013, p. 398 ss.

3. Sulle trasformazioni del concetto di trasparenza intervenute successivamente all'entrata in vigore della l. 241/1990, v., per esempio, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 128 ss., nonché M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, p. 657 ss. V. anche E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 3 ss., e ID., *La trasparenza "totale" delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in *Astrid*, 2011, p. 13 ss., nonché M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 797 ss., e F. TENTONI, *L'oscura trasparenza*, in *Azienditalia*, 2013, p. 231 ss.

4. A questo proposito, sia consentito richiamare le considerazioni espresse in A. SIMONATI, *La trasparenza*, cit., p. 749 ss.

5. Nell'originaria formulazione dell'art. 1, d.lgs. 33/2013, la trasparenza era definita come "accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". Nel testo vigente della disposizione (a seguito della riforma operata dal d.lgs. 97/2016), la definizione è leggermente cambiata: la trasparenza, infatti, attualmente "è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche".

A fronte di tale fermento, può essere utile riflettere sulla reale efficacia proprio dell'accesso civico come meccanismo di trasparenza amministrativa<sup>6</sup>.

## 2. L'accesso civico nella riforma del 2013

L'emanazione del d.lgs. 33/2013 non ha inciso in modo significativo sull'accesso ai documenti di cui alla legge 241/1990<sup>7</sup>. L'indicazione di singole categorie di atti obbligatoriamente inseriti nei siti *web* delle autorità ha per lo più scongiurato il pericolo di sovrapposizione e confusione nell'applicazione dei due istituti<sup>8</sup>. Infatti, l'accesso civico a dati, informazioni e documenti pubblici per legge, disciplinato nel 2013, ha, rispetto all'accesso "tradizionale", un ambito di legittimazione attiva assai più ampio. In primo luogo, non sono previsti oneri motivazionali in capo all'autore della richiesta. Inoltre, la corrispondenza biunivoca tra accesso e documento, propria della normativa del 1990, è stata infranta, poiché l'accesso civico introdotto nel 2013 riguarda (oggi così come nella sua disciplina originaria), oltre che i documenti, anche le informazioni e i dati. Infine, la *ratio* dell'accesso civico è connessa all'intento di assicurare il controllo diffuso sull'attività amministrativa, che resta invece estraneo all'istituto dell'accesso ai documenti di cui alla legge 241.

Sancendo il dovere di rendere disponibili in modo diretto e gratuito alla collettività documenti e informazioni di per sé pubblici in base alla disciplina vigente<sup>9</sup>, il legislatore del 2013 ha espressamente riconosciuto in capo agli amministrati la titolarità di un vero e proprio diritto soggettivo alla loro pubblicazione *online*, che comporta la piena legittimazione

---

6. Per ragioni di sintesi, ci si concentrerà esclusivamente sugli aspetti sostanziali ritenuti di maggiore rilievo ai fini dell'efficacia dell'accesso civico quale strumento di trasparenza amministrativa. Per questo, non ci si soffermerà né sulla questione della gamma dei soggetti a cui l'istituto si applica, né sui profili strettamente processuali della tutela giurisdizionale.

7. Sul rapporto fra l'accesso ai documenti amministrativi e l'accesso civico introdotto dal decreto del 2013, v. in dottrina, per esempio, M. BINDA, *Accesso civico e accesso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990*, in *Temì romani*, 2014, p. 47 ss.

8. Da questo punto di vista, tuttavia, l'orientamento seguito dalla giurisprudenza amministrativa non è univoco: v. *infra*, par. 3.

9. In proposito v., per esempio, P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, p. 687 ss.

a richiederla in caso di indebita inerzia dell'ente. A fronte di tale iniziativa, il soggetto competente è tenuto a provvedere e a fornire riscontri dettagliati.

Poiché il presupposto per l'esercizio dell'accesso civico, come tradizionalmente regolato, risiedeva esclusivamente nella qualificazione legislativa del dato o del documento come pubblico, nella relativa determinazione non v'era in linea di principio traccia di discrezionalità. La formulazione originaria del d.lgs. 33/2013 non escludeva tuttavia l'emersione di attribuzioni di natura discrezionale dell'autorità, allorché era prevista la possibilità che, per applicare in modo più puntuale ed esauriente la "nuova" trasparenza amministrativa, fossero individuate categorie di dati o documenti, ulteriori rispetto a quelli interessati dall'obbligo normativo di pubblicazione, che, pur con l'adozione delle precauzioni necessarie a garantire la tutela della riservatezza, fosse opportuno rendere accessibili alla collettività<sup>10</sup>. Ovviamente, però, l'effettività di tale previsione – suscettibile in astratto di responsabilizzare virtuosamente i soggetti pubblici – è stata in concreto sostanzialmente neutralizzata, soprattutto a causa del riferimento espresso al necessario rispetto del vincolo dell'invarianza finanziaria, di cui all'art. 51 del decreto<sup>11</sup>.

La riforma del 2013, pur avendo rappresentato un indiscutibile passo avanti verso l'auspicata realizzazione di relazioni più trasparenti ed efficienti fra amministrazione e amministrati<sup>12</sup>, non ha tuttavia determinato la trasposizione nell'ordinamento italiano del diritto all'informazione previsto in alcuni ordinamenti stranieri in forza dei *Freedom of*

10. V. art. 4, comma 3, d.lgs. 33/2013 prima della riforma intervenuta a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 97/2016. La disposizione, oggi abrogata, è (per così dire) compensata dall'introduzione nel 2016 del "nuovo" accesso civico: v. *infra*, par. 4.

11. Per la trattazione più ampia di questi profili, sia consentito richiamare nuovamente A. SIMONATI, *La trasparenza*, cit., p. 749 ss.

12. Sulla portata innovativa del d.lgs. 33/2013 v., per esempio, P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013, p. 27; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, p. 875 ss. Inoltre, v. M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2015, p. 63 ss.; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico (Transparency and "civic access")*, in *Nuove autonomie*, 2014, p.563 ss.; V. ESPOSITO, F. DEL GROSSO e G. PASSANNANTI, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso ed il diritto civico*, all'indirizzo <http://www.filodiritto.com/articoli/2013/07/il-diritto-sociale-alla-trasparenza-tra-il-diritto-di-accesso-e-l-accesso-civico>.

*Information Acts*<sup>13</sup>. In realtà, come attenta dottrina<sup>14</sup> ha opportunamente evidenziato, in quei sistemi l'accesso alla documentazione e alle informazioni in possesso della PA rappresenta una regola generale, operante a prescindere dall'esistenza di obblighi di pubblicazione espressamente normati. Le eccezioni, preordinate a salvaguardare alcune fattispecie di segreto connesse al perseguimento dell'interesse pubblico e alla tutela del diritto alla riservatezza individuale, sono invece tassativamente previste dal legislatore e di stretta interpretazione. Dunque, nei FOIA si riconosce a chiunque il diritto, azionabile in giudizio, di accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione (sempre che non siano in tutto o in parte sottratte all'accesso pubblico, perché rientranti in uno dei casi di esclusione codificati e tassativamente applicabili).

L'accesso civico previsto in Italia nel 2013, invece, più che espressione del diritto della persona umana di informarsi, è lo strumento mediante cui il *quivis de populo*, a fronte di una condotta omissiva dell'autorità, può esigere la conoscibilità dei documenti, dei dati o delle informazioni pubblici per legge ed è automaticamente in grado di attivare tale pretesa anche in sede giurisdizionale. Tuttavia, con l'inserimento degli atti nel sito *web*, il diritto di accesso civico è pienamente soddisfatto; pertanto, il legame con la realizzazione dell'interesse alla conoscenza globalmente inteso è labile e non consente di ricondurre il diritto al nucleo delle attribuzioni individuali fondamentali *ex art. 2 Cost.* In altri termini, se è forse un po' eccessivo qualificarlo rigorosamente come *munus publicum*<sup>15</sup> (dal momento che spesso all'esigenza di assicurare un controllo diffuso sull'attività amministrativa si affianca probabilmente il desiderio dell'istante di acquisire informazioni utili al fine di tutelare efficacemente un interesse individuale), più che dell'espressione di un diritto fondamentale dei singoli

---

13. In proposito, nella dottrina internazionale recente, v., per esempio: B. HOUSTON, *Freedom of Information Acts: Promises and Realities*, in *Open Government*, D. Lathrop e L. Ruma, cit., p. 327 ss.; M. SAVINO, *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, all'indirizzo <http://dx.doi.org/10.1787/5km4g0zfqt27-en>; J. TAYLOR e E. BURT, *How Do Public Bodies Respond to Freedom of Information Legislation? Administration, Modernisation and Democratisation*, in *Policy & Politics*, 2010, p. 119 ss.

14. In proposito, v. soprattutto V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 789 ss. e riferimenti ivi indicati. V. anche, per esempio, G. FIENGO, *La difficile via italiana*, in *Rass. avv. Stato*, 2012, p. 235 ss.

15. Cfr. però, per esempio, S. GIACCHETTI, *Diritto di accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nonché M. R. SPASIANO, *Il "diritto di accesso"*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 288 ss.

alla conoscenza si tratta comunque di un diritto soggettivo "pubblico"<sup>16</sup> ad ottenere dall'amministrazione inadempiente l'adesione a doveri specifici, che incombono in suo capo in ragione di disposizioni puntuali<sup>17</sup>.

Non pare che a contrastare efficacemente questa affermazione sia sufficiente la previsione, nell'art. 6, d.lgs. 33/2013, di una serie di parametri qualitativi dei dati sottoposti a pubblicazione *online*: integrità, aggiornamento, completezza, tempestività dell'inserimento nel sito, semplicità di consultazione, comprensibilità, facile accessibilità, conformità ai documenti originali, riutilizzabilità. La norma indica una serie di requisiti immediatamente vincolanti, la cui applicazione renderebbe la comunicazione svolta dall'amministrazione particolarmente efficace, soprattutto in vista della reale comprensione da parte dei cittadini delle modalità dell'azione pubblica. Tuttavia, se è vero che questa disposizione sembra preconstituire una sorta di "legittima aspettativa" in capo agli utenti di un livello qualitativo minimo dei dati accessibili, è altrettanto vero che l'adempimento puntuale dell'art. 6 richiederebbe in molti casi l'attivazione di idonee misure organizzative e gestionali, la cui realizzazione è quanto mai complicata<sup>18</sup>. Inoltre, a tal fine non sono previsti in capo all'amministrazione veri e propri obblighi presidiati da sanzioni in caso di violazione.

### 3. *Segue. L'accesso civico nell'applicazione giurisprudenziale*

Per valutare il livello di efficacia dell'accesso civico, introdotto con l'art. 5, d.lgs. 33/2013, quale garanzia di trasparenza, è fondamentale ricostruire le tendenze applicative emerse nella giurisprudenza amministrativa. Proprio i giudici amministrativi hanno un ruolo di grande rilievo, dal momento che l'accesso civico e quello "tradizionale" sono stati equiparati dal legislatore sul piano rimediabile, sotto la comune egida dell'art. 116, comma 4, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104<sup>19</sup>.

16. V. soprattutto F. TENTONI, *L'oscura trasparenza*, cit., p. 231 ss.

17. A proposito della natura giuridica dell'accesso civico, v. in dottrina, per esempio, P. BARDASI e A. FABBRI, *Trasparenza: l'accesso civico quale nuovo diritto del cittadino (l'esperienza dell'azienda U.s.l.Ferrara)*, in *Ragiusan*, 2014, p. 359 ss., e V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 789 ss.

18. In particolare, la difficoltà maggiore è rappresentata dalla necessaria adesione al vincolo dell'invarianza finanziaria nell'attuazione del d.lgs. 33/2013, introdotto originariamente nell'art. 51 e mantenuto dopo la riforma del 2016.

19. In base a questa disposizione, il giudice adito, "sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, [...]

Dalle sentenze emanate possono essere tratte, infatti, interessanti precisazioni e sollecitazioni.

In primo luogo, si è riconosciuta la netta difformità sostanziale fra l'accesso civico e l'accesso "tradizionale"<sup>20</sup>. Ne deriva l'orientamento in base al quale, in ossequio ai principi generali, è inammissibile il ricorso presentato *ex art. 116 c.p.a.* senza che vi si sia chiarito quale dei due accessi si desideri ottenere<sup>21</sup>. Inoltre, si è tendenzialmente escluso che la disciplina dell'accesso civico abbia prodotto effetti ampliativi sull'efficacia di quella dell'accesso amministrativo contenuta nella l. 241/1990<sup>22</sup>. Questa linea non è d'altro canto unanimemente condivisa.

Sono stati espressi orientamenti contrastanti sulla possibilità di applicare retroattivamente le disposizioni del d.lgs. 33/2013<sup>23</sup>. Del resto, anche quando hanno negato la sua retroattività, dall'introduzione dell'accesso civico su un determinato gruppo di dati i giudici hanno dedotto a volte una sorta di espansione dell'applicabilità ai documenti che li contengono dell'accesso "tradizionale"<sup>24</sup>. Analogamente, in qualche sentenza la previsione dell'accesso civico è stata vista come un rafforzamento della possibilità di esercitare l'accesso tradizionale, soprattutto nelle fattispecie in cui l'istante intenda semplicemente curare – e non anche difendere, mediante l'esperimento in sede giudiziaria di un'azione o di un ricorso – il

---

dettando, ove occorra, le relative modalità".

20. V. così TAR Lombardia, Milano, 30 ottobre 2014, n. 2587, in *Guida dir.*, 2014, 48, 45, nonché TAR Lombardia, Milano, 11 dicembre 2014, n. 3027, TAR Campania, Napoli, 3 marzo 2016, n. 1165, e TAR Abruzzo, L'Aquila, 30 luglio 2015, n. 597 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). In proposito in dottrina v. specificamente, per esempio, S. TOSCHEI, *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi: due volti del nuovo sistema amministrativo*, in *Comuni d'Italia*, 2013, 3, 9 ss.

21. In questo senso, correttamente, v. TAR Lazio, Latina, 9 dicembre 2014, n. 1046, in *Foro amm. T.A.R.*, 2014, p. 3231. In termini sostanzialmente compatibili, v. anche Cons. St., 12 maggio 2016, n. 1876; Cons. St., 12 maggio 2016, n. 1877; Cons. St., 12 maggio 2016, n. 1878; Cons. St., 12 maggio 2016, n. 1881; Cons. St., 12 maggio 2016, n. 1891 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

22. V. così soprattutto Cons. St., 20 novembre 2013, n. 5515, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, p. 3166.

23. In senso negativo v., per esempio, Cons. St., 17 giugno 2014, n. 3079, in *Foro amm. C.d.S.*, 2014, p. 1734; in senso affermativo v. TAR Campania, Napoli, 5 novembre 2014, n. 5671, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

24. V. TAR Umbria, 16 febbraio 2015, n. 69, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in materia di contratti pubblici, in cui il giudice ha prospettato, altresì, la conseguente intensificazione dell'obbligo di dimostrare l'esistenza di un diritto alla riservatezza sui dati, ostativo della loro esibizione.

suo patrimonio giuridico<sup>25</sup>. Recentemente, poi, taluni giudici amministrativi hanno poggato la decisione di consentire l'accesso "tradizionale" sulla constatazione che le informazioni contenute nel documento erano oggetto di pubblicazione obbligatoria (e dunque di accesso civico) in base al d.lgs. 33/2013<sup>26</sup>.

Una questione aperta ha a che fare con la tassatività delle disposizioni del d.lgs. 33/2013 che indicano i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria. Secondo una linea meno recente, le norme vanno interpretate restrittivamente. In questo senso, per esempio, si è mossa la sentenza del TAR parmense<sup>27</sup> in cui, alla luce del combinato disposto degli artt. 14 e 15, d.lgs. 33/2013<sup>28</sup>, si è sottolineata la differenza fra l'obbligo di pubblicazione di ogni compenso elargito ai componenti degli organi di indirizzo politico degli enti pubblici e quello (parallelo, ma più circoscritto) relativo a taluni compensi erogati ai dirigenti e ai consulenti dell'ente; di conseguenza, si è affermato che la previsione del primo non può giustificare a livello interpretativo l'estensione del secondo a tutti i compensi corrisposti. Va detto però che, più recentemente, qualche sentenza è andata in direzione diversa e ha interpretato l'introduzione del d.lgs. 33/2013 come affermazione della regola per cui tutti i documenti amministrativi sono, in via generale, da ritenersi accessibili, salvo specifiche e tassative eccezioni<sup>29</sup>. Questo orientamento, che traeva spunto dalle disposizioni introduttive del decreto e ne valorizzava la portata potenzialmente sistematica, assume oggi nuova vitalità, alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. 97/2016.

Più in generale, l'idea per cui vi sarebbe una relazione quasi osmotica fra la disciplina dell'uno e dell'altro accesso si sta facendo largo in giurisprudenza. Questa linea non è priva di importanti ripercussioni.

---

25. Benché in un *obiter*, v. in questi termini, per esempio, TAR Piemonte, 8 gennaio 2014, n. 9, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

26. V. così, per esempio, TAR Lombardia, Brescia, 4 marzo 2015, n. 360, in *Foro amm. T.A.R.*, 2015, p. 874 e TAR Abruzzo, 16 aprile 2015, n. 288, in *Foro amm. T.A.R.*, 2015, p. 2087.

27. V. TAR Emilia-Romagna, Parma, 23 ottobre 2014, n. 377, in *Foro amm. T.A.R.*, 2014, p. 2623. V. anche TAR Puglia, Bari, 16 settembre 2016, n. 1253, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

28. Nonostante entrambe le disposizioni siano state modificate dal d.lgs. 97/2016, non pare che la riforma abbia significativamente intaccato il profilo esaminato dalla giurisprudenza amministrativa richiamata nel testo.

29. V. TAR Lombardia, Brescia, 4 marzo 2015, n. 360, cit.

In alcune pronunce, per esempio, a fronte di istanze di accesso "tradizionale", il giudice, dopo aver constatato che i documenti oggetto della richiesta rigettata dalla PA rientravano fra quelli da pubblicarsi obbligatoriamente in base al decreto 33, ha ingiunto all'amministrazione di inserirli nel sito *web* istituzionale, consentendo dunque al ricorrente l'esercizio (non dell'accesso ai documenti amministrativi, a cui aspirava, bensì) dell'accesso civico<sup>30</sup>.

L'orientamento da ultimo richiamato è strettamente connesso a un problema di assoluto rilievo. In particolare, dalla valorizzazione delle analogie fra l'accesso "tradizionale" e l'accesso civico deriva l'opinione, occasionalmente espressa nella giurisprudenza amministrativa, per cui i due istituti potrebbero essere esercitati anche congiuntamente sul medesimo documento, ove ricorrano contemporaneamente i presupposti previsti nella l. 241/1990 e nel d.lgs. 33/2013<sup>31</sup>. Questo orientamento sembra parzialmente in contrasto con il comma 3 dell'art. 26, l. 241/1990, in base al quale «con la pubblicazione [...], ove essa sia integrale, la libertà di accesso ai documenti [...] s'intende realizzata». In applicazione della disposizione, tradizionalmente la giurisprudenza amministrativa nega che si possa chiedere l'accesso ad atti già integralmente pubblicati<sup>32</sup>. Ne consegue che, a stretto rigore, la cumulabilità fra le due tipologie di accesso dovrebbe essere ammessa esclusivamente laddove l'obbligo di pubblicazione posto dal decreto 33 non sia integrale, ma riguardi solo una parte dell'atto oppure concerna addirittura soltanto l'elenco degli atti di determinate categorie emanate dall'autorità. Ove, al contrario, l'intero contenuto del documento debba essere pubblicato, la piena realizzazione di tale adempimento dovrebbe precludere la via dell'accesso "tradizionale".

D'altra parte, considerazioni di più ampio respiro potrebbero condurre all'accoglimento di posizioni meno rigide e complessivamente compatibili con l'orientamento giurisprudenziale a cui si è fatto cenno. Precisamente, una maggiore disponibilità, almeno in via transitoria, verso l'utilizzo sempre congiunto delle due tipologie di accesso – ricorrendone i presupposti normativi – potrebbe compensare gli eventuali problemi

---

30. In questi termini v., per esempio, Cons. St., 24 febbraio 2014, n. 865, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). I rischi, quanto meno in termini di compatibilità con il principio della necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato, sono di tutta evidenza. Non a caso, l'orientamento ora indicato è attualmente recessivo.

31. V. TAR Campania, Napoli, 5 novembre 2014, n. 5671, in [www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it).

32. Per esempio, abbastanza recentemente, v. Cons. St., 10 gennaio 2012, n. 25, in [www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it).

applicativi connessi alla scarsa alfabetizzazione informatica degli italiani. In altri termini, è necessario riconoscere che, in questo momento storico, sarebbe anacronistico dare per scontato – e a maggior ragione pretendere – che tutta la popolazione abbia materialmente a disposizione un'adeguata strumentazione informatica e sia in grado di utilizzarla efficacemente. Del resto, le disposizioni sulla trasparenza dell'azione amministrativa (e sull'accesso civico) di cui al decreto 33 qualificano (nell'art. 1, comma 3) la realizzazione del principio come livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Da questa circostanza potrebbero essere tratte, con una certa dose di *vis polemica*, una serie di conseguenze non irrilevanti. Infatti, se si ricostruisse la possibilità di accedere ad Internet come diritto inviolabile che deve essere garantito a tutti<sup>33</sup>, ne potrebbe derivare l'individuazione in capo ai soggetti pubblici dell'obbligo di mettere (gratuitamente) a disposizione dell'utenza una postazione Internet e forse anche di farla presidiare da un dipendente in grado di assistere nelle loro ricerche i cittadini privi di un livello sufficiente di alfabetizzazione informatica<sup>34</sup>. È appena il caso di segnalare che tale interpretazione determinerebbe un aggravamento eccessivo dei doveri gravanti sull'amministrazione e ne farebbero le spese soprattutto gli enti locali di minori dimensioni, che ancor meno di altre istituzioni sarebbero strutturalmente ed economicamente in grado di sostenere i conseguenti oneri. Pertanto, può forse ritenersi che le *chances* dell'accesso civico di porsi realisticamente come strumento di buona amministrazione poggi anche su orientamenti parzialmente "militanti", come quello favorevole al cumulo fra accesso civico e accesso "tradizionale", che, non a caso, sembra in cauta ma tendenziale espansione<sup>35</sup>.

---

33. Sulla configurazione giuridica del diritto di accedere a *internet*, v., per esempio: P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 263 ss.; T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus*, 2011, p. 121 ss.; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La comunità internazionale*, 2010, p. 395 ss.

34. In proposito, sia consentito richiamare A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa nella normativa italiana: un principio in evoluzione*, in *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon*, D. De Pretis, M. Malo e B. Marchetti (a cura di), Napoli, 2015, in particolare p. 364.

35. V., per esempio, TAR Lombardia, Brescia, 4 marzo 2015, n. 360, cit., in cui si afferma che va accolta la domanda di accesso ad atti soggetti a pubblicazione, che già

Ciò, a maggior ragione, poiché per altri versi la giurisprudenza amministrativa non appare affatto propensa a tenere conto delle possibili difficoltà derivanti dalla scarsa alfabetizzazione informatica dei cittadini. È emblematica, sul punto, la sentenza del TAR sardo, in cui il ricorso è stato ritenuto inammissibile perché secondo l'amministrazione i dati richiesti erano già stati pubblicati *online*. Il ricorrente aveva prodotto la comunicazione della PA con cui questa indicava il *link* relativo, che però a suo dire non lo aveva condotto a visionare il documento desiderato. Il giudice ha respinto il ricorso, accollando all'istante l'onere di fornire la prova dell'effettivo malfunzionamento del *link* al momento della sua comunicazione da parte dell'autorità<sup>36</sup>.

D'altro canto, la valorizzazione di un rapporto totalmente osmotico fra le due forme di accesso potrebbe produrre anche risultati controproducenti. Infatti, in certi casi questo approccio finisce inopinatamente per restringere l'ambito di applicabilità o l'intensità della tutela dei privati, come è avvenuto allorché il giudice amministrativo ha applicato all'istanza per l'esercizio dell'accesso civico le regole di legittimazione operanti (esclusivamente) per chi chiede l'accesso ai documenti *ex lege* 241. È eloquente, in proposito, la decisione in cui l'istanza di accesso civico presentata non direttamente dall'interessato ma dal suo avvocato privo di procura speciale è stata dichiarata inammissibile, poiché il giudice (paradossalmente) ha dato per scontato proprio che all'accesso civico si debbano automaticamente applicare tutte le regole – anche di legittimazione attiva – previste nella l. 241/1990 per l'accesso "tradizionale"<sup>37</sup>.

Altri segnali poco incoraggianti emergono sul piano dell'efficacia delle garanzie rimediale in caso di violazione del diritto di accesso civico, in particolare allorché il giudice amministrativo ha accollato all'aspirante accedente l'onere di dimostrare che l'impossibilità di esercitare in concreto tale diritto è dipesa da causa a lui non imputabile. In particolare, in una interessante fattispecie, a fronte della pubblicazione tardiva sul sito istituzionale di una serie di dati sottoposti all'accesso civico, il ricorrente chiedeva (anche) il risarcimento del danno da ritardo. Il giudice ha negato il risarcimento, osservando in primo luogo che il ritardo era stato lieve, in secondo luogo che l'istante non aveva dimostrato l'esistenza del pregiudizio e, in terzo luogo, che comunque l'impianto sanzionatorio per la

---

solo per questo motivo dovrebbero essere ostensibili a chiunque ne richieda l'accesso, anche nella forma del diritto di accesso civico.

36. V. TAR Sardegna, 23 aprile 2015, n. 719, in *Foro amm. T.A.R.*, 2015, p. 1265.

37. V. TAR Sardegna, 12 giugno 2015, n. 860, in *Foro amm. T.A.R.*, 2015, p. 1816.

violazione delle norme sull'accesso civico è predisposto in modo esaustivo dagli artt. 46-47, d.lgs. 33/2013<sup>38</sup>.

Le resistenze manifestate dalla giurisprudenza amministrativa sono evidentemente connesse alla preoccupazione di non aggravare eccessivamente gli oneri organizzativi in capo alla PA, ma forse non tengono sufficientemente conto del fatto che la previsione dell'accesso civico non è fine a sé stessa, ma è sistematicamente correlata al macro-principio di trasparenza, alla realizzazione della partecipazione all'attività amministrativa e all'ottimizzazione del suo risultato<sup>39</sup>.

#### 4. *Gli sviluppi successivi: l'accesso civico nel d.lgs. 97/2016 e i principali profili problematici della riforma*

La riforma attuativa della l. 7 agosto 2015, n. 124 realizza solo in parte gli auspici manifestati nel senso dell'introduzione di un vero e proprio FOIA nel nostro ordinamento giuridico<sup>40</sup>. Nel d.lgs. 97/2016<sup>41</sup> è prevista

---

38. V. così TAR Sardegna, 14 maggio 2015, n. 773, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Meno rilevante sul punto, ma comunque degna di un breve riferimento, è TAR Sardegna, 23 aprile 2015, n. 719, ove si nega il risarcimento perché la relativa domanda era espressa in termini eccessivamente generici.

39. Non a caso, secondo alcuni giudici amministrativi, la competenza giurisdizionale dovrebbe risiedere in capo al giudice ordinario per le controversie in materia di dati personali *ex art. 152 del Codice dati*: v. così, per esempio, TAR Milano, 3 marzo 2015, n. 615, in *Foro amm. T.A.R.*, 2015, p. 871.

40. Una delle indicazioni contenute nella legge delega del 2015 riguarda la realizzazione del principio "*digital first*" nei rapporti fra amministrazione e amministrati [v. art. 1, comma 1, lett. b)]. Tale auspicio trova espressione anche nella disciplina del "nuovo" accesso civico, che proprio su questo aspetto può suscitare qualche timore di scarsa effettività, dato il basso livello di alfabetizzazione informatica della popolazione italiana, già segnalato. Pertanto, forse sarebbe bene prendere spunto dall'esperienza britannica (in cui, come pure è noto, il FOIA del 2000 è entrato pienamente in vigore nel 2005) per prevedere l'entrata in vigore "graduale" del decreto attuativo della l. 124/2015, facendola precedere da una campagna di informazione e formazione della cittadinanza nel senso dell'alfabetizzazione informatica; naturalmente, però, una scelta di questo tipo avrebbe richiesto l'impegno di finanziamenti pubblici *ad hoc*, in contrasto con il perdurante vincolo normativo dell'invarianza finanziaria.

41. Fra i primi commenti dottrinali alla bozza del decreto legislativo, v., per esempio, D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

una nuova forma di accesso civico<sup>42</sup>, che non sostituisce né l'accesso ai documenti disciplinato nella l. 241/1990, né l'accesso civico su dati e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria (che ormai potremo definire "tradizionale") introdotto nel 2013.

Il "nuovo" accesso civico opera non più come l'altra faccia della pubblicazione obbligatoria, bensì come strumento di trasparenza ulteriore. In base all'art. 5, d.lgs. 33/2013 (nella versione attualmente vigente), infatti, esso può essere esercitato da chiunque, senza limiti di legittimazione né di motivazione dell'istanza. Inoltre, dalla lettera normativa sembra potersi desumere che, qualora la richiesta abbia esito positivo, l'effetto ostensivo sia forse suscettibile di prodursi a vantaggio dell'intera collettività. In tal senso parrebbe deporre l'attuale formulazione dell'art. 3, d.lgs. 33/2013, in base al quale «tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, *ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria* ai sensi della normativa vigente sono pubblici»<sup>43</sup>. Ne deriverebbe che sono pubblici non solo gli elementi oggetto di pubblicazione obbligatoria (a cui si riferisce l'accesso civico "tradizionale"), bensì tutti quelli attualmente sottoposti ad accesso civico. Pertanto, stando alla formulazione della disposizione, sembra di poter dire che, in seguito all'accoglimento di una richiesta di "nuovo" accesso civico, il documento, il dato o l'informazione di cui l'istante è stato posto a conoscenza "diventa" pubblico e chiunque dovrebbe potervi a sua volta accedere. D'altro canto, non va sottaciuto che ad oggi non è difficile prevedere che le amministrazioni saranno alquanto restie ad assecondare l'interpretazione ora prospettata e, in mancanza di indicazioni inequivocabili nel senso indicato, saranno probabilmente propense a circoscrivere l'esercizio del "nuovo" accesso civico solo in capo agli autori di specifiche istanze, evitando invece l'immediata pubblicazione degli atti con efficacia, per così dire, *erga omnes*.

Inoltre, nell'art. 5-*bis* del decreto 33, è attualmente ammesso il diniego alla richiesta di "nuovo" accesso civico da parte della PA per evitare «un pregiudizio concreto» alla tutela di una serie assai nutrita di interessi pubblici e privati. Benché si ponga nel solco della sostituzione del *need to know* con il *right to know* (espressione del generale diritto all'informazione), il "nuovo" accesso civico si affianca quindi alla permanenza di una gamma ampia di limiti.

---

42. È interessante anche la modificazione della rubrica del decreto 33, in cui l'accesso civico è ora espressamente menzionato, in tal modo assumendo assoluta centralità nel contesto normativo.

43. V. così l'art. 3, comma 1, d.lgs. 33/2013.

Le regole appaiono particolarmente intricate con riferimento alla difesa degli interessi privati: infatti, sono espressamente richiamati «la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia», nonché la «libertà e segretezza della corrispondenza» e gli «interessi economici e commerciali» di persone fisiche e giuridiche<sup>44</sup>. In proposito, risulta piuttosto ambiguo il rinvio alla normativa in materia di tutela dei dati personali. Benché non si faccia espressamente riferimento al *trattamento* di tali informazioni, a prima vista parrebbe ragionevole ritenere che il legislatore del 2016 abbia inteso richiamare il d.lgs. 196/2003 e non anche il comma 6, lett. *d*), dell'art. 24, l. 241/1990 (ove, come è noto, è ammessa la possibilità di negare o limitare l'accesso ai documenti amministrativi per salvaguardare il diritto alla riservatezza di terzi). Il rispetto dei limiti all'accesso ivi previsti, però, è espressamente imposto dall'art. 7-*bis*, comma 6, d.lgs. 33/2013<sup>45</sup>. Inoltre, come pure è ampiamente noto, lo stesso Codice del 2003 richiama la normativa a tutela della riservatezza quale limite al diritto di accesso di cui alla legge 241<sup>46</sup>. È pertanto probabile che, nel momento applicativo, l'amministrazione tenderà a restringere la portata del "nuovo" accesso civico, tenendo conto dell'esigenza di protezione dei controinteressati in modo globale e non solo con riferimento agli interessi espressamente menzionati nella norma.

Al profilo problematico ora indicato se ne affiancano altri, forse meno evidenti ma non meno rilevanti.

Si pensi, per esempio, alla formulazione attuale dell'art. 5, comma 3, d.lgs. 33/2013: se, da un lato (come già segnalato), non è richiesta alcuna motivazione della domanda di ("nuovo") accesso civico<sup>47</sup>, dall'altro questa deve indicare i dati, le informazioni e i documenti richiesti. Tale livello di dettaglio appare forse un po' eccessivo nell'ottica del *favor* per

44. V. art. 5-*bis*, comma 2, lett. *a*), *b*) e *c*), d.lgs. 33/2013.

45. In base al comma 6 della disposizione, "restano fermi i limiti all'accesso e alla diffusione delle informazioni di cui all'articolo 24, commi 1 e 6, della legge 7 agosto 1990, n. 241".

46. V. art. 59, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

47. È interessante sul punto l'obiezione espressa nel parere del Garante per il trattamento dei dati personali sulla bozza del decreto 97/2016, per cui, data la genericità dell'indicazione dei limiti e l'assenza di indicazioni normative circa criteri di bilanciamento, sarà (paradossalmente) difficile per la PA decidere sull'istanza in modo trasparente dato che questa non deve essere motivata: v., precisamente, parere 3 marzo 2016, n. 92, all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4772830>. Va detto, poi, che il sistema dei rinvii alla l. 241/1990 complica la valutazione da parte della PA destinataria dell'istanza confonde i piani fra accesso amministrativo e nuovo accesso civico.

la trasparenza amministrativa, che dovrebbe rappresentare il *focus* della riforma del 2016. Sarebbe forse stato sufficiente imporre all'istante di indicare la natura e l'oggetto dei dati a cui desidera accedere.

Un ulteriore aspetto potenzialmente critico ha a che fare con la parziale onerosità dell'esercizio del "nuovo" accesso civico, per quanto con riferimento esclusivamente ai costi effettivamente sostenuti dall'amministrazione per soddisfare la richiesta. È evidente che questa previsione è suscettibile di scoraggiare le iniziative ostensive dei singoli, quanto meno ove non fondate su esigenze autoprotettive radicate. Tuttavia, la totale gratuità sembrava preclusa dalla necessaria adesione al vincolo dell'invarianza finanziaria nell'attuazione della riforma, ribadito nella legge delega del 2015<sup>48</sup>. Su questo fronte si sarebbe forse potuto introdurre qualche correttivo, per esempio accollando i costi al privato solo entro una certa soglia quantitativa, oppure – al contrario – ponendoli in suo capo solo oltre una certa soglia; il che avrebbe potuto produrre anche un effetto disincentivante rispetto alla presentazione di istanze di proporzioni tali da rendere inefficiente l'attività amministrativa<sup>49</sup>.

Perplessità potrebbero sorgere, poi, per la mancata previsione di meccanismi idonei a prevenire o arginare richieste di accesso vessatorie. In proposito, sarebbe forse stato utile prendere spunto da alcuni dei FOIA già esistenti<sup>50</sup> e prevedere che la PA non sia tenuta a soddisfare istanze evidentemente ripetitive e prive di elementi di novità rispetto ad altre già rigettate in forma espressa. È chiaro, però, che l'attribuzione all'amministrazione di un potere di questo tipo avrebbe potuto produrre in concreto la compressione delle istanze comunicative dei privati, in base a parametri in parte opinabili. Pertanto, sarebbe stato comunque doveroso richiedere espressamente al destinatario della domanda un'attenzione accentuata, per esempio attribuendogli l'onere di evidenziare l'ossessività dell'istanza

---

48. V. art. 1, comma 1, l. 124/2015.

49. Sollecitazioni interessanti, da questo punto di vista, provengono dal diritto comparato. Per limitare i riferimenti a quello forse più significativo si pensi, per esempio, alla predisposizione (mediante appositi atti regolamentari) di massimali nei costi accollati all'autore dell'istanza, prevista nella *Section 9* del *Freedom of Information Act* britannico. In proposito, v. anche le *Section 12* e *13*.

50. Anche in questo caso, interessanti spunti possono essere tratti, fra l'altro, dall'analisi della legislazione britannica. In base alla *Section 14* del *Freedom of Information Act* del 2000, per arginare eventuali richieste ostensive vessatorie, si esonera l'amministrazione dal dovere di rispondere a istanze con oggetto identico o molto simile presentate dallo stesso soggetto prima che fra l'una e l'altra sia intercorso un lasso temporale ragionevole.

almeno la prima volta (e consentendo, successivamente, la motivazione *per relationem* del diniego). Il legislatore del 2016 non è intervenuto in tal senso, probabilmente per evitare eccessive complicazioni nell'esercizio del potere ostensivo. È possibile, però, che la prassi applicativa conduca a breve a risultati almeno in parte simili, dal momento che la regola tendenziale a cui si è ora fatto cenno deriva, come è noto, dalle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di reiterazione dell'istanza di accesso "tradizionale"<sup>51</sup>.

Altre questioni sono state oggetto di ripensamenti, alla luce delle sollecitazioni ricevute dal legislatore nel corso del procedimento normativo. Precisamente, l'intento di valorizzare le potenzialità del "nuovo" accesso civico come meccanismo di garanzia per l'effettivo controllo diffuso dei singoli sull'azione amministrativa sembra aver guidato le modifiche apportate alla bozza di testo del decreto 97, in accoglimento dei rilievi espressi in alcuni contributi dottrinali<sup>52</sup> e nei pareri istituzionali<sup>53</sup> in proposito emanati.

In primo luogo, risulta ora intenso ed omogeneo il dovere motivazionale rispetto alle decisioni sulle richieste di accesso civico<sup>54</sup>.

---

51. V. Cons. St., ad. plen., 20 aprile 2006, n. 7, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1527, con nota redazionale di A. SIMONATI, a cui pure sia consentito rinviare.

52. V. D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, cit. Inoltre, v. A. M. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico introdotto dalla riforma Madia e i modelli di riferimento*, all'indirizzo <http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/index.php/il-nuovo-accesso-civico-introdotto-dalla-riforma-madia-e-i-modelli-di-riferimento>. Interessante e puntuale è stato anche il dibattito apparso *online* in [www.foia4italy.it](http://www.foia4italy.it).

53. In vista dell'emanazione del decreto, sono stati acquisiti i pareri del Garante per la protezione dei dati personali (v. parere 3 marzo 2016, n. 92, cit.), della Conferenza unificata (v. parere 3 marzo 2016, all'indirizzo [http://www.anci.it/Contenuti/Allegati/2\\_3\\_2016%20corruzione%20e%20trasparenza%20scheda.doc](http://www.anci.it/Contenuti/Allegati/2_3_2016%20corruzione%20e%20trasparenza%20scheda.doc)) e del Consiglio di Stato (v. Cons. St., sez. cons., 24 febbraio 2016, n. 515, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Anche l'ANAC ha espresso il suo punto di vista sulla bozza di decreto con la segnalazione 2 marzo 2016, n. 1 (in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

54. Infatti l'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 33/2013, come modificato nel 2016, dispone che debbano essere motivati tutti i provvedimenti relativi alle richieste di accesso civico; la medesima disposizione chiarisce ulteriormente che la motivazione delle decisioni di diniego deve essere formulata con espresso riferimento a uno dei limiti indicati tassativamente nel successivo art. 5-bis.

Inoltre, sono state recepite le critiche a suo tempo manifestate circa la previsione di un caso di silenzio-rigetto sull'istanza<sup>55</sup>. Nella formulazione vigente dell'art. 5, d.lgs. 33/2013, infatti, non c'è alcun riferimento al silenzio significativo. All'inerzia del destinatario della domanda di accesso, anzi, si fa riferimento solo per affiancare questa eventualità a quelle in cui è praticabile la richiesta di riesame da parte dell'interessato, prima dell'eventuale esperimento del ricorso in sede giurisprudenziale<sup>56</sup>.

Ma lo sforzo più encomiabile profuso dal legislatore del 2016 va proprio nel senso del potenziamento del circuito rimediabile, in particolare mediante la predisposizione di meccanismi giustiziali (coinvolgenti vari livelli istituzionali, dal responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza presso l'autorità competente<sup>57</sup> al difensore civico del pertinente livello territoriale<sup>58</sup>, che decidono se necessario sentito il Garante per la protezione dei dati personali) attivabili prima dell'instaurazione del processo dinanzi al giudice amministrativo. Tale iniziativa è quanto mai opportuna, in primo luogo perché può contribuire ad arginare il rischio di proliferazione del contenzioso in sede processuale. Queste previsioni inoltre colmano in parte la disparità nell'intensità della tutela garantita ai titolari di dati riservati che intendano opporsi all'esercizio sulle informazioni che li riguardano dell'accesso civico di terzi.

Invero, la posizione di svantaggio dei controinteressati all'accesso è da tempo oggetto di riflessione anche da parte di chi si occupa dell'analisi della l. 241/1990<sup>59</sup>. Tale condizione di vulnerabilità è stata accentuata dalla vigente formulazione del combinato disposto degli artt. 25, comma 4, l. 241/1990 e l. 116 c.p.a., in cui è ormai abbastanza palese che il ricorso giurisdizionale in materia di accesso è praticabile soprattutto per gli istanti che

---

55. In questi termini v., per esempio, C. CESARANO, *Decreto trasparenza: senza modifiche drastiche non è un vero FOIA*, all'indirizzo <http://www.foia4italy.it/news/testo-foia-madia-trasparenza>, ma soprattutto Cons. St., sez. cons., 24 febbraio 2016, n. 515, cit., in particolare punto II.II.

56. V. art. 5, comma 7, d.lgs. 33/2013, come modificato nel 2016.

57. V. nuovamente art. 5, comma 7, d.lgs. 33/2013, come modificato nel 2016. Peraltro va detto, in proposito, che alla previsione delle funzioni di vigilanza e garanzia del rispetto della normativa in capo al responsabile presso ciascuna amministrazione sarebbe stato utile affiancare più incisivi poteri sanzionatori, anche in termini economici, nei confronti dei funzionari che violano le regole sulla trasparenza.

58. V. art. 5, comma 8, d.lgs. 33/2013, come modificato nel 2016.

59. Sia consentito richiamare, in proposito, A. SIMONATI e M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M. A. Sandulli (a cura di), Milano, 2011, p. 1123 ss., in particolare p. 1143 ss., 1157 ss. e 1168 ss.; v. anche gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi reperibili.

si siano visti opporre un diniego<sup>60</sup>. La protezione dell'interesse dei titolari dei dati riservati contenuti nella documentazione è prevalentemente affidata, dapprima, al percorso procedimentale – ove costoro sono consultati e possono manifestare la propria opposizione all'esercizio dell'accesso<sup>61</sup> – e poi, eventualmente, alla difficile via risarcitoria dell'eventuale danno subito a seguito di indebita ostensione delle informazioni che li riguardano. L'introduzione del "nuovo" accesso civico ha dunque arricchito lo strumentario, estendendo ai controinteressati la possibilità non solo di partecipare al procedimento instaurato con la domanda ostensiva, ma anche di attivare i meccanismi giustiziali settoriali. Inoltre, è degna di nota la previsione della sospensione obbligatoria dell'esercizio del "nuovo" accesso civico, ove i titolari dei dati riservati abbiano manifestato la loro opposizione, per consentire loro proprio di attivare i rimedi alternativi al processo<sup>62</sup>. Ne deriva, nel complesso, un'attenzione maggiore di quella palesata in passato per la posizione di tale categoria di soggetti.

##### 5. *I profili più rilevanti per l'attività degli enti locali*

L'attuazione del d.lgs. 33/2013 (come modificato dal d.lgs. 97/2016) richiederà evidentemente agli enti locali un significativo impegno.

D'altra parte, è forse prospettabile un effetto almeno parzialmente inatteso. Infatti, il diritto di accesso da tempo esercitabile nell'ambito degli enti locali in base al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267<sup>63</sup> assume alcuni caratteri assimilabili a quelli propri dell'accesso civico, in particolare rispetto all'oggetto della relativa istanza (che può riguardare direttamente le informazioni in possesso dell'amministrazione e non solo i documenti,

---

60. A tale risultato conduce, pare di poter dire, il combinato disposto degli artt. 116, comma 1, c.p.a., ove l'utilizzo del rimedio giurisdizionale è ammesso, in generale, "contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi", e 25, comma 4, l. 241/1990, in base al quale, invece, il processo può essere attivato dal "richiedente". In proposito, rileva anche il fatto che lo stesso art. 116, comma 1, c.p.a. abbia esteso l'applicabilità del rimedio giurisdizionale non a tutte le fattispecie in cui risultino violate le norme di cui al d.lgs. 33/2013, ma solo "per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza"; la disposizione non ha subito ulteriori modifiche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 97/2016.

61. V. art. 3, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184.

62. V. art. 5, commi 5, 6 e 9, d.lgs. 33/2013, come modificato nel 2016.

63. Nell'ambito del TUEL, rileva in proposito il combinato disposto degli artt. 6, comma 2, e 10.

come invece nel caso dell'accesso "tradizionale" ex legge 241/1990<sup>64</sup> e alla legittimazione in capo a tutti i cittadini, senza che sia necessario dimostrare la titolarità di interessi qualificati<sup>65</sup>. Pertanto, le amministrazioni locali dovrebbero aver già acquisito un bagaglio di conoscenze operative tale da consentire loro di fronteggiare l'intensificazione delle aspirazioni ostensive avanzate dai singoli che necessariamente deriverà dalle recenti riforme normative<sup>66</sup>.

Resta il fatto che la realizzazione concreta di alcune delle misure previste nella disciplina attualmente vigente potrebbe rivelarsi assai

---

64. A proposito del rapporto fra le due tipologie di accesso, già nell'immediatezza dell'emanazione della l. 8 giugno 1990, n. 142 (che, come è noto, rappresenta il precedente normativo del d.lgs. 267/2000), in dottrina v., per esempio: G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1989, p. 29 ss.; G. SCIULLO, *Sintonie e dissonanze fra le l. 8 giugno 1990 n. 142 e 7 agosto 1990 n. 241: riflessi sull'autonomia normativa locale*, in *Foro amm.*, 1990, p. 2198 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990, n. 241 e il problema della legittimazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 93 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, p. 1304. Successivamente v., per esempio, M. A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 570. Cfr. R. CAMELI, *Considerazioni in tema di accesso agli enti delle amministrazioni locali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 3578 ss. In prospettiva sintetica, v. poi N. GULLO, *Prime note sull'accesso ai documenti amministrativi degli enti locali dopo la l. n. 69 del 2009*, in *Nuove autonomie*, 2009, p. 87 ss. Sia consentito richiamare anche A. SIMONATI, *L'accesso agli atti degli enti locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, p. 77 ss.

65. A questo proposito, in giurisprudenza, v., per esempio: TAR Puglia, Lecce, 12 aprile 2005, n. 2067, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, p. 1224; TAR Campania, Salerno, 7 dicembre 2004, n. 2912, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, p. 3817. Una parte della giurisprudenza amministrativa, però, si è dimostrata restia a riconoscere una netta distinzione di presupposti fra l'accesso "generale" e quello agli atti in possesso degli enti locali; v., per esempio: Cons. St., 29 novembre 2004, n. 7773, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 3575; Cons. St., 18 marzo 2004, n. 1412, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 831; TAR Lombardia, Milano, 27 agosto 2004, n. 3284, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, p. 1982; Cons. St., 8 settembre 2003, n. 5034, in *Foro it.*, 2004, p. 510; Cons. St., 26 settembre 2000, n. 5105, in *Foro amm.*, 2000, p. 9. In proposito, per ulteriori riflessioni e riferimenti, sia consentito rinviare nuovamente ad A. SIMONATI, *L'accesso*, cit., 77 ss.

66. A questo proposito, già Cons. Stato, 20 ottobre 2004, n. 6879, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 2898, richiamava i rischi di matrice organizzativa connessi all'ampliamento della legittimazione attiva all'accesso nell'ambito degli enti locali. Una risposta era idealmente fornita dalle pronunce in cui si sottolineava la rilevanza dei progressi tecnologici per superare tali difficoltà: v. così, per esempio, TAR Puglia, Lecce, 12 aprile 2005, n. 2067, in *Gior. dir. amm.*, 2006, p. 76.

complicata<sup>67</sup>, soprattutto negli enti dotati di minori risorse finanziarie e strutturali. Di tale profilo il legislatore del 2016 sembra in qualche misura aver tenuto conto. In particolare, in vista dell'adeguamento del sito web istituzionale, emerge il tentativo di semplificare gli adempimenti richiesti, a vantaggio soprattutto delle realtà istituzionali meno complesse<sup>68</sup>.

In generale, l'adeguamento organizzativo necessario non potrà non richiedere tempi ragionevolmente distesi. Per questo, in sede di parere sulla bozza del decreto, la Conferenza unificata aveva segnalato l'opportunità di dilazionare il termine per la realizzazione concreta degli adempimenti<sup>69</sup>. Tale auspicio si è tradotto nella disposizione dell'art. 42, comma 2, d.lgs. 97/2016, per cui gli obblighi di pubblicazione delle banche dati di cui all'art. 9-*bis* del decreto 33 diventeranno efficaci solo dopo un anno dall'entrata in vigore della riforma del 2016.

Su altri fronti, però, l'impatto nell'ambito degli enti locali potrebbe rivelarsi non del tutto soddisfacente. Per esempio, il coinvolgimento (fra l'altro) dei difensori civici nelle procedure giustiziali attivabili in materia di esercizio dell'accesso civico potrebbe operare in concreto in modo un po' macchinoso. Com'è noto, infatti, i difensori civici sono stati

---

67. Come già segnalato, per ragioni di sintesi, in questa sede ci si sofferma sugli aspetti sostanziali connessi all'attuazione delle disposizioni relative all'accesso civico. Ciò non toglie che anche questioni più generali non siano prive di rilievo, nella prospettiva dell'attività degli enti locali. In particolare, il riferimento va alle previsioni sul ruolo del responsabile per la trasparenza. Sul punto, è doveroso segnalare quanto meno che, in base all'art. 1, comma 7, l. 6 novembre 2012, n. 190 [come modificato dall'art. 41, comma 1, lett. g), d.lg. 97/2016], negli "enti locali, il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza è individuato, di norma, nel segretario o nel dirigente apicale, salva diversa e motivata determinazione" e nelle "unioni di comuni, può essere nominato un unico responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza". Va segnalato, in proposito, il difficile coordinamento con l'art. 11, comma 1, lett. b), n. 4, l. 124/2015, in base al quale negli enti locali deve essere nominato "un dirigente apicale con compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa". Inoltre, nel parere del 3 marzo 2016, cit., sulla bozza del decreto 97, la Conferenza unificata aveva proposto alcune modifiche (poi non del tutto recepite) alle disposizioni relativa alla delimitazione dell'ambito dei soggetti tenuti a dare applicazione al d.lgs. 33/2013.

68. V. soprattutto l'art. 3, comma 1-*ter*, d.lgs. 33/2013, ove si autorizza la predisposizione di modalità semplificate per l'adempimento degli obblighi di pubblicazione da parte dei comuni di minori dimensioni. Non a caso, per questa disposizione ha manifestato apprezzamento la Conferenza unificata nel suo parere del 3 marzo 2016, cit., sulla bozza del d.lgs. 97/2016.

69. V. Conferenza unificata, parere 3 marzo 2016, cit.

tendenzialmente aboliti a livello comunale nel 2010. Precisamente, in base all'art. 2, comma 186, lett. a), l. 23 dicembre 2009, n. 191<sup>70</sup>, i comuni devono sopprimere la «figura del difensore civico comunale di cui all'articolo 11 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Le funzioni del difensore civico comunale possono essere attribuite, mediante apposita convenzione, al difensore civico della provincia nel cui territorio rientra il relativo comune. In tale caso il difensore civico provinciale assume la denominazione di 'difensore civico territoriale' ed è competente a garantire l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze e i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini». Coerentemente, anche la normativa sull'accesso civico prevede l'intervento, in caso di assenza del difensore civico al livello istituzionale direttamente coinvolto, di quello operante nell'ambito territoriale «immediatamente superiore»<sup>71</sup>. Si tratta di una disposizione certamente opportuna, che però potrebbe forse complicare il meccanismo a livello procedimentale, rendendolo in concreto meno tempestivo<sup>72</sup>.

Al di là delle problematiche applicative cui si è fatto cenno, è peraltro doveroso segnalare come il legislatore del 2016 abbia dimostrato a livello sistematico una certa attenzione per le istanze provenienti dalle amministrazioni locali. Con particolare riferimento all'attuazione delle regole sull'accesso civico, assumerà estremo rilievo il disposto del comma 6 dell'art. 5-*bis*, d.lgs. 33/2013. Tale previsione assegna all'Autorità nazionale anticorruzione, non solo d'intesa con il Garante per la protezione dei

---

70. La formulazione riportata nel testo è la risultante della modifica apportata dall'art. 1, comma 1-*quater*, lett. b), d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni dalla l. 26 marzo 2010, n. 42.

71. V. art. 5, comma 8, d.lgs. 33/2013. Questa disposizione replica perfettamente quella relative alle procedure giurisdizionali attivabili, ex art. 25, comma 4, l. 241/1990, da chi si sia visto rigettare l'istanza di accesso ai documenti "tradizionale".

72. Alla luce dell'esperienza maturata in relazione all'applicazione dell'art. 25, comma 4, l. 241/1990, poi, non può escludersi la commissione di errori da parte degli interessati nella presentazione dei ricorsi amministrativi, in particolare con riferimento alla corretta individuazione dell'interlocutore istituzionale. Per tale eventualità, è quanto mai auspicabile l'estensione alle fattispecie di attivazione dei circuiti giurisdizionali in materia di accesso civico delle buone prassi di cooperazione fra autorità, che si sostanziano nella reciproca comunicazione e trasmissione degli atti. In proposito, v. la circolare della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi dell'8 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo <http://www.commissioneaccesso.it/media/48678/circolare%20difensore%20civico.pdf>.

dati personali ma anche sentita la Conferenza unificata fra Stato, Regioni, città e autonomie locali, il compito di produrre linee guida contenenti le necessarie indicazioni operative. Pare di poter ritenere, dunque, che il punto di vista degli enti locali dovrà essere tenuto in debita considerazione, in una fase del processo di implementazione della riforma che appare fin d'ora cruciale. Pur nel rispetto rigoroso della gerarchia delle fonti normative (e quindi con una portata che non potrebbe essere innovativa dell'ordinamento in senso stretto, ma solo integrativa delle lacune rintracciabili nelle fonti primarie e comunque in linea con il contenuto di queste), proprio in sede di produzione delle linee guida sarà forse possibile dare seguito ad alcuni dei suggerimenti espressi nella pendenza dell'approvazione del decreto 97 e poi non recepiti. Per esempio, si potrebbe pensare di suggerire l'esclusione *in toto* della pubblicazione *online* di dati relativi allo stato di salute e alla vita sessuale di persone identificate o identificabili<sup>73</sup>. Nel contempo, si potrebbe al contrario incentivare la pubblicazione in *open access*<sup>74</sup> dei dati in forma aggregata e di quelli (anche in forma disaggregata) che hanno a che fare con esborsi straordinari di denaro pubblico (superiori a una determinata soglia, aggiornata periodicamente), purché non coinvolgenti informazioni individuali sensibili (nel qual caso la pubblicazione potrebbe avvenire per estratto). Infine, si

---

73. In questa direzione si è mosso il parere del Garante per la protezione dei dati personali sulla bozza del decreto attuativo della l. 124/2015. Precisamente, nel parere 92/2016, cit., il Garante ha citato le sue Linee guida del 15 maggio 2014 (emanate con provvedimento 15 maggio 2014, n. 243, reperibile *online* all'indirizzo <http://194.242.234.211/documents/10160/0/La+trasparenza+sui+siti+web+del+PA+--+Linee+guida+del+Garante.pdf>) sui trattamenti effettuati da soggetti pubblici per finalità di pubblicità e trasparenza *online*, ove aveva richiamato con forza l'esigenza che le autorità prestino particolare attenzione al rispetto del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, poiché la delega contenuta nella l. 124/2015 non autorizza la riforma del Codice in materia di protezione dei dati personali, che rinvia negli artt. 59-60 alla l. 241/1990. Il Garante ha dunque precisato che, in base alla normativa vigente, è possibile procedere alla pubblicazione dei dati personali solo se strettamente necessario e comunque con esclusione di quelli inerenti alla vita sessuale e allo stato di salute delle persone. Del resto, ha ricordato che anche i FOIA vigenti in altri ordinamenti escludono l'accesso a dati medici o tali da causare un'ingerenza ingiustificata nella riservatezza di terzi, con la possibilità di oscurare dati personali eventualmente presenti in atti a contenuto generale.

74. A proposito del complesso rapporto fra trasparenza amministrativa e *open access* dei dati in possesso delle autorità v., per esempio, F. DI DONATO, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, 2010; E. CARLONI e F. MARZANO, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, in *Infor. dir.*, 2011, p. 299 ss.

potrebbe ribadire il principio di necessità del trattamento, consigliando alle istituzioni di consentire l'accesso parziale, con criptazione del nominativo del titolare dei dati anche non sensibili, quando apprenderne l'identità non sarebbe di alcuna utilità all'istante<sup>75</sup>.

In tal modo, sarebbe forse possibile semplificare, almeno in parte, il compito delle autorità e fra queste, in particolare, degli enti locali, che (data la loro multiformità) sono maggiormente esposti a rischi di frammentazione nell'applicazione della normativa. Precisamente, sarebbe assai utile riuscire a indirizzare tendenzialmente a monte le loro scelte, in vista della predisposizione di buone prassi fruttuosamente uniformi: nella stessa direzione va la proposta, espressa dal Consiglio di Stato nel suo parere sulla bozza del decreto 97/2016, di costituire una cabina di regia per l'attuazione della riforma<sup>76</sup>. In questa prospettiva, l'accesso civico potrebbe rivelarsi – compatibilmente con la configurazione dell'attuazione del d.lgs. 33/2013 nell'ambito dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. – uno strumento essenziale per garantire la partecipazione effettiva dei singoli (con cognizione di causa, alla luce del patrimonio informativo a disposizione della cittadinanza) alla vita delle comunità radicate sul territorio<sup>77</sup>.

## 6. Considerazioni di sintesi

Garantire la qualità dell'azione amministrativa è quanto mai complicato. La riforma del 2016 rappresenta comunque, su questo fronte, un decisivo passo avanti nel senso dell'apertura e dell'impostazione in senso spiccatamente dialogico dei rapporti con gli amministrati. L'evoluzione normativa dimostra l'intento del legislatore di coinvolgere in modo

---

75. Non a caso, l'accesso parziale – così come il differimento – sono indicati come soluzioni preferibili rispetto al diniego, compatibilmente con quanto disposto nell'art. 24, comma 4, l. 241/1990, anche con riferimento all'accesso civico. V. l'art. 5 (in particolare i commi 6 e 8), d.lgs. 33/2013, come modificato nel 2016.

76. V. Cons. St., sez. cons., 24 febbraio 2016, n. 515, cit. (in particolare i punti 3.1. e 3.4), ripreso nel parere della Conferenza unificata del 3 marzo 2016, cit.

77. La posizione dei singoli quale sintesi di diritti e doveri partecipativi alla vita locale è da tempo profilata dalla dottrina. Fra i contributi più risalenti sul punto v., per esempio, F. SAITTA, *Del dovere del cittadino di informare la P.A. e delle sue possibili implicazioni*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, F. Manganaro e A. Romano Tassone (a cura di), Torino, 2005, in particolare p. 112; L. IANNOTTA, *Gli istituti di partecipazione, tra pubblico e privato, nell'ordinamento locale (la l. 142 dell'8 giugno 1990 alla luce dei principi della l. 241 del 7 agosto 1990)*, in *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, R. Marrama, L. Iannotta e F. Pugliese (a cura di), Napoli, 1991, in particolare p. 97 ss.

sempre più profondo i cittadini, anche nella prospettiva della completezza dell'istruttoria nei processi decisionali e della deflazione del contenzioso.

Il fine ultimo sembra essere la costituzione di un rapporto non più solo bilaterale (fra l'amministrazione competente all'emanazione di provvedimenti determinati e i destinatari delle singole misure) ma reticolare. In altri termini, l'obiettivo perseguito pare essere costituito dal coinvolgimento contemporaneo in un dialogo a più parti dell'amministrazione e di tutti gli *stakeholder* potenzialmente interessati alle decisioni pubbliche, che, anche grazie alla maggiore disponibilità della documentazione e dei dati, sono posti in grado di valutare a monte la natura e l'intensità delle proprie aspirazioni.

In prospettiva generale, emerge dunque un'intensificazione delle garanzie poste a presidio dell'efficacia della trasparenza. Tale maggiore sensibilità, tuttavia, difficilmente è suscettibile di tradursi – quanto meno nell'immediato – nella concreta esigibilità di comportamenti pubblici trasparenti, al di là del rispetto puntuale di obblighi tassativi.

Sullo sfondo, infatti, resta un problema estremamente rilevante, connesso con la qualità della comunicazione<sup>78</sup>. Come si è a più riprese

---

78. Il tema della comunicazione da parte della pubblica amministrazione è stato di recente dibattuto in dottrina, anche alla luce degli sviluppi prodotti dalla tecnica informatica. A mero scopo esemplificativo, sul tema v., per esempio: A. G. OROFINO, *Reti civiche e città digitali. La comunicazione pubblica online tra semplificazione, partecipazione e trasparenza*, in *Cyberspazio e diritto*, 2001, p. 325 ss.; B. DI GIANNATALE, *La comunicazione pubblica nella democrazia contemporanea: effetti e conseguenze giuridico-istituzionali*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2001, p. 627 ss.; C. PACE e B. LUISI, *La formazione delle risorse umane per la comunicazione pubblica ed istituzionale*, in *Comuni d'Italia*, 2003, p. 76 ss.; T. MUZI FALCONI, *Il processo di cambiamento nella comunicazione pubblica, alcuni elementi di criticità*, in *Comuni d'Italia*, 2003, p. 33 ss.; A. VIGNUDELLI, *Genesi fenomenologica della comunicazione pubblica dallo Stato autoritario "secretante" alla "trasparenza" dello Stato democratico*, in *Dir. inf.*, 2005, p. 237 ss.; R. SANSONE, *La comunicazione pubblica: strumento di democrazia e di partecipazione del cittadino*, in *Funzione pubblica*, 2005, p. 155 ss.; P. LALLI, *Pratiche di comunicazione pubblica: per un'etica delle competenze*, in *Istituzioni del federalismo*, 2009, suppl. 2, p. 47 ss.; S. MARTELLO, *Sull'operatività degli strumenti multimediali nel settore della comunicazione pubblica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, p. 291 ss.; D. COSÌ, *"Comunicazione pubblica" e "documentazione giuridica" nei cinquanta anni di funzionamento della Corte Costituzionale*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2007, p. 1513 ss.; F. FACCIOLE, *Comunicazione pubblica e media digitali: la prospettiva del public engagement*, in *Problemi dell'informazione*, 2016, p. 13 ss. A questo proposito, in prospettiva generale, v. anche G. ARENA (a cura di), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995; ID. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004; G. PRILLA, *La comunicazione della pubblica amministrazione*, Bari-Roma, 2008; A. LA SPINA e A. CANGEMI, *Comunicazione pubblica e burocrazia*,

segnalato, la disciplina sull'accesso civico circoscrive tendenzialmente la propria efficacia con il rinvio al dovere di dare esecuzione alla riforma nel rigoroso rispetto del requisito dell'invarianza finanziaria. Il valore prioritario assegnato al profilo dell'economicità sembra porsi addirittura in controtendenza rispetto all'effettiva concreta realizzazione della trasparenza "in senso sostanziale". Del resto, la prudenza dell'orientamento seguito sul punto dal legislatore è particolarmente evidente nella prospettiva della giustiziabilità. Infatti, il diritto positivo non risulta sufficientemente rigoroso nella predisposizione di rimedi efficaci in caso di violazione da parte dei soggetti pubblici delle regole che richiedono – al momento, invero, in via palesemente un po' troppo astratta – l'adesione a parametri qualitativi minimi in sede di formulazione delle informazioni a cui deve essere garantito l'accesso dei singoli. Su questo punto è quindi tuttora ravvisabile un margine significativo di miglioramento.

Va detto, poi, che uno degli aspetti più spinosi dell'attuazione della riforma sarà rappresentato dalla gestione del complesso rapporto (soprattutto) fra il "nuovo" accesso civico e il diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 ss., l. 241/1990. Quest'ultimo, infatti, resta pur sempre utilizzabile in via residuale, ma il coordinamento fra i due istituti non appare ancora ben articolato. Inoltre, alla luce della giurisprudenza amministrativa in materia, è necessario segnalare fin d'ora un rischio, derivante dall'individuazione di un rapporto tendenzialmente osmotico fra l'accesso civico e quello "tradizionale". Precisamente, è possibile che l'introduzione del primo riduca il secondo – quanto meno nella percezione dei tribunali amministrativi – a una sorta di *ultima ratio*, inducendo i giudici a verificarne i presupposti con particolare rigore. Questo scenario risulterebbe, a ben vedere, abbastanza paradossale, dal momento che la funzione primaria dell'accesso ai documenti di cui alla l. 241/1990 è quella di tutelare l'interesse a curare e difendere il proprio patrimonio giuridico, e dunque un interesse costituzionalmente radicato e potenzialmente altrettanto (se non più) forte di quelli che si vogliono proteggere con il "nuovo" accesso civico.

Questa e altre insidie potranno essere evitate esclusivamente in presenza di una riflessione integrata e sinergica da parte di tutti gli operatori. In tale prospettiva, l'emanazione tempestiva di linee guida condivise a

---

Milano, 2009; W. D'AVANZO, *Partecipazione, democrazia, comunicazione pubblica. Percorsi di innovazione della pubblica amministrazione digitale*, Soveria Mannelli, 2009; F. DE VISINTINI, *Innovazione e comunicazione nell'amministrazione pubblica*, Milano, 2010; S. ROLANDO, *Comunicazione, poteri, cittadini*, Milano, 2013.

livello nazionale potrebbe fronteggiare molte delle difficoltà segnalate, assecondando la natura del "nuovo" accesso civico quale strumento idoneo a rendere (per quanto possibile) trasparenza ed efficienza amministrativa valori non solo eticamente ma anche operativamente compatibili. È importante sottolineare, in proposito, come l'ultima tappa del processo di riforma, sfociato nell'emanazione del d.lgs. 97/2016, sia significativa anche dal punto di vista metodologico. In questa occasione, infatti, il legislatore ha saputo fare tesoro degli apporti critici collaborativi espressi sulla bozza del decreto, spesso accogliendo le sollecitazioni ricevute e incrementando così la qualità della normativa emanata. È quanto mai auspicabile che l'atteggiamento di disponibilità al confronto, in tal modo sperimentato, non subisca battute d'arresto nel momento cruciale dell'attuazione delle disposizioni.

Proprio nel prossimo futuro, il ruolo degli enti locali assumerà primario rilievo, dal momento che essi spesso davvero rappresentano il più diretto interlocutore dei cittadini. È fondamentale, dunque, che essi riescano a interagire fruttuosamente con gli altri livelli istituzionali, per individuare meccanismi attuativi tendenzialmente uniformi, ma in grado di tenere adeguatamente conto delle difformità dimensionali, strutturali e organizzative fra le varie realtà. È fin d'ora ragionevole supporre che in molti casi una buona soluzione potrà essere costituita dalla gestione in comune, o comunque fortemente coordinata, sia dei siti *web*, sia di iniziative formative rivolte ai funzionari e (soprattutto) alle popolazioni, per agevolare l'acquisizione delle competenze indispensabili in vista della piena realizzazione dell'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa. Ciò ovviamente richiederà opportuni investimenti, a conferma del fatto che le vere riforme sono spesso incompatibili con il pieno rispetto di requisiti di invarianza finanziaria, quanto meno se si intende perseguire seriamente l'obiettivo del progressivo avvicinamento fra il Paese legale e quello reale.

# COMPANY LAW

*L'analisi critica della legislazione nazionale recente in materia di s.r.l. proposta dall'Autrice si snoda a partire dalla presa d'atto della circolazione di discipline e della competizione regolativa tra ordinamenti, generate dal fenomeno della globalizzazione e favorite dal principio di libertà di stabilimento affermato dalla CGUE. In questo quadro, la s.r.l. è stata oggetto dei ripetuti interventi del Legislatore, in quanto strumento ideale per rispondere alle sfide dettate dalla "volatile e imponderabile" economia odierna, grazie alla duttilità ed alla adattabilità della sua disciplina. Rispetto alla riforma del 2003, appare tuttavia rimproverabile l'aver reso la s.r.l. un ibrido fra s.p.a. e società personali. Due gli interrogativi in proposito: sul piano teorico, se ciò comprometta il numerus clausus dei tipi societari (presidio della certezza del diritto intesa come riconoscibilità per i terzi); sul piano applicativo, quale disciplina debba applicarsi per colmare eventuali lacune legislative.*

*L'intervento del 2012, in materia di s.r.l.s. a capitale ridotto, PMI e start-up innovative, ha poi approfondito il problema. Da una parte, la perdita di centralità del capitale sociale (capitale minimo di 1 euro; introduzione di meccanismi simili al "solvency test") avvicina ulteriormente le s.r.l. alle società personali. Dall'altra, la disciplina che consente a PMI e start-up innovative l'accesso al mercato dei capitali (qualificando, dunque, il socio come mero investitore) suggerisce l'accostamento al modello delle s.p.a.*

*Al di là delle perplessità riscontrate, la direzione di sviluppo inaugurata da queste riforme punta ad assimilare il ruolo del diritto societario a quello di nexus of contracts statunitense, laddove la norma fornisce l'intelaiatura sulla quale gli imprenditori possano inserire le opzioni che permettano loro di definire al meglio gli assetti concreti della società, in coerenza con i propri interessi.*



## Le società a responsabilità limitata e le sfide del mercato

ELISABETTA PEDERZINI\*

Nel ridisegnare la società a responsabilità limitata, la Riforma del 2003 aveva realizzato un'autentica e consapevole opera di decostruzione organizzativa destinata ad accogliere, attraverso un mercato caratteristico flessibile e modulare, legittime istanze di adeguamento dello schema legale alle mutevoli esigenze dei soci. Al fine di favorire l'adozione di questo modello in fase costitutiva o quale approdo evolutivo di società originariamente personali, la novellata s.r.l. voleva rappresentare, nelle dichiarate intenzioni del legislatore storico, uno strumento duttile, facilmente modellabile, ispirato a principi di semplificazione e di libertà nella definizione degli assetti organizzativi interni.

Secondo un'opinione largamente condivisa, tuttavia, lo statuto normativo forgiato dalla novella non ha disegnato quell'autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, che avrebbe dovuto fornire la robusta e rassicurante architettura, a sostegno di un istituto profondamente ripensato nella struttura e coerentemente identificato nella destinazione, consapevolmente costruito attorno a un'idea di affrancamento dalla soffocante sovrapposizione con lo schema azionario<sup>1</sup>. Molti restavano – e restano – gli interrogativi circa le disposizioni applicabili in mancanza di

---

Il presente testo è oggetto di prima pubblicazione.

\* Professoressa associata di Diritto commerciale, nonché titolare dei corsi di Diritto commerciale avanzato, di Diritto fallimentare e di Diritto e cinema, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

1. A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, 2003, p. 3 ss.; C. IBBA, *I limiti dell'autonomia statutaria*, in *La nuova società a responsabilità limitata. Prime letture e proposte interpretative*, F. Farina, C. Ibba, G. Raccugno e A. Serra (a cura di), Milano, 2004, p. 43 ss.; G. C. M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *La "nuova" società a responsabilità limitata*, M. Miola (a cura di), Napoli, 2005, p. 133 ss.; N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, p. 1 ss. Si leggano poi le approfondite e autorevoli riflessioni di G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. al cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, tomo I, Milano, 2010, p. 11 ss.

una puntuale regolamentazione statutaria, e troppe le ambiguità relative al complesso normativo cui fare riferimento per l'integrazione delle (ancora) eccessive lacune. La stessa libertà statutaria di indirizzare il tipo negoziale verso orizzonti di disciplina antitetici segnava i permeabili confini di una bipolarità foriera di incertezze, legate alla obiettiva difficoltà di cogliere con sicurezza il modello che il legislatore aveva inteso disegnare; il suo nesso di dipendenza dagli archetipi capitalistici o la sua prossimità agli schemi personalistici; il conseguente tasso di imperatività o derogabilità delle singole norme.

Le tante contaminazioni possibili e le corrispondenti scelte statutarie tra i due antipodi delle società di persone e delle società di capitali hanno condannato la *nuova s.r.l.* al ruolo di ibrido, parzialmente irrisolto dal punto di vista tipologico, tanto da poterla icasticamente racchiudere nell'immagine letteraria che descrive «l'inesorabilità della roccia e l'anarchia della schiuma. In mezzo, la sabbia e i suoi grani grossi: fuggevoli l'uno dall'altro, come parole scollate di un discorso che non trova filo logico»<sup>2</sup>. Il fenomeno rinviene ora, rispetto alle *novissime s.r.l.*, un riscontro esemplare, quasi nei termini di un possibile sovvertimento del rigido principio codicistico di tipicità societaria.

L'inarrestabile globalizzazione delle dinamiche economiche e le costanti incertezze legate alla crisi mondiale richiedono agli ordinamenti nazionali che intendano mantenersi competitivi un elevato tasso di dinamismo e di adattabilità alle esigenze di un mercato sempre più volatile ed imponderabile. In questo quadro, il diritto societario è chiamato a rispondere tempestivamente non solo mediante la predisposizione di strumenti adeguati, ma anche attraverso il ripensamento di discipline ed istituti sino ad ora ritenuti essenziali nell'ambito del sistema delle intraprese, in particolare delle società di capitali. Il sempre più intenso confronto con realtà straniere, non solo europee, ha condotto all'incessante rinnovamento del diritto delle società, chiamate ad operare in un contesto che le vede esposte ad una concorrenza, appunto, globale.

Un confronto, quest'ultimo, che non va visto solo in senso oppositivo, quale scontro tra ordinamenti, con il conseguente abbassamento delle guarentigie in una necessitata *race to the bottom* allo scopo di trattenerne e/o attrarre società; ma soprattutto come occasione di riflessione in merito alle soluzioni adottate da altri Paesi e come opportunità di miglioramento del proprio sistema partendo dall'analisi di altre, positive, esperienze<sup>3</sup>.

---

2. G. MANZINI, *Nudo di famiglia*, Fandango, 2009.

3. M. SIEMS, D. CABRELLI, *Comparative company law. A case-based approach*, Oxford, 2013.

È da questo ineludibile incontro/scontro tra sistemi che nascono le più recenti innovazioni del legislatore italiano in tema di società a responsabilità limitata, volte a dare impulso ad un'economia stagnante, ad agevolare le intraprese e l'accesso alla costituzione di società da parte degli operatori economici e a creare, più in generale, un ecosistema favorevole all'innovazione. Descrittivamente, le novelle che si sono susseguite a partire dal 2012 hanno seguito due direttive principali: da un canto, l'introduzione della s.r.l. semplificata e della s.r.l. con capitale "irrisorio" ha tracciato un decisivo ripensamento, in termini di arretramento, dell'istituto del capitale sociale; mentre dall'altro la regolamentazione della s.r.l. *start-up* innovativa e della PMI costituita nelle forme della s.r.l. ha determinato, in un'ottica prettamente agevolativa, uno sconfinamento del regime della s.r.l. verso quello della s.p.a.

Prendendo abbrivo dalla *private limited company* di diritto inglese ed analizzando le analoghe esperienze dei paesi europei che ne hanno – per così dire – mutuato i caratteri nel quadro di una concorrenza regolativa, si può osservare come la generale svalutazione del ruolo del capitale sociale sia stata perseguita con tecniche normative tendenzialmente dotate di maggiore coerenza sistematica e applicativa rispetto alle scelte italiane.

Nella loro mancanza di autonomia tipologica, in quanto varianti della società a responsabilità limitata tradizionale, le nuove società "senza capitale" si collocano sulla linea ideale di un processo evolutivo iniziato con la Riforma del 2003, rappresentando sostanzialmente una esasperazione di alcuni connotati che in essa già erano emersi. Da un canto, infatti, esse tendono ad assumere una configurazione più prettamente personalistica, per via dell'inferiore importo di capitale sociale richiesto; dall'altro, invece, acquistano una vocazione più spiccatamente capitalistica, grazie alla valorizzazione di strumenti volti all'accesso al mercato dei capitali per la raccolta di ricchezza sotto forma di investimento finanziario. Le nuove s.r.l. segnano così la strada per il definitivo abbandono della logica di destinazione di risorse proprie quale momento coesistente al fenomeno societario per affidarsi primariamente, se non interamente, al finanziamento esterno<sup>4</sup>.

La centralità assegnata alla disciplina dell'accesso al pubblico mercato appartiene anche alle s.r.l. *start-up* e ora a tutte le PMI costituite nelle forme della s.r.l., benché la loro introduzione sia dovuta ad un intervento riformatore dai connotati ben diversi e peculiari (e, almeno limitatamente

---

4. M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto: una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1101 ss.

alle prime, temporalmente circoscritto). L'integrazione tra regole tipiche della società a responsabilità limitata e regime proprio del tipo azionario viene raggiunta attraverso la predisposizione di incisive deroghe rispetto al primo, le quali sfruttano la flessibilità e l'elasticità riconosciute alle s.r.l. proprio a seguito dell'avvenuto affrancamento dal tipo maggiore. Grazie a questa operazione, si assiste a una interpolazione della struttura organizzativa e finanziaria dei due modelli originari, che favorisce l'apertura verso il pubblico risparmio (sia pure nelle forme del *crowdfunding*), la libera circolazione delle quote e l'ingresso di soci meri investitori, potenzialmente disinteressati alla gestione (quindi anche all'esercizio del diritto di voto), in contrapposizione al classico canone del socio di s.r.l. come socio "imprenditore".

In relazione alle *start-up* innovative e alle PMI, la distinzione tra s.r.l. e s.p.a. tende a scolorire, comportando evidenti e complicati problemi di collocazione sistematica: l'analisi congiunta dei due fenomeni, sostanzialmente coevi, conduce ad una riflessione più ampia circa l'effetto di destrutturazione del tipo societario così come tradizionalmente concepito<sup>5</sup>. In primo luogo, il pressoché definitivo ridimensionamento dell'importanza del capitale sociale, che può oggi essere fissato nella figurativa somma di un euro, induce a chiedersi se esso non debba ormai essere consapevolmente abbandonato alla stregua di "ferro vecchio", almeno nelle società *nummo uno*<sup>6</sup>; in secondo luogo, poi, la «compulsa manipolazione genetica» attuata con la normativa delle s.r.l. "innovative"<sup>7</sup> sfrutta, come detto, la duttilità della s.r.l. per farvi confluire prerogative tipicamente associate alla s.p.a.

La direzione impressa dal legislatore ha come plausibile effetto lo scardinamento degli elementi sui quali si fonda la distinzione tra i tipi societari. In questo modo, l'autonomia statutaria della s.r.l., pensata in origine per lasciare ai soci margini di personalizzazione del suo concreto assetto, diviene veicolo di un processo di progressiva alterazione dei tipi societari o di smantellamento degli stessi che consente di espandere i limiti di questo modello, fino a decretare la sostanziale abolizione di un istituto cardine, quale il capitale sociale, e la sovrapposizione della sua struttura economico-finanziaria con quella della s.p.a., tanto da far

---

5. A. A. DOLMETTA, *Sul "tipo" S.r.l.*, in *S.R.L. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, p. 23 ss.

6. B. MANNING, J. HANKS, *Legal capital*, III ed., New York, 1990, p. 115.

7. P. BENAZZO, *La s.r.l. start-up innovativa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, p. 104 s.

ritenere inadeguato il mero riferimento al tipo sociale come fattore di differenziazione<sup>8</sup>.

Sembra così prendere nuova forza il fenomeno della contrattualizzazione del diritto societario, o meglio, la ricostruzione teorica che tende ad avvicinare il concetto di società a quello di *nexus of contracts* di origine statunitense, là dove si reputa che «the corporation is a complex set of explicit and implicit contracts» e il ruolo del diritto diviene quello di mettere i partecipanti nelle condizioni di selezionare «the optimal arrangement for the many different sets of risks and opportunities that are available in a large economy»<sup>9</sup>. L'arretramento delle norme imperative consente infatti ai soci di scegliere tra le opzioni che meglio rispondono ai loro interessi, lasciando agli imprenditori la prerogativa di definire gli assetti concreti della società.

Il concetto di tipo sociale sta, dunque, perdendo sempre più terreno. Questo fenomeno si osserva anche sul piano europeo, grazie all'affermazione, da parte della giurisprudenza delle Corti di Giustizia, di un quanto mai lato perimetro applicativo del diritto di stabilimento delle società nell'ambito territoriale dell'Unione<sup>10</sup>. Tutti gli Stati membri sono infatti tenuti a riconoscere l'esistenza, la capacità e l'operatività sul proprio territorio di imprese validamente costituite secondo i dettami dell'ordinamento di un diverso stato europeo, anche se sconosciute perché non

---

8. D. BUREAU, *L'altération des types sociétaires*, in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Parigi, 2008, p. 62 ss.; U. LA PORTA, *Dal tipo contrattuale la modello di società: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Società*, 2002, p. 14 ss.

9. F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *Contractual Freedom in Corporate Law: Articles and Comments – The Corporate Contract*, in *Columbia Law Review*, 1989, p.1418.

10. CGCE, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*; CGCE 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*; CGCE, 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art Ltd. c. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*; CGCE 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *SEVIC Systems AG*; CGCE 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*; CGUE 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*; CGUE 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale Építési kft.*; e la recentissima CGUE 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud-Wykonaustwo sp. z o.o.* (tutte integralmente reperibili in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). Una ricostruzione e una lettura sistematica in F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, *passim*. Alcune riflessioni di sintesi anche in E. PEDERZINI, *Tra nazionalità e riconoscimento: lo statuto personale delle società*, in *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), Napoli, 2014, p. 51 ss.

trovano corrispondenza in alcun modello nazionale. All'interno del mercato italiano, potrebbero quindi trovarsi già ad operare realtà costituite in forme sociali differenti dai tipi previsti e regolati dal nostro ordinamento, con evidenti riflessi di scardinamento sul sistema tendenzialmente chiuso disegnato dal codice del 1942<sup>11</sup>.

Il ruolo del tipo sociale sembra destinato ad essere relegato a quello di mero strumento informativo, forse neppure più in grado di corrispondere a quella che rimane una fondamentale esigenza di certezza nell'ambito dei traffici giuridici commerciali: garantire ai terzi l'immediata riconoscibilità delle strutture societarie con le quali vengano in contatto, soprattutto allorché si tratti di società con soci a responsabilità limitata al conferimento<sup>12</sup>.

La contaminazione tra ordinamenti giuridici e la dinamicità dei mercati finisce così per scontrarsi con la rigidità dei modelli societari offerti dai sistemi nazionali, i quali impongono il mantenimento di regole classiche, nonostante evidenti squilibri e il rischio della perdita di armonia per l'intero sistema. Il fenomeno emerge chiaramente da quanto finora esposto, come dimostrato in primo luogo dalle norme in tema di conservazione del capitale sociale, che rimangono vigenti anche a fronte di un capitale simbolico; in secondo luogo dagli interrogativi circa il rapporto tra disciplina della s.p.a. e disciplina della s.r.l. nel caso di *start-up* innovative e PMI in forma di s.r.l. che si siano avvalse delle deroghe consentite (se non addirittura esortate). Il riavvicinamento delle fattispecie non è stato infatti compendiato da un richiamo alla regolazione del tipo azionario; né alla possibile sollecitazione del pubblico risparmio ha corrisposto un irrigidimento della normativa, segnatamente in punto di doveri e responsabilità degli amministratori e di regime dei controlli.

Rispetto al primo dilemma, la soluzione consiste nel superamento della regola 'ricapitalizza o liquida', che in relazione alle s.r.l. "a capitale irrilevante" avrebbe perso gran parte del suo valore difensivo, e, inoltre, nel procedere alla sua sostituzione con disposizioni più adeguate e coerenti, grazie al richiamo dell'esperienza germanica della *Unternehmergesellschaft* e delle previsioni statunitensi in tema di *solvency tests*. Il secondo

---

11. G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber Amicorum G. F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 1, Torino, 2006, p. 73 ss.; E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2016, p. 95 ss.

12. A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino, 2014, p. 181.

dilemma, dato dallo sconfinamento tra le due discipline capitalistiche, determina invece chiari problemi in ordine alla scelta delle norme di volta in volta applicabili: da un lato le deroghe, chiaramente ispirate al regime delle s.p.a., dovrebbero ricevere il medesimo trattamento riservato alle analoghe disposizioni previste per il tipo azionario; dall'altro è necessario che l'integrazione non contrasti con i principi cardine del tipo s.r.l., un modello intermedio sfuggente e di difficile collocazione.

L'ammorbidimento di rigidità non funzionali alle rinnovate e sempre mutevoli urgenze dell'economia – senza per questo disattendere le istanze di protezione del credito e dei terzi in generale – accanto ad una maggiore attenzione ai canoni di efficienza, ragionevolezza e linearità che debbono presiedere alla disciplina dell'attività d'impresa – evitando di indulgere ad una alluvionale ed erratica attività riformatrice continua – potrebbe davvero aprire la strada ad un rinnovamento del diritto societario italiano, così da renderlo realmente competitivo sul mercato europeo delle regole. In questo laboratorio regolativo, la s.r.l. spicca per la peculiare adattabilità agli interessi degli imprenditori, costituendo senza dubbio il modello dotato di maggiore modularità, e non è improbabile che si possa assistere in tempi brevi ad un rovesciamento nel rapporto con la società per azioni in termini qualitativi, proprio in ragione della competitività rispetto agli altri tipi capitalistici<sup>13</sup>.

Sul fronte quantitativo, peraltro, il capovolgimento è già avvenuto e i dati empirici testimoniano l'inarrestabile successo della società a responsabilità limitata, in simmetrica consonanza rispetto alle prospettive del legislatore. Questi ha infatti dapprima operato attraverso l'incentivo alla evoluzione dai più arcaizzanti tipi personalistici; poi tramite lo sprone a favore dell'emergere di nuove iniziative e intraprese economiche tradizionali e innovative, pluripersonali e unipersonali, capitalizzate e *nummo uno*, monadi o inserite quali perfette tessere di un mosaico di gruppo.

In questo quadro, la spinta impressa dalla "rivoluzione" della s.r.l. semplificata è stata, almeno numericamente, decisiva. In base al riscontro statistico ricavabile dal Documento del CNDCEC (Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili) del febbraio 2016, si è passati infatti dalle 3.472 s.r.l.s. costituite nel 2012 alle oltre 16.000 del 2013, alle quasi 28.000 del 2014, infine alle circa 40.000 del 2015: un terzo di tutte le nuove imprese che hanno optato per la struttura capitalistica. Al 30 settembre 2015, secondo i dati di Unioncamere, le circa 80.000 s.r.l.s. iscritte al Registro delle imprese rappresentavano il 5,4% di tutte le s.r.l.

---

13. P. BENAZZO, cit., p. 124.

operanti sul mercato italiano, con una crescita di 36.000 unità rispetto al 2014 (+80%).

Sulla reale capacità della legislazione di favorire la ripresa e sostenere il rilancio dell'economia si gioca la sfida più importante e cruciale per lo Stato: guidare il mercato oltre le secche di una stagnazione che ne impoverisce i cittadini e ne disarticola il tessuto sociale.

## Commento

GIORGIO CASSINARI – VALERIA COSTANTINO – MARINA FEDERICO

La crisi economica e finanziaria, i cui effetti ancora si ripercuotono su un mercato sempre più integrato e globalizzato, pone i legislatori nazionali davanti alla sfida ineludibile di aiutare i propri Paesi a fronteggiarla. Sul fronte del diritto societario, questa sfida ha assunto la forma di una competizione tra ordinamenti, nella quale risulta vittorioso chi riesce ad attrarre il maggior numero di imprese sul proprio territorio. In questo senso, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nelle sentenze *Centros* e *Überseering*, ha cercato di dare concretezza al principio della libertà di stabilimento affermato nei Trattati, nella convinzione che l'innescò di questo tipo di competizione possa generare una virtuosa *race to the top*. Uno dei risultati di questo fenomeno è stato il ricorso da parte degli imprenditori a tipi societari diversi dal modello azionario e caratterizzati da un alto grado di flessibilità, inducendo i legislatori nazionali a scommettere specialmente sul prototipo della s.r.l. (o dei suoi omologhi) e su alcune sue specifiche caratteristiche per concorrere sul mercato.

È naturale che alla destrutturazione del tipo societario consegua più che mai una rinnovata fiducia nello strumento civilistico del contratto. Il diritto civile "dell'atto" ed il diritto commerciale "dell'attività" si incontrano, divenendo l'uno strumento dell'altro. L'assunto che la società è un sistema di relazioni sociali e contrattuali consente di conferire duttilità al diritto commerciale: si afferma la convinzione che l'insieme dei rapporti tra imprese non sia altro che un sistema di accordi contrattuali. Sulla scia dell'ordinamento statunitense, sembra questo il modo per sviluppare anche in Europa un modello di diritto commerciale che possa adeguarsi più efficacemente alle esigenze di mercato.

Come evidenziato dall'Autrice, si è concretizzata l'esigenza di una progressiva riduzione dei costi di costituzione della società, accompagnata da un ridimensionamento del controllo pubblico operato in tale fase. La possibilità di costituire società *online* e la predisposizione di modelli standardizzati di statuto, unite alla facoltà di evitare il passaggio notarile, si traducono in una strategia di contenimento dei costi. Se da un lato ciò non consente alle parti di delineare un assetto societario "personalizzato",

conforme ai propri interessi, dall'altro ciò costituisce il prezzo necessario da pagare per ovviare al naturale problema della imperfetta informazione del pubblico.

Con riferimento alla fase genetica della società, il dibattito si è incentrato sull'"atomizzazione" del capitale sociale e sulla sopravvivenza delle sue tradizionali funzioni. La funzione di garanzia sembra ormai entrata in crisi, mentre, secondo un altro orientamento, essa continua a costituire un criterio di affidabilità sul mercato. Se i primi dubitano della reale utilità del capitale sociale, laddove è il patrimonio sociale conquistato dalla società nel corso della sua attività sul mercato ad essere segnale di effettiva affidabilità, i secondi sostengono che l'istituto sia tuttora degno di considerazione, purché intervenga un ripensamento dell'intera disciplina, in particolare per quanto concerne il settore della ricerca di metodi alternativi di patrimonializzazione.

Inoltre, analizzando la fase di vita della società, sembra che la sua regolamentazione venga drammaticamente tralasciata dalle recenti riforme legislative. Se è vero che la solidità di un'impresa sociale dipende dal suo patrimonio e da come essa si muove all'interno del mercato, è innegabile che il successo sia legato alle abilità di gestione nel lungo periodo. La scarsa attenzione su questo aspetto è testimoniata dalla mancanza, nelle nuove riforme di diritto nazionale, così come a livello europeo, di una puntuale regolamentazione in tema di *governance*: significativo, in tal senso, è stato il fallimento del progetto della Quinta Direttiva, che mirava ad armonizzare le diverse legislazioni imponendo il modello dualistico tedesco.

La valutazione di questi fattori di competizione evidenzia come a minori costi economici possano corrispondere più elevati costi sociali: se i nuovi assetti societari vedono un sostanziale abbassamento delle barriere all'ingresso per consentire un maggiore accesso al mondo imprenditoriale (soprattutto nel caso delle cosiddette *start-up* "innovative"), è dubbio che "la mitologia del garage di Steve Jobs" possa effettivamente offrire un modello socialmente sostenibile. Il rischio che società dotate di un capitale "irrisorio", costituite con un diverso sistema di controllo pubblico, e molte volte prive di un adeguato assetto gestionale possano fallire, lasciando dietro sé un'ingente quantità di debiti, è elevato: la minaccia di una diminuzione delle tutele per i creditori sociali sembra costituire l'altra faccia della medaglia in tema di concorrenza tra ordinamenti. Sorgono quindi dubbi e perplessità sulle scelte legislative che, nel tentativo di rilanciare l'economia incentivando la nascita di nuove società, predispongono schemi giuridici caratterizzati da una forte – e a tratti pericolosa – propensione al rischio.

Si assiste pertanto all'eterno ritorno di una delle più dibattute questioni in ambito socioeconomico: il potere legislativo è in grado di precedere e guidare l'economia o è irrimediabilmente sottoposto alle sue oscillazioni ed esigenze? È utopistico pensare che possa essere il diritto, e non soltanto la legge del mercato, lo strumento in grado di favorire una risoluzione della crisi?



# ICT LAW

*Negli ultimi anni, il dibattito sul concetto di 'cyberspace' e sull'accesso ad Internet, in termini di caratterizzazione giuridica e relativa regolamentazione, è andato facendosi sempre più importante. Conseguentemente, come ebbe a scrivere Stefano Rodotà in Il terribile diritto, l'attenzione all'accesso ha fatto sì che esso, da «situazione strumentale in casi determinati», si rendesse «progressivamente autonomo, individuando una modalità dell'agire, da riconoscere come un diritto necessario per definire la posizione della persona nel contesto in cui vive». Addirittura, in diversi paesi si è arrivati a discutere della costituzionalizzazione dell'accesso a Internet «inteso come diritto fondamentale della persona».*

*Nell'articolo che segue, il professor Lugaesi interviene sulla questione focalizzandosi sulla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di sex offense, un reato che è oggetto di una tale stigmatizzazione sociale che si rischia di comprimere in misura sproporzionata le esigenze di tutela del diritto all'accesso, la cui portata non è ancora giuridicamente definita.*

*Fino a che punto gli strumenti in nostro possesso, costruiti per un mondo fisico, possono essere applicati ad ambienti virtuali con ricorso a metafore ed analogie? Da che punto, invece, le evidenti divergenze richiedono una disciplina speciale ed uniforme che vada a colmare un vuoto normativo?*

*La necessità di una risposta a queste domande si fa sempre più insistente, man mano che questi spazi, fisici e virtuali, vanno sempre più a confondersi ed influenzarsi anche nell'esperienza quotidiana.*

DANIELE ISIDORO – VINCENZO RISCHITELLI



## *Sex offenders*, accesso alla rete e diritto di Internet

NICOLA LUGARESI\*

*Sommario:* 1. Il caso *Packingham*. – 2. Internet, metafore e analogie. – 3. L'accesso alla Rete come diritto individuale e come interesse sociale. – 4. Conclusioni.

### 1. *Il caso Packingham*

Nel 2002, Lester Gerard Packingham ha ventuno anni, vive in North Carolina, studia al *college* e la sua vita, da un giorno all'altro, cambia radicalmente: ha un rapporto sessuale con una ragazzina di tredici anni, un atto considerato reato grave (*felony*). Si dichiara colpevole di '*indecent liberties with a child*'. Oltre alla pena che gli viene comminata, Packingham deve registrarsi<sup>2</sup> presso il *Sex Offender and Public Protection Registration Program*<sup>3</sup>. L'iscrizione a tale registro ha una durata, di norma, di trenta

---

Il presente testo è oggetto di prima pubblicazione.

\* Professore associato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, ove è titolare dei corsi di Diritto di Internet e di Diritto dell'ambiente.

1. N.C. GEN. STAT. § 14-202.1 ("(a) A person is guilty of taking indecent liberties with children if, being 16 years of age or more and at least five years older than the child in question, he either: (1) Willfully takes or attempts to take any immoral, improper, or indecent liberties with any child of either sex under the age of 16 years for the purpose of arousing or gratifying sexual desire; or (2) Willfully commits or attempts to commit any lewd or lascivious act upon or with the body or any part or member of the body of any child of either sex under the age of 16 years").

2. N.C. GEN. STAT. § 14-208.6A ("It is the objective of the General Assembly to establish a 30-year registration requirement for persons convicted of certain offenses against minors or sexually violent offenses with an opportunity for those persons to petition in superior court to shorten their registration time period after 10 years of registration").

3. N.C. GEN. STAT. § 14-208.7(a) ("A person who is a State resident and who has a reportable conviction shall be required to maintain registration with the sheriff of the county where the person resides. If the person moves to North Carolina from outside this State, the person shall register within three business days of establishing residence in this State, or whenever the person has been present in the State for 15 days, whichever comes first").

anni<sup>4</sup>, anche se può essere ridotta su richiesta in caso di buona condotta, ma comunque non prima di dieci anni<sup>5</sup>.

Nel 2010, Packingham ha ventinove anni, vive ancora in North Carolina, guida l'auto e la sua vita sta cambiando nuovamente: prende una multa per un'infrazione stradale. La contesta, e un tribunale statale gli dà ragione, annullando la contravvenzione. Decide così di festeggiare su Facebook, pubblicando sul suo profilo un *post* nel quale loda e ringrazia Dio e la sua bontà: nessuna multa, nessun costo per il ricorso, nessun dollaro speso. Dio, o il sistema giudiziario statunitense, non hanno però ancora finito di occuparsi di lui. In quel momento, Packingham non sa ancora che quel ringraziamento lo porterà a presentarsi, nei successivi sette anni, davanti a quattro corti giudiziarie.

Dal 2008 la legge in North Carolina prevede, infatti, che alle persone iscritte nel registro dei *sex offenders* sia interdetto l'accesso a *social network* commerciali aperti ai minori<sup>6</sup>. Un membro della polizia di Durham, incaricato di verificare eventuali violazioni della normativa in esame, si accorge del *post* e, con una breve indagine, nonostante il diverso nome usato nel profilo Facebook, lo collega a Packingham. Anche in questo caso, secondo il sistema giudiziario dello Stato del North Carolina, il reato è grave: *felony*, nuovamente. Dopo essersi presentato davanti a tre corti statali, Packingham dovrà rivolgersi alla Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>7</sup> per poter affermare il suo diritto a frequentare Facebook, altri *social network* e altri luoghi virtuali, senza per questo commettere un ulteriore reato.

Packingham, a cui non viene contestato davanti alle corti statali di avere contattato minori, cercato informazioni su di essi, o commesso altri illeciti attraverso i *social network*, è condannato in primo grado, con pena

---

4. N.C. GEN. STAT. § 14-208.7(a) ("Registration shall be maintained for a period of at least 30 years following the date of initial county registration unless the person, after 10 years of registration, successfully petitions the superior court to shorten his or her registration time period under G.S. 14-208.12A").

5. N.C. GEN. STAT. § 14-208.12(a) ("Ten years from the date of initial county registration, a person required to register under this Part may petition the superior court to terminate the 30-year registration requirement if the person has not been convicted of a subsequent offense requiring registration under this Article").

6. N.C. GEN. STAT. § 14-202.5 ("It is unlawful for a sex offender who is registered in accordance with Article 27A of Chapter 14 of the General Statutes to access a commercial social networking Web site where the sex offender knows that the site permits minor children to become members or to create or maintain personal Web pages on the commercial social networking Web site").

7. Packingham v. North Carolina, 882 U.S. (2017), [https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194\\_08ll.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_08ll.pdf).

sospesa, ad un periodo di detenzione tra i sei e gli otto mesi, rigettandosi la mozione con la quale impugnava la norma statale incriminante per violazione del Primo e del Quattordicesimo Emendamento. In secondo grado, la Corte d'Appello accoglie invece la mozione, ritenendo che la legge, in quanto non sufficientemente circoscritta<sup>8</sup>, e non lasciando canali alternativi per la comunicazione<sup>9</sup>, sia incostituzionale. La Corte Suprema del North Carolina rovescia però la sentenza della Corte d'Appello, considerando invece la legge costituzionalmente legittima sotto tutti i punti di vista<sup>10</sup>.

Si arriva quindi davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, che rovescia a sua volta la decisione della Corte Suprema statale: la legge del North Carolina è incostituzionale, per violazione del Primo Emendamento<sup>11</sup>. In particolare, viene richiamato il precedente di *Ashcroft v. Free Speech Coalition*<sup>12</sup>, che, in relazione al *Child Pornography Prevention Act* del 1996, vieta al Governo di sopprimere indiscriminatamente «lawful speech» come semplice mezzo per sopprimere «unlawful speech»<sup>13</sup>.

---

8. *State v. Packingham*, No. COA12-1287 21 (N.C. Ct. App. 2013), <https://cases.justia.com/north-carolina/court-of-appeals/12-1287.pdf?ts=1462402451> (che dopo aver richiamato il precedente della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988), conclude così: "N.C. GEN. STAT. § 14-202.5 is not narrowly tailored, is vague, and fails to target the 'evil' it is intended to rectify", rilevando che, invece, "it arbitrarily burdens all registered sex offenders by preventing a wide range of communication and expressive activity unrelated to achieving its purported goal" e, per questi motivi, "violates the First Amendment's guarantee of free speech, and it is unconstitutional on its face and as applied").

9. *Id.* at 7 (citing *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989)).

10. *State v. Packingham*, No. 366PA13 15 (North Carolina Supreme Court 2015) ("Assembly has carefully tailored the statute in such a way as to prohibit registered sex offenders from accessing only those Web sites that allow them the opportunity to gather information about minors, thereby addressing the evil that the statute seeks to prevent").

11. V. anche Brief for Electronic Frontier Foundation et al. as Amici Curiae, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017), [https://www.eff.org/files/2016/12/22/2016-12-22\\_-\\_packingham\\_v.\\_nc\\_-\\_amicus\\_brief\\_of\\_eff\\_pk\\_and\\_cdt.pdf](https://www.eff.org/files/2016/12/22/2016-12-22_-_packingham_v._nc_-_amicus_brief_of_eff_pk_and_cdt.pdf); Brief for Cato Institute et al. as Amici Curiae, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017), [https://www.aclu.org/sites/default/files/field\\_document/15-1194\\_tsac\\_cato\\_institute\\_et\\_al.pdf](https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/15-1194_tsac_cato_institute_et_al.pdf) (particolarmente interessanti, sia per le analisi giuridiche che per i dati esposti).

12. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. (2002), <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/00-795P.ZO>.

13. *Id.* at p. 17 ("The Government may not suppress lawful speech as the means to suppress unlawful speech. Protected speech does not become unprotected merely

Il caso portato davanti alla Corte Suprema offre alcuni spunti interessanti, su più livelli, relativi sia agli aspetti sostanziali oggetto della sentenza che, più in generale, alla disciplina della rete ed alle dinamiche della regolamentazione della stessa.

In primo luogo, la decisione della Corte riguarda il difficile equilibrio tra le esigenze di difesa sociale finalizzate a prevenire e reprimere i reati a sfondo sessuale, con particolare riguardo a quelli commessi nei confronti dei minori, con i diritti degli imputati e dei condannati, nell'ambito di una legislazione che, sia a livello statale che a livello federale, prevede non solo pene pesanti, ma anche meccanismi di pubblicità della qualifica di *sex offender* particolarmente invasivi<sup>14</sup>.

In secondo luogo, la Corte affronta la complessa tematica del Primo Emendamento, ed in particolare delle limitazioni, sia pur rare negli Stati Uniti, che possono essere poste alla libertà di espressione, principio fondante di quell'ordinamento, nonché delle modalità, garanzie e verifiche che sono necessarie nei casi eccezionali in cui una compressione sia consentita.

In terzo luogo, il caso ripropone alcune tematiche generali relative al rapporto tra Internet e diritto: dall'esistenza, contestata, di una branca a sé stante del diritto, la *cyberlaw* (o diritto di Internet), all'uso di metafore e analogie per l'individuazione di soluzioni legislative e giurisprudenziali a problematiche giuridiche determinate dall'avvento della Rete.

In quarto luogo, la sentenza si occupa dell'accesso alla Rete, considerato sia come diritto individuale, da comprimere solo in casi eccezionali ed attraverso una precisa valutazione delle circostanze e delle modalità, sia come interesse della collettività, da favorire in quanto prodromico rispetto al confronto pubblico e alla circolazione delle idee.

Se qui ci si occuperà direttamente degli ultimi due aspetti (rapporto tra Rete e diritto da un lato e accesso alla Rete dall'altro), i primi due (lotta contro i reati a sfondo sessuale e tutela della libertà di espressione) non costituiscono un semplice sfondo, fornendo una serie di parametri rilevanti per l'analisi delle problematiche affrontate nel presente lavoro.

---

because it resembles the latter. The Constitution requires the reverse").

14. Si fa riferimento alla *Megan's Law* o, meglio, alle *Megan's Laws*, comprendendo tale dizione le leggi, tanto federali quanto statali, che prevedono sistemi di registrazione dei *sex offenders*, con relativa pubblicità non solo delle generalità, ma anche della localizzazione degli iscritti. Si fa riferimento anche alla c.d. *International Megan's Law*, che prevede, tra le altre misure, un segno di riconoscimento da apporre sul passaporto. Le *Megan's Laws* prendono il nome da Megan Kanka, bambina di sette anni uccisa e stuprata in New Jersey nel 1994 da un vicino di casa che aveva avuto due precedenti condanne per reati sessuali a danno di minori.

## 2. *Internet, metafore e analogie*

L'avvento di Internet ha portato, sul piano giuridico, una serie di sfide e di questioni a cui legislatori, giudici ed interpreti hanno cercato di rispondere, incontrando peraltro numerose difficoltà: il grado di novità delle nuove tecnologie, dei fenomeni da esse consentiti, dell'ambiente creato (Internet), dei comportamenti resi possibili, è di un livello impareggiabile ad altri avanzamenti tecnologici, e pone problemi non solo di regolamentazione, ma anche, più in profondità, di comprensione. Non si tratta semplicemente di progresso, di cambiamento, ma di un'autentica rivoluzione.

Di fronte a questo quadro, uno dei primi meccanismi utilizzati è stato quello dell'analogia, preceduto, sotto un profilo logico, dall'uso abbondante di metafore. Il tentativo è stato quello di inquadrare le nuove fattispecie in percorsi già battuti, applicando pertanto regole e principi nati e sviluppati in altri ambiti. Le metafore, d'altronde, fanno parte della connotazione stessa della Rete e dei suoi elementi e componenti, con particolare riguardo a quelle relative allo spazio, sia in senso statico<sup>15</sup> che dinamico<sup>16</sup>. A riassumerli e comprenderli, la nozione di *cyberspace*, così spesso utilizzata, anche in senso extra-giuridico<sup>17</sup>, ma anche così raramente circoscritta e definita, potendo esprimere concetti sostanzialmente diversi a seconda delle prospettive e degli interpreti<sup>18</sup>.

---

15. Si pensi ai termini che richiamano, più o meno direttamente, luoghi comuni e familiari: *homepage*, *siti web*, indirizzo di posta elettronica, *mailbox*, localizzazione di risorse (tramite URL), e così via.

16. Si pensi ai termini che richiamano, più o meno direttamente, movimenti fisici, a partire dal nome dei primi *browser* (Netscape Navigator, Internet Explorer): si entra nei siti, si naviga in Rete, ci sono protocolli di trasferimento (http, ftp), e così via.

17. A partire da William Gibson, autore di fantascienza che nel suo romanzo *NEUROROMANCER*, del 1984, definisce il *cyberspace* quale "consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation"; vedi anche John Barlow: l'anarchico del web, *mediamente.it*, [http://www.mediamente.it/mm\\_it/010321/barlow.asp](http://www.mediamente.it/mm_it/010321/barlow.asp) (John Perry Barlow, uno dei fondatori dell'*Electronic Frontier Foundation* e autore della *Declaration of the Independence of Cyberspace* (1996) utilizzò la seguente metafora per descrivere il *cyberspace*: "Il cyberspazio è come l'Italia: un'anarchia funzionante").

18. Sulla nozione, in senso giuridico, di *cyberspace*, e sulle problematiche connesse, v., tra tutti: Hardy, I. Trotter, *The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'*, 656 *FACULTY PUBLICATION* (1994); David G. Post, *Governing Cyberspace*, 43 *WAYNE L. REV.* 155, (1996); David R. Johnson & David Post, *Law and Borders - The Rise of Law in*

Analogie e metafore hanno rappresentato una prima risposta, necessitata ed imperfetta, al nuovo ambito che il diritto era chiamato a "domare". Pensare che analogie e metafore avrebbero ceduto il passo a regolamentazioni coerenti e flessibili, e che quindi avrebbero perso rilevanza con il passare del tempo, era naturale e, per i giuristi, anche auspicabile.

Naturale, perché l'elaborazione dottrinale e l'applicazione giurisprudenziale avrebbero dovuto aiutare il legislatore, che in un primo momento era rimasto disorientato, a ritrovare una direzione precisa e ad individuare norme dedicate, che avrebbero reso marginale l'uso dell'analogia. D'altra parte, Internet è un mondo particolarmente vivace, che non è stato scoperto e cristallizzato in un determinato momento storico. Se il primo impatto della Rete sul mondo giuridico è stato intenso, anche in seguito, a causa dell'evoluzione della stessa e delle sostanziali modificazioni delle piattaforme in essa operanti, nuove dinamiche e, non sorprendentemente, nuove questioni interpretative sono sorte, e continueranno a sorgere.

Auspicabile, perché la metafora aiuta il processo cognitivo, ma è una lama a doppio taglio se non si considerano, insieme ai punti comuni tra due fenomeni, anche le differenze. Il rischio, altrimenti, è quello di esportare soluzioni, dall'*off-line* all'*on-line*, che insieme a (o invece di) trovare soluzioni giuridiche, applicando meccanismi analogici, introducono ulteriori problemi, fornendo risposte identiche a questioni diverse. La metafora non è una scorciatoia da prendere senza spirito critico, ma un diverso percorso che consente sì di arrivare alla meta, ma solo facendo continua attenzione alle specificità dei punti di partenza.

Eppure, ed il caso *Packingham* esemplifica molto bene questi aspetti, analogie e metafore non solo non muoiono, ma si evolvono o, semplicemente, ritornano. Perciò la Corte Suprema rispolvera metafore "storiche", a partire da quella di Rete come spazio: il *cyberspace*, appunto. Per la Corte, che richiama il proprio precedente in *Reno v. American Civil Liberties Union*<sup>19</sup>, il *cyberspace* comprende i vasti e democratici *forum* di Internet, e,

---

Cyberspace, 48 STAN. L. REV., 1367 (1996); Jack L. Goldsmith, Against Cyberanarchy, 40 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW OCCASIONAL PAPER (1999); Dan Hunter, Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons, 91 CALIF. L. REV. 439 (2003); Mark A. Lemley, Place and Cyberspace, 91 CALIF. L. REV. 521 (2003); Cohen, Julie E., Cyberspace As/And Space, 807 GEORGETOWN LAW FACULTY PUBLICATIONS AND OTHER WORKS (2007).

19. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. (1997) (definisce il *cyberspace* quale "unique medium ... located in no particular geographical location but available to anyone, anywhere in the world, with access to the Internet").

aggiornando la propria posizione di vent'anni prima, i *social media*, di cui la Corte evidenzia diffusione, facilità d'uso e ruolo<sup>20</sup>.

La Corte si rende anche conto della estrema mutevolezza del quadro di riferimento<sup>21</sup> – la Rete, appunto – e si impone di agire con estrema cautela<sup>22</sup>, essendo uno dei primi casi in cui affronta la relazione tra libertà di espressione e il «modern Internet»<sup>23</sup>, con ciò intendendo prevalentemente la Rete caratterizzata dai *social media* e vissuta attraverso gli stessi.

In questo contesto, la Corte Suprema individua l'essenza del principio affermato nel Primo Emendamento nella possibilità per le persone, per tutte le persone, di avere accesso a luoghi dove possono parlare ed ascoltare e quindi, dopo avere riflettuto, parlare ed ascoltare di nuovo<sup>24</sup>. Il diritto di parola deve essere dunque garantito in un contesto spaziale, e la Corte, esemplificando, fa riferimento a strade o parchi, per dirigersi poi verso territori virtuali. Strade o parchi possono ancora essere luoghi nei quali il Primo Emendamento trova compiuta espressione, ma certamente l'avvento della Rete, e la sua evoluzione, hanno spostato il baricentro verso posti meno fisici: i *social media*, appunto, e, più in generale, il *cyberspace*.

Così, la nozione di *cyberspace* – più volte criticata per la sua indeterminatezza, e della quale si auspicava il superamento – torna invece ad essere centrale. E con essa si può riaprire il dibattito in merito alla *cyberlaw*, che di nozioni come quella di *cyberspace* si è sempre nutrita. Senza ripercorrere l'intero dibattito, sorto negli anni Novanta del secolo scorso<sup>25</sup>, l'aspetto

---

20. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 5 (2017) ("On Facebook, for example, users can debate religion and politics with their friends and neighbors or share vacation photos. On LinkedIn, users can look for work, advertise for employees, or review tips on entrepreneurship. And on Twitter, users can petition their elected representatives and otherwise engage with them in a direct manner. Indeed, Governors in all 50 States and almost every Member of Congress have set up accounts for this purpose").

21. *Id.* 6 ("While we now may be coming to the realization that the Cyber Age is a revolution of historic proportions, we cannot appreciate yet its full dimensions and vast potential to alter how we think, express ourselves, and define who we want to be").

22. *Ibidem* ("The forces and directions of the Internet are so new, so protean, and so far reaching that courts must be conscious that what they say today might be obsolete tomorrow").

23. *Ibidem*.

24. *Id.* at 4 ("A fundamental principle of the First Amendment is that all persons have access to places where they can speak and listen, and then, after reflection, speak and listen once more").

25. V. Nicola Lugaresi, *Regole, diritti ed interessi in Rete: il diritto pubblico di Internet*, 10 GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA ONLINE (2006); Andrew Murray, *Looking*

che il caso *Packingham* sembra riportare alla luce è quello relativo alla specificità del diritto di Internet. Per alcuni è niente altro che una risposta transitoria, superficiale e ingannevole a fenomeni nuovi che avrebbero potuto comunque trovare una propria sistemazione con regole e principi già esistenti nelle singole partizioni del diritto: le novità tecnologiche non determinano la necessità di una nuova branca del diritto, con il rischio di diletterismo multidisciplinare (e di confusione)<sup>26</sup>; per altri è invece un nuovo settore fatto non solo di regole specifiche da costruire progressivamente e adattare continuamente all'evoluzione tecnologica e sociale, ma anche di principi a sé stanti che riflettono le peculiarità di un nuovo spazio, consentendo di affrontare temi generali da diversa prospettiva<sup>27</sup>; altri ancora propongono una soluzione intermedia: l'autonomia manca, e sarebbe anzi pericolosa, ma la *cyberlaw* può rappresentare un «playground» diverso per giocare lo stesso gioco, aggiungendo una prospettiva diversa ed elementi nuovi di discussione<sup>28</sup>.

La Corte Suprema, usando la metafora spaziale, non entra nel dibattito teorico, ma implicitamente si affida ad una nozione teorica propria della *cyberlaw*. La Corte afferma in sostanza che, come un divieto di accesso e di libera espressione applicato a luoghi fisici come strade e parchi sacrificerebbe in modo eccessivo e ingiustificato il diritto costituzionalmente riconosciuto dal Primo Emendamento, così un analogo divieto applicato al *cyberspace* comporterebbe un'analogha violazione. In entrambi i casi, si tratterebbe di divieti estremamente ampi che, nel cercare di impedire comportamenti illeciti, annullerebbero le garanzie costituzionali e impedirebbero una possibilità, lecita, di libera espressione.

La sentenza della Corte Suprema nel caso *Packingham* è stata adottata all'unanimità, ma nella *concurring opinion* di uno dei membri emergono ulteriori possibili contraddizioni. Il giudice Alito evidenzia infatti un aspetto diverso, relativo all'uso della metafora, rimproverando all'opinione della Corte un'applicazione acritica (e superficialmente retorica) che, se nella fattispecie non ha causato danni, potrebbe invece produrne qualora riprodotta in altri ambiti. Se infatti *Packingham* ha fatto un uso innocuo della sua libertà di espressione, ringraziando Dio (forse un po'

---

Back at the Law of the Horse: Why Cyberlaw and the Rule of Law are Important, 10 SCRIPT-ED (2013), <http://script-ed.org/wpcontent/uploads/2013/10/murray.pdf>.

26. V. Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 UNIVERSITY OF CHICAGO LEGAL FORUM 207 (1996).

27. V. Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999).

28. V. Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L. J., 1145 (2000).

prematuramente) per una multa cancellata, e se l'ampiezza del divieto posto dalla normativa statale era così ampia da risultare incostituzionale, la metafora spaziale avrebbe meritato di essere approfondita, per evitare future interpretazioni pericolose. Il *cyberspace* non è una strada, un parco, o una piazza, ma un insieme di strade, parchi e piazze. E come ci possono essere luoghi fisici più sensibili (le vicinanze ad una scuola, ad esempio), nei quali l'equilibrio tra diritti contrastanti può essere diverso, così ci possono essere luoghi "virtuali" più sensibili (luoghi dedicati a minorenni<sup>29</sup>, ad esempio), da sottoporre ad una tutela diversificata e rafforzata<sup>30</sup>.

Il giudice Alito solleva, nella sua (critica) *concurring opinion*, un'ulteriore obiezione, di carattere più generale: ci sono differenze sostanziali tra *cyberspace* e mondo fisico e non tenerne conto indebolisce il quadro di protezione dedicato alle persone più deboli, necessario in una società democratica. Sono evidenziati tre aspetti che riguardano il potenziale uso di *social media* da parte di *sex offenders*. In primo luogo, per i genitori è più facile controllare i propri figli e le persone con cui interagiscono nel mondo fisico, rispetto al mondo virtuale. In secondo luogo, un *sex offender* che si avvicini ad un minore, o che si aggiri in luoghi frequentati da minori, può essere più facilmente notato e individuato nel mondo fisico, rispetto a quello virtuale. In terzo luogo, il mondo virtuale offre un maggiore livello di anonimato rispetto a quello fisico, consentendo, in particolare, di assumere una o più false identità funzionali ai propri scopi illeciti.

In sostanza, pur partendo dalle stesse premesse della *opinion* della Corte, in merito al possibile sviluppo ulteriore della Rete, il giudice Alito arriva ad una diversa conclusione, severamente critica. Il *cyberspace* è differente dal mondo fisico, e la Corte non ha proceduto con cautela, come si era ripromessa di fare, ma con facile ed approssimativa retorica. Equiparare l'intera Rete con strade e parchi nei quali non possono essere poste limitazioni di accesso può significare che ai singoli Stati non sia data la possibilità di porre alcuna limitazione ai soggetti più pericolosi per i minori, senza distinzione tra luoghi virtuali più o meno sensibili, nei quali un'interazione pericolosa è non solo possibile, ma anche premeditata e probabile.

---

29. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 10 (2017) (Alito *concurring opinion*, che fa riferimento a "dating site for teenagers" e "a site where minors communicate with each other about personal problems").

30. Non si entra sull'effettività dei sistemi di verifica dell'identità e quindi dell'età degli iscritti che, nella maggior parte dei casi, non forniscono serie garanzie.

La Corte Suprema, nella sua *opinion*, aveva del resto richiamato due precedenti, riferiti a luoghi fisici, a supporto delle sue conclusioni. Nel primo caso, *Burson v. Freeman*<sup>31</sup>, la Corte Suprema aveva ritenuto legittimo il divieto di fare campagna elettorale durante il giorno delle elezioni nel raggio di cento piedi dal seggio elettorale. Il limite temporale e spaziale distingueva, secondo la Corte, tale caso da *Packingham*, non potendo fornire appigli allo Stato del North Carolina per un uso analogico del divieto e della relativa compressione della libertà di espressione. Nel secondo caso, *Board of Airport Comm'rs of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*<sup>32</sup>, la Corte Suprema aveva invece dichiarato invalida un'ordinanza che vietava «First Amendment activities», ivi comprese attività non invasive quali leggere, parlare o indossare simboli all'aeroporto internazionale di Los Angeles. La Corte afferma che, se un divieto posto per un singolo luogo era incostituzionale, il divieto di cui alla legge del North Carolina non poteva, a maggior ragione, non esserlo a sua volta.

In effetti, se prima la metafora del *cyberspace* come strada o parco era stata poco approfondita, evitando di compiere distinzioni tra luoghi, sia reali che virtuali, anche l'accostamento analogico dei due casi dedicati al mondo fisico con il caso in esame avrebbe potuto essere svolto con maggiore precisione. Sarebbe stato opportuno evidenziare peculiarità dei soggetti coinvolti (*sex offenders*) ed esigenze di tutela sociale di fronte alla commissione di reati gravi ad alta recidività<sup>33</sup> commessi su soggetti deboli<sup>34</sup> e, inoltre, compiere ulteriori distinzioni tra aggressori (predatori sessuali, soggetti violenti, e altre categorie), tra comportamenti (più o meno gravi e più o meno suscettibili di recidività) e tra vittime (maggioresni, minorenni e bambini).

---

31. *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992).

32. *Board of Airport Comm'rs of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U. S. 569 (1987).

33. È la stessa norma statale (N.C. GEN. STAT. § 14-208.5) ad evidenziare la *ratio* del provvedimento, in collegamento con i rischi di recidiva ("The General Assembly recognizes that sex offenders often pose a high risk of engaging in sex offenses even after being released from incarceration or commitment and that protection of the public from sex offenders is of paramount governmental interest").

34. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 10 (2017) (*Alito concurring opinion*, "The State's interest in protecting children from recidivist sex offenders plainly applies to internet use").

### 3. *L'accesso alla Rete come diritto individuale e come interesse sociale*

Nel valutare l'incidenza del divieto di accedere alla Rete per i *sex offenders*, la Corte, richiamando tra l'altro il suo precedente *Ashcroft v. Free Speech Coalition*<sup>35</sup>, non sottovaluta la gravità dei crimini che possono essere commessi<sup>36</sup>. Non si nega pertanto, citando ulteriori precedenti, la possibilità che gli Stati emanino leggi che, per la protezione dei minori, portino ad una limitazione dei diritti di altri individui<sup>37</sup>, ma che questo possa avvenire senza considerare le relative garanzie costituzionali<sup>38</sup>. In particolare, al singolo Stato è concesso di emanare leggi che impongano restrizioni di accesso<sup>39</sup>, ma perché questo sia legittimo devono essere considerati tutti i fattori in gioco: non solo la tutela della società e dei minori, ma anche i diritti dell'individuo, l'efficacia delle misure ed il collegamento tra le stesse e la possibile commissione di ulteriori reati.

Il problema, in sostanza, riguarda la verifica dell'ambito di estensione del divieto di accedere a Internet o, più precisamente, per quanto riguarda il caso in esame, a *social network*. E la Corte osserva che, nella fattispecie, il divieto posto è di ampiezza ed effetti senza precedenti, considerando la definizione di «commercial social networking Web sites».

I criteri previsti dalla normativa sono infatti quattro: il sito *web* deve essere gestito da un soggetto che ricavi guadagni dall'operatività dello

---

35. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. (2002) ("The sexual abuse of a child is a most serious crime and an act repugnant to the moral instincts of a decent people", evidenziando i fattori che rendono la Rete uno strumento potente per i pedofili).

36. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 4 (2017) (Alito *concurring opinion*, "An abuser can create a false profile that misrepresents the abuser's age and gender. The abuser can lure the minor into engaging in sexual conversations, sending explicit photos, or even meeting in person. And an abuser can use a child's location posts on the internet to determine the pattern of the child's day-to-day activities - and even the child's location at a given moment").

37. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

38. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

39. Una diversa strada è stata seguita in California con l'approvazione della *Proposition 35*, legge di iniziativa popolare approvata con più dell'80% dei voti nel 2012. La normativa prevede un obbligo di registrazione per le attività *online*: il *sex offender* deve fornire una lista di tutti gli identificativi usati in Rete ed una lista dei *service provider* di cui si avvale, annullando la possibilità di anonimato e favorendo un controllo totale delle sue attività in Internet. Anche in questo caso, sono state peraltro sollevate numerose obiezioni sulla vaghezza delle sue norme oltre che sulla presunta limitata efficacia delle stesse.

stesso; deve facilitare l'interazione tra più soggetti, a scopo di amicizia, incontro o scambio di informazioni; deve consentire agli utenti la creazione di pagine *web* o profili personali che contengano elementi identificativi; deve fornire strumenti di comunicazione tra utenti. Come si può vedere, i criteri sono estremamente ampi<sup>40</sup> e le due esenzioni previste dalla normativa<sup>41</sup> non mutano il quadro di insieme. Nell'ambito del divieto ricadono, quindi, tutte le piattaforme più utilizzate dagli utenti della Rete<sup>42</sup>, e non solo i *social network* in senso stretto. La stessa Corte Suprema degli Stati Uniti evidenzia come il divieto non si limiti ai *social media* comunemente intesi, quali Facebook, Twitter, LinkedIn, ma anche ad altri siti che presentino caratteristiche tali da poter essere inseriti nella definizione normativa, tra cui, ad esempio, Amazon.com o Washingtonpost.com. Se poi si considera che Google non è solo un motore di ricerca, ma consente anche di creare un proprio profilo e di interagire con altre persone, anche minorenni, la conseguenza potrebbe essere quella di rendere illecita anche una semplice ricerca sul sito Google.com<sup>43</sup>.

È vero, quindi, che non viene introdotto un divieto assoluto di accedere alla Rete, ma è anche vero che le alternative residue, in parte anche esemplificate dalla Corte Suprema del North Carolina (a dire il vero in modo bizzarro, per non dire irridente<sup>44</sup>) sono limitate per numero, ma,

---

40. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 8 (2017) ("By prohibiting sex offenders from using those web-sites, North Carolina with one broad stroke bars access to what for many are the principal sources for knowing current events, checking ads for employment, speaking and listening in the modern public square, and otherwise exploring the vast realms of human thought and knowledge").

41. N.C. GEN. STAT. § 14-202.5(C) ("A commercial social networking Web site does not include an Internet Web site that either: (1) Provides only one of the following discrete services: photo-sharing, electronic mail, instant messenger, or chat room or message board platform; or (2) Has as its primary purpose the facilitation of commercial transactions involving goods or services between its members or visitors").

42. V. Brief for Electronic Frontier Foundation et al. as Amici Curiae, p.5 and Appendixes, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017); vedi anche Brief for Cato Institute et al. as Amici Curiae, p.4, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017).

43. *State v. Packingham*, No. COA12-1287 18 (N.C. Ct. App. 2013) ("The statute could be interpreted to ban registered sex offenders from accessing sites such as Google.com and Amazon.com because these sites contain subsidiary social networking pages: they derive revenue from advertising; their functions facilitate the social introduction of two or more people; and they allow users to create personal profiles, e-mail accounts, or post information on message boards").

44. *State v. Packingham*, No. 366PA13 16, (N.C. Ct. App. 2015) (ove cita come primo esempio di sito web ancora aperto ai *sex offenders*, un sito di cucina: "For

soprattutto per rilevanza. I *sex offenders* iscritti al Registro possono ancora accedere alla Rete, ma solamente entrando in siti marginali<sup>45</sup>.

L'indeterminatezza non è peraltro legata alla sola individuazione dei siti ricadenti o meno nella vaga definizione normativa, ma si estende alla semplice condotta<sup>46</sup> prevista dalla legge, ovvero al mero accesso a siti che consentono la presenza di minori<sup>47</sup>. L'accesso, in sé, non solo non richiede una effettiva interazione, ma potrebbe essere un semplice atto involontario, tramite ad esempio un *link* in altro sito, oppure limitato alla verifica della possibile presenza di minori nelle condizioni di servizio, oppure, paradossalmente, finalizzato alla cancellazione del proprio profilo da quel sito, a seguito della condanna<sup>48</sup>.

Le limitazioni di accesso a tutti questi siti comportano quindi ostacoli enormi all'esercizio di attività (sociali, politiche, religiose, di ricerca lavorativa, e così via) che favoriscono lo sviluppo della personalità individuale, l'integrazione nella società e l'interazione con gli altri componenti

---

example, defendant would not violate *N.C. Gen. Stat. §14-202.5* by accessing the Paula Deen Network, a commercial social networking Web site that allows registered users to swap recipes and discuss cooking techniques, because its Terms of Service require users to be at least eighteen years old to maintain a profile").

45. V. Brief for Electronic Frontier Foundation et al. as Amici Curiae, p.35, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017) (sulla estrema limitatezza delle alternative).

46. V. Brief for Cato Institute et al. as Amici Curiae, p. 17, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017).

47. V. Brief for Electronic Frontier Foundation et al. as Amici Curiae, p.27, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017) (Sull'indeterminatezza del termine "accesso" e sulle possibili conseguenze, "It is a felony for a registered sex offender to "access", for any purpose whatsoever, any website that falls within the statutory ban. That is, if a website falls into the category of access-prohibited sites, any access to the site – e.g., reading or downloading any documents posted there, triggers criminal penalties. This is true whether or not the social networking functions were accessed or used (let alone used for any improper purpose)").

48. *State v. Packingham*, No. COA12-1287 19 (N.C. Ct. App. 2013) ("Accordingly, the statute is violated by merely pulling up a prohibited Web site, regardless of whether the offender searches the site or immediately leaves it upon recognizing that he is banned from its use"; "N.C. Gen. Stat. § 14-202.5 contains no defense to prosecution should a sex offender unintentionally access a banned Web site"; "Should a registered sex offender have active Facebook, Amazon, or other accounts at the time of his conviction, the plain language of N.C. Gen. Stat. § 14-202.5 makes it unlawful to login to close the accounts").

della comunità<sup>49</sup>. In sostanza, le limitazioni individuate dalla normativa del North Carolina determinano, conseguentemente, restrizioni pesantissime ai diritti dell'individuo. Questo avviene inoltre senza distinguere non solo i "luoghi" e le rispettive potenzialità lesive sugli interessi tutelati dalla norma (la protezione dei minori), ma nemmeno i soggetti, non pochi<sup>50</sup>, cui i divieti si applicano<sup>51</sup>. Il *Sex Offender and Public Protection Registration Program* si applica, infatti, a fattispecie sostanzialmente diverse, espressioni di livelli di disvalore sociale diversi e che comportano rischi di recidiva diversi<sup>52</sup>. La norma non distingue in relazione alla singola figura di reato commesso, all'età della vittima (e, quindi, se si tratti di minore o meno), all'uso di strumenti informatici, al carattere violento dell'offesa, alle probabilità statistiche di una recidiva.

Riprendendo quanto detto su metafore e analogie, il fatto che nel mondo fisico una diversificazione delle conseguenze in relazione agli elementi sopra descritti esista, e nel *cyberspace* no, crea quindi ulteriori problemi in merito alla razionalità e alla legittimità costituzionale della disciplina. La legge del North Carolina, infatti, espressamente prevede una differenza di approccio in relazione a gravità del reato commesso e

---

49. V. Brief for Electronic Frontier Foundation et al. as Amici Curiae, p.9-21, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017) (cita la partecipazione a movimenti ed organizzazioni sociali (p. 9) e a campagne politiche (p.12), la comunicazione con Governo e pubblica amministrazione (p.15), l'esercizio e l'associazionismo religioso (p.18), la ricerca di impiego lavorativo (p.21)).

50. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 2 (2017) (secondo fonti citate alla Corte, la norma in questione si applica a circa 20.000 persone e lo Stato ha perseguito più di un migliaio di esse per averla violata).

51. V. anche Brief for Cato Institute et al. as Amici Curiae, p.26, *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. (2017) ("North Carolina's targeting of an unpopular, disfavored group for massive speech suppression runs counter to the original purpose of the First Amendment, and this Court should not tolerate it here any more than it has in other contexts", ove si contesta la legittimità costituzionale delle norme in esame sotto un diverso, e più generale, profilo, vale a dire colpire la libertà di espressione basandosi sull'identità del soggetto).

52. Inoltre, il fatto che al Registro si debbano iscrivere coloro che si trasferiscono in North Carolina, qualora siano iscritti in analoghi registri di altri Stati può comportare l'applicazione della norma a chi ha compiuto atti di non particolare pericolosità; cfr. Human Rights Watch, *No Easy Answers, Sex Offender Laws in the US*, HUMAN RIGHTS WATCH (September 11, 2007), <https://www.hrw.org/report/2007/09/11/no-easy-answers/sex-offender-laws-us> ("In many states, people who urinate in public, teenagers who have consensual sex with each other, adults who sell sex to other adults, and kids who expose themselves as a prank are required to register as sex offenders").

possibilità di recidiva<sup>53</sup>, cui ne consegue un'applicazione differenziata a seconda della presunta pericolosità<sup>54</sup>. Il divieto di accesso a vastissime zone del *cyberspace*, per di più identificate in modo vago, vale invece per tutti<sup>55</sup>.

Quello che la Corte Suprema degli Stati Uniti contesta non è l'astratta impossibilità di intervenire sui diritti di cui al Primo Emendamento, ma il rapporto di proporzionalità tra legittimi interessi dello Stato e compressione della libertà di espressione. Il divieto, definito senza precedenti dalla Corte Suprema in relazione agli effetti sul Primo Emendamento<sup>56</sup>, comporta una restrizione eccessiva delle possibilità comunicative e di interazione di una categoria di soggetti<sup>57</sup> che invece, tra l'altro, potrebbe ricevere benefici legittimi da tali possibilità<sup>58</sup>.

La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti difende quindi la libertà di espressione dei *sex offenders* in relazione al loro accesso alla Rete, negato in gran parte da una normativa, quella del North Carolina, che presenta molti aspetti discutibili. Questi soggetti non possono essere sottoposti, per periodi – come visto – molto lunghi, ad una limitazione così pesante nella frequentazione, attiva o passiva, del *cyberspace*.

Ma a questo aspetto se ne aggiunge un altro, di carattere collettivo. L'esclusione di alcuni soggetti dall'arena pubblica di discussione, dal *marketplace of ideas*, è di detrimento non solo per chi è escluso, ma per la comunità in generale. Da un lato, poco si giustifica nel momento in cui i

---

53. N.C. GEN. STAT. § 14-208.6 ("It is the further objective of the General Assembly to establish a more stringent set of registration requirements for recidivists, persons who commit aggravated offenses, and for a subclass of highly dangerous sex offenders who are determined by a sentencing court with the assistance of a board of experts to be sexually violent predators").

54. V. *State v. Packingham*, No. COA12-1287 14 (N.C. Ct. App. 2013) (che elenca una serie di norme applicabili, nel mondo fisico, a solo alcune sub-categorie di *sex offenders*).

55. See *id.* at 15 ("In essence, it burdens more people than necessary to achieve its purported goal").

56. *Packingham v. North Carolina*, 882 U.S. 8 (2017) ("The statute here enacts a prohibition unprecedented in the scope of First Amendment speech it burdens").

57. *Id.* at 8 ("By prohibiting sex offenders from using those websites, North Carolina with one broad stroke bars access to what for many are the principal sources for knowing current events, checking ads for employment, speaking and listening in the modern public square, and otherwise exploring the vast realms of human thought and knowledge").

58. *Ibidem* ("Even convicted criminals - and in some instances especially convicted criminals - might receive legitimate benefits from these means for access to the world of ideas, in particular if they seek to reform and to pursue lawful and rewarding lives").

*sex offenders* interagiscono in modo neutro con altri soggetti maggiorenni, limitando quindi il dibattito pubblico; dall'altro, nel momento in cui si discutesse, ad esempio, delle problematiche relative a comportamenti, norme, questioni, legate alle offese di carattere sessuale, verrebbe a mancare un punto di vista certamente impopolare, ma utile più di altri a comprendere dinamiche e criticità in materia. In questo senso, la mancata distinzione tra *social media*, o, come visto, tra siti che hanno caratteristiche tali, almeno potenziali, da poter essere inseriti nella categoria normativa individuata dalla legge del North Carolina, assume un ulteriore rilievo.

#### 4. Conclusioni

Il caso *Packingham*, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti dopo avere attraversato i diversi livelli giudiziari del North Carolina, si presta, come anticipato, ad essere analizzato sotto diverse chiavi di lettura.

Le prime due chiavi di lettura – vale a dire la protezione dei minori da attacchi di carattere sessuale e la tutela della libertà di espressione contenuta nel Primo Emendamento, che costituiscono l'aspetto sostanziale della sentenza in esame – non sono state oggetto, in questo articolo, di specifica attenzione, ma hanno costituito lo sfondo per affrontare due diversi aspetti che nella sentenza sono implicitamente considerati, rappresentando un presupposto fondamentale di diverse valutazioni effettuate.

Il primo di questi due aspetti riguarda il rinnovato interesse per il concetto di *cyberspace* e per l'uso di metafore e conseguenti analogie nell'affrontare problematiche che riguardano, come dice la Corte Suprema degli Stati Uniti, il «modern Internet», vale a dire il *web 2.0* e la rete dei *social network*. L'analisi che viene fatta dalle diverse Corti, con risultati peraltro discordanti, non può prescindere da una definizione "spaziale", ancorché virtuale, dei luoghi che sono vietati ai *sex offenders*. Questi luoghi vengono assimilati, più o meno correttamente, a strade e piazze, proponendosi ulteriori differenziazioni in relazione alla finalità della norma, all'assimilabilità dei luoghi fisici con *social network* o altri siti, alle potenziali interazioni tra *sex offenders* e minori. Come agli albori della Rete, e delle prime problematiche giuridiche affrontate, l'uso della metafora, e quindi dell'analogia, è utile e pericoloso allo stesso tempo. Utile, perché consente di comprendere e catalogare fenomeni nuovi, facilitando l'orientamento. Pericoloso, perché se gli aspetti comuni sono sopravvalutati e le differenze pretermesse, le conclusioni a cui si arriva possono essere scorrette. Le metafore tra mondo fisico e luoghi virtuali possono aiutare a costruire una mappa di un mondo nuovo e ad ottenere indicazioni su

come muoversi. Ma se le premesse sono sbagliate, o imprecise, la mappa risulta sfalsata, e i sentieri presi non condurranno alla meta sperata.

Il secondo dei due aspetti citati riguarda invece il problema relativo all'accesso alla Rete o, meglio, alla negazione dell'accesso. Non si tratta solamente di impedire di usufruire del patrimonio informativo presente in Internet, ma di sacrificare le possibilità di espressione della propria personalità, che sempre più si esplica in un mondo che definire virtuale è riduttivo. Non solo. La limitazione dei diritti di categorie di persone, quando non vi siano ragioni oggettive che giustificano la compressione dei diritti individuali per un interesse ritenuto superiore dalla società, comporta un danno per la società stessa, riducendo il patrimonio di idee che possono essere fatte circolare ed essere oggetto di discussione. Certo, che questo accada in relazione ad un divieto che si applica a *sex offenders*, categoria che difficilmente suscita reazioni empatiche, può sembrare indebolire le esigenze di tutela di un accesso tendenzialmente incompressibile. In effetti, è una sua forza, in quanto significa che la società si ritiene abbastanza vitale e robusta da potersi difendere in modi che non comprimano indiscriminatamente, senza considerare specificità ed effettive lesività, i diritti individuali e che non introducano delle crepe idonee a snaturare e sfibrare i presupposti democratici dell'ordinamento nella tutela delle libertà fondamentali.

Il *cyberspace* non può diventare un luogo a tutela depotenziata dei diritti e delle libertà fondamentali, né consciamente, qualora lo si ritenga un luogo da sottoporre a maggior controllo per una sua intrinseca pericolosità (per la collettività, o, spesso, per chi detiene il potere in quella determinata collettività), né inconsciamente, in quanto non se ne comprendano, per pigrizia o superficialità, dinamiche e peculiarità.

## Commento

ELISA COFINI – GIACOMO FRANZOSO

L'articolo del prof. Lugaresi, nel commentare la decisione sul caso *Packingam* ad opera della Corte Suprema degli Stati Uniti, stimola una serie di riflessioni che, prendendo le mosse dalla dicotomia reale-virtuale, portano ad analizzare tematiche trasversali, non confinate nell'ambito del – relativamente nuovo – settore dell'*ICT law*, ma che rivelano legami importanti con il diritto costituzionale e con i fondamenti filosofici del diritto penale.

Nel novero di questi spunti di riflessione, uno ha in particolare attirato l'attenzione degli scriventi: l'utilizzo del parametro di proporzionalità per ottenere un bilanciamento tra legittimi interessi dello Stato e compressione della libertà di espressione.

Nei paesi di *civil law*, il cosiddetto test di proporzionalità costituisce innegabilmente il sistema di *judicial review* più diffuso, in quanto le corti costituzionali ne fanno ormai un uso abituale, al fine di valutare la costituzionalità delle leggi. Tale valutazione richiede che le intrusioni governative sulle libertà individuali siano giustificate e che ogni limite alle stesse rifletta la serietà dell'offesa ad un altro bene costituzionalmente ritenuto meritevole di tutela. La proporzionalità si è rivelata uno strumento giuridico formidabile, dotato di grande flessibilità, e soprattutto una cornice metodologica in grado di superare molte delle difficoltà che la revisione costituzionale normalmente presenta. Infatti, un vantaggio del test di proporzionalità è la sua intrinseca potenzialità di avvicinare il diritto costituzionale alla giustizia costituzionale, identificando i limiti del processo legislativo democratico garantendone uno scrutinio giudiziale. Tuttavia, i sistemi decentralizzati (come quello statunitense) si sono a lungo dimostrati restii a far uso degli *standard* offerti dall'applicazione di tale principio, rimanendo legati al diverso sistema della *categorization*, tecnica che prevede l'individuazione dei soli limiti interni ai diritti costituzionali, prescindendo da quelli esterni. Pertanto, nel dibattito statunitense, la discussione in materia di diritti fondamentali viene a vertere inevitabilmente sul cuore degli stessi, tendendo a tralasciare invece le

motivazioni della legge sottoposta a revisione. Questo aspetto limitante del *reasoning* costituzionale tipico del sistema americano ha suscitato diverse critiche, accolte dalle corti stesse nei primi del Novecento con l'introduzione di una tecnica correttiva nella *categorization*: il *balancing*, che afferma la necessità di tenere conto anche dei motivi che hanno portato l'organo legislativo a limitare il diritto costituzionalmente garantito. Dal punto di vista teorico, *balancing* e *proportionality* sono due approcci completamente differenti, che promanano da presupposti diversi e seguono percorsi dissimili tra loro. Nella prassi, però, le divergenze tra i due, specialmente negli ultimi anni, sono andate via via assottigliandosi.

Coerentemente con la dottrina a stelle e strisce tradizionalmente dominante, nel caso *Packingham* la Corte Suprema non si spinge sino ad abbracciare il parametro di *proportionality* facendone un esplicito uso, ma, come traspare anche dall'articolo di commento in oggetto, i giudici utilizzano ampiamente gli *standard* tradizionalmente afferenti ad esso. Infatti, nel caso di specie, sebbene la discussione giudiziale rimanga per larga parte incentrata sul diritto al *free speech*, vi sono svariati passaggi, tanto nell'opinione della maggioranza quanto nella *concurring opinion*, in cui viene lasciato ampio spazio a considerazioni in merito alla legittimità dell'obiettivo perseguito, nonché al triplice carattere di razionalità, adeguatezza e necessità della legge della Carolina del Nord. La sentenza sottolinea più volte come la *ratio* della legislazione in esame (la protezione dei minori) sia assolutamente degna di tutela, ma, d'altro canto, i giudici non riscontrano un collegamento razionale tra l'obiettivo perseguito ed i mezzi utilizzati, né ritengono che questi siano adatti a raggiungere lo scopo. Infatti, assai dubbia pare la necessità di una misura così fortemente restrittiva, poiché, come suggerisce la stessa Corte, sarebbe stato possibile individuare criteri più precisi e specifici per evitare l'incostituzionalità della legge. Tutti questi argomenti sono tipici sul terreno della proporzionalità e, solo di recente, si sono sviluppati anche in seno al *balancing*. In altri casi, specialmente in pronunce riguardanti l'Ottavo Emendamento (*ex multis*, *Weems v. United States*, *United States v. Bajakajian*, *Jackson v. Bishop*, *Harmelin v. Michigan* ed il *leading case* in materia di danni punitivi *BMW of North America, Inc. v. Gore*), la Corte Suprema aveva già mostrato di padroneggiare con scioltezza questi strumenti, che qui sono presentati sotto una luce nuova e sorprendente, soprattutto in considerazione del contesto giuridico di riferimento.

L'aspetto più interessante e rivoluzionario è proprio l'importanza concettuale data a questi elementi. Essi sono ritenuti per la prima volta degni di autonoma considerazione, dato che finora essi era stati utilizzati solo

in relazione ad un altro diritto fondamentale (come quello al voto in *Burson v. Freeman*); in *Packingham*, al contrario, sembrano assumere dignità propria, tanto da meritare una trattazione separata, sebbene secondaria, rispetto a quella riguardante la violazione del Primo Emendamento.

Sarebbe forse presuntuoso ed imprudente affermare che ciò sia indiziario di una sorta di "trasfusione" di standard dal sistema centralizzato a quello decentralizzato di *judicial review*. Ci sembra però opportuno far rientrare questo caso tra quelli che sostengono la tesi della progressiva convergenza tra *proportionality* e *balancing* (già sostenuta da autori come Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, in lavori come *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*), la quale pare promanare dall'esigenza di una legittimazione e dalla ricerca di una certezza che la proporzionalità ormai da tempo sa dare, e che invece il *balancing* ha sempre faticato a trovare.

Potremmo, infine, spingerci a suggerire che i tempi per questa evoluzione della giurisprudenza statunitense siano maturati proprio grazie ai temi attuali e dinamici con i quali essa si trova a dialogare, come quello del diritto di Internet (il quale, potremmo provocatoriamente suggerire, si sta evolvendo fino ad assumere i contorni di un nuovo diritto ad Internet), che sono per loro natura intrinsecamente sovranazionali e, forse proprio per questo, spingono le corti ad adottare un approccio che trascende i confini.

## Bibliographies

MASSIMO MIGLIETTA

*Processo a Gesù tra generi letterari e 'nuove frontiere'. Annotazioni storico-giuridiche*

- F. ARCARIA, *Idee vecchie e nuove sul processo contro Gesù*, in *Annali Sem. Giur. Catania* 8, 2006-2007 [2008].
- A. BELLODI ANSALONI, *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Torino, 2007.
- J. BLINZLER, *Il processo di Gesù*, Brescia, 1966 [2001].
- L. BOFFO, *Iscrizioni greche e latine per lo studio della Bibbia*, Brescia, 1994.
- L. BOVE, 'Chi volete che vi liberi, Barabba o Gesù?' (Matth. 27,17): il privilegium paschale, in *Il processo contro Gesù*, F. Amarelli – F. Lucrezi (eds.), Napoli, 1999.
- C. COHN, *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico* (G. Zagrebelsky, trans.), Torino, 2000.
- A. GUILLAUMONT, *Rec.*, in *Revue de l'histoire des religions*, 155.1, 1959.
- M. HENGEL, *Crocifissione ed espiazione*, Brescia, 1988.
- A. JAUBERT, *La date della cène. Calendrier biblique et liturgie chrétienne*, Paris, 1957.
- M. MIGLIETTA, *Riflessioni intorno al processo a Gesù*, in *Jus* 41, 1994.
- Id., *Il processo a Gesù di Nazareth*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 61, 1995.
- Id., 'Pilatus dimisit illis Barabbam', in *Ponzio Pilato o del giusto giudice*, C. Bonvecchio-D. Coccopalmerio (eds.), Padova, 1998.
- Id., *Profili di simboli politico-giuridica*, Padova, 1998.
- Id., *L'invio al tetrarca di Galilea e Perea*, in Vv.AA., *Il processo contro Gesù*, Napoli, 1999.
- Id., *Il 'processo contro Gesù' e l'anno giubilare*, in *Labeo* 46, 2000.
- Id., *Una recente indagine storica sul processo 'contro' Gesù*, in *Archivio Giuridico F. Serafini* 221, 2001.
- Id., *El proceso contra Jesús*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 70, Roma-Napoli-Madrid, 2004.
- Id., *Gesù e il suo processo 'nella prospettiva ebraica'*, in *Athenaeum* 93, 2005.
- Id., *Bellezza sempre antica e sempre nuova'. Brevi annotazioni in merito a una recente 'inchiesta' sul 'Gesù storico'*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, 5, Napoli, 2007.

- ID., *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Napoli, 2011.
- ID., *Rapporti tra autorità nella Palestina d'epoca tiberiana: particolarità e conferme relative al processo a Gesù in fonti apocrife*, in *Cultura Giuridica e Diritto Vivente*, 2014 = *Scritti per Alessandro Corbino*, I. Piro (ed.), 5, Tricase, 2016.
- F. MILLAR, *Riflessioni sul processo a Gesù*, in *Gli Ebrei nell'impero romano*, A. Lewin (ed.), Firenze, 2001.
- A. SCHIAVONE, *Ponzio Pilato. Un enigma tra storia e memoria*, Torino, 2016.
- E. ZOLLI, *Il Nazareno. Studi di esegesi neotestamentaria alla luce dell'aramaico e del pensiero rabbinico*, Udine, 1938 [Cinisello Balsamo, 2008].

FEDERICO PUPPO

*On the Nature of Philosophy of Law*

- E. BERTI, *Logo e dialogo*, in *Studia Patavina*, 1995.
- F. BERTO, *L'Esistenza non è Logica: dal quadrato rotondo ai mondi impossibili*, Roma, 2010.
- F. D'AGOSTINI, *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013.
- ID., *Verità avvelenata: buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, 2010.
- J. FEINBERG – J. COLEMAN, *Philosophy of Law*, Hertfordshire, 2004.
- L. GROARKE – C. W. TINDALE, *Good reasoning matter*, Oxford, 2013.
- R. GUSMANI, *Il principio di non contraddizione e la teoria linguistica di Aristotele*, in *La Contraddizione che noi consente: Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010.
- F. PUPPO, *A dialogical perspective on legal reasoning*, in *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal System*, Trento, 2015.
- J. SEARLE, *Refutation of Relativism*, 2001, available at <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/refutationofrelativism.rtf> (last visited Jun. 15, 2016).
- D. WALTON, *Legal Argumentation and Evidence*, in *Pennsylvania State University Press*, 1992.

PAOLO SOMMAGGIO

*The Socratic Heart of the Adversarial System*

- E. F. BARRETT, *Adversary system and the ethics of advocacy*, in *Notre Dame Law Review*, South Bend, 1962.
- E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, Palermo, 1987.
- D. BIRNBACHER, *The socratic method in teaching medical ethics: potentials and limitations*, in *Medical Health Care and Philosophy*, 1999, available at <https://doi.org/10.1023/A:1009999523468>.

- D. J. A. CAIRNS, *Advocacy and the making of the adversarial criminal trial*, in *Oxford University Press*, Oxford, 1999, available at <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198262848.001.0001>.
- P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941.
- ID., *Il processo come giuoco*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965.
- ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954.
- F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. 3, Napoli, 1953.
- ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- E. CEVA, 'Audi alteram partem' but Why? *On procedural equality and justice*, Pavia, 2008.
- ID., *Beyond Legitimacy. Can Proceduralism Say Anything Relevant about Justice?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 15, 2008.
- L. CHANGSHENG, *Adversary System Experiment in Continental Europe: Several Lessons from the Italian Experience*, in *Journal of Law and Politics*, Charlottesville, 2008.
- S. CHIARLONI ET AL., *Il nuovo articolo III della costituzione e il processo civile*, Milano, 2001.
- M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984.
- F. CHIEREGHIN, *Incontraddittorietà e contraddizione in Hegel*, in *Verifiche*, 10, 2004.
- ID., *L'Eco della caverna: ricerche di filosofia della logica e della mente*, Padova, 2004.
- L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004.
- C. CONTI, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. III Cost.*, in *Diritto Penale e Processo*, Milano, 2000.
- R. C. CRAMTON, *Furthering justice by improving the adversary system and making lawyers more accountable*, in *Fordham Law Review*, vol. 70, 2002, available at <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol70/iss5/6>.
- A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana: analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di prova penale*, Milano, 2005.
- N. DIXON, *The adversary method in law and philosophy*, in *The Philosophical Forum*, 1999.
- L. A. DORION, *La subversione de l'"élenchos" juridique dans l'Apologie de Socrate*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 1990.
- E. FALAZZARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma, 1989.

- P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005.
- M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri: corso al Collège de France (1982-1983)*, Mario Galzinga (trans.), Milano, 2009.
- ID., *Discourse and truth: the problematization of parrhesia*, in *Northwestern University Press*, 1985; available at <http://foucault.info/documents/parrhesia/>
- M. E. FRANKEL, *Partisan justice*, New York, 1980.
- S. FUSELLI, *Ragionevoli dubbi: quando non tutte le contraddizioni vengono per nuocere*, in *La contraddizione che noi consente: forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010.
- R. H. GASKINS, *Shaping the adversary culture*, in *Informal Logic*, vol. 1, 2001.
- G. GIOSTRA, *Contraddittorio*, IX *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1-13, 2001.
- N. GRIMALDI, *Socrate, lo stregone: il primo guaritore di anime*, Alessandro Sfrecola (trans.), Trieste, 2008.
- S. HAMPSHIRE, *Justice in conflict*, in *Princeton University Press*, 2000.
- G. ILLUMINATI, *The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2005.
- R. G. JOHNSTON – S. LUFRAÑO, *The adversary system as a means of seeking truth and justice*, in *J. Marshall Law Review*, vol. 35, 2002.
- T. L. KUBICEK, *Adversarial system*, in *Adversarial justice: America's court system on Trial*, New York, 2006.
- S. LANDSMAN, *The adversary system: a description and defense*, AEI, Washington, 1984.
- J. H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2003.
- D. LUBAN, *The Adversary System Excuse*, in *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge, 2007.
- C. MENKEL-MEADOW, *The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural World*, in *William and Mary Law Review*, vol. 38, 1996; available at <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol38/iss1/3>
- J. MOULTON, *A paradigm of philosophy: the adversary method*, in *Women, Knowledge, and Reality: Explorations in Feminist Philosophy*, London, 1989.
- W. T. PIZZI – L. MARAFIOTI, *The new italian code of civil procedure: the difficulties of building an adversarial trial system on a civil law foundation*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 1, 1992.
- G. REALE, *Socrate: alla scoperta della sapienza umana*, Milano, 2000.
- R. ROBINSON, *Plato's earlier dialectic*, Oxford, 1953.
- P. ROONEY, *Philosophy, adversarial argumentation, and embattled reason*, in *Informational Logic*, vol. 3, 2010.
- S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000.
- G. SCARPAT, *Parrhesia greca, parrhesia cristiana*, Brescia, 2001.

- G. S. SERGIENKO, *The ethics of the adversary system*, Berkeley, 2004; available at <http://law.bepress.com/expresso/eps/396>
- P. SOMMAGGIO, *Contraddittorio giudizio mediazione*, Milano, 2017.
- ID., *La logica come giurisprudenza: Saggio introduttivo sulla rivoluzione epistemologica di Stephen Toulmin ed i suoi riflessi per la metodologia giuridica, Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, in *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, F. Zanuso – S. Fuselli (eds.), Milano, 2011.
- M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma, 2009.
- J. TIDMARSH, *Complex litigation and the adversary system*, Washington, 1998.
- P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Diritto Penale e Processo*, Milano, 2000.
- S. TOULMIN, *The uses of arguments*, Cambridge, 1958.
- W. VAN CAENEGEM, *Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings*, Robina, 1999, available at [http://epublications.bond.edu.au/law\\_pubs/224](http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/224)
- C. VAN DEN WYNGAERT, *Criminal procedure system in the European Community*, London, 1993.
- G. VLASTOS, *Socratic studies*, Cambridge, 1994.
- F. L. WELLMAN, *The art of cross-examination*, London, 1903.

## ANNA SIMONATI

*L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli enti locali)*

- G. ARENA (ed.), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995.
- ID. (ed.), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004.
- P. BARDASI – A. FABBRI, *Trasparenza: l'accesso civico quale nuovo diritto del cittadino (l'esperienza dell'azienda U.s.l Ferrara)*, in *Ragiusan*, 2014
- M. BINDA, *Accesso civico e accesso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990*, in *Temì romani*, 2014.
- M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013.
- F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La comunità internazionale*, 2010.
- R. CAMELI, *Considerazioni in tema di accesso agli enti delle amministrazioni locali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004.
- P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013.

- E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009.
- ID., *La trasparenza "totale" delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in *Astrid*, 2011.
- E. CARLONI – F. MARZANO, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, in *Infor. dir.*, 2011.
- C. CESARANO, *Decreto trasparenza: senza modifiche drastiche non è un vero FOIA*, available at <http://www.foia4italy.it/news/testo-foia-madia-trasparenza>.
- A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico (Transparency and "civic access")*, in *Nuove autonomie*, 2014.
- D. COSÌ, *"Comunicazione pubblica" e "documentazione giuridica" nei cinquanta anni di funzionamento della Corte Costituzionale*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2007.
- P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).
- L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, 2012.
- W. D'AVANZO, *Partecipazione, democrazia, comunicazione pubblica. Percorsi di innovazione della pubblica amministrazione digitale*, Soveria Mannelli, 2009.
- F. DE VISINTINI, *Innovazione e comunicazione nell'amministrazione pubblica*, Milano, 2010.
- F. DI DONATO, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, 2010.
- B. DI GIANNATALE, *La comunicazione pubblica nella democrazia contemporanea: effetti e conseguenze giuridico-istituzionali*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2001.
- V. ESPOSITO – F. DEL GROSSO – G. PASSANNANTI, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso ed il diritto civico*, available at <http://www.filodiritto.com/articoli/2013/07/il-diritto-sociale-alla-trasparenza-tra-il-diritto-di-accesso-e-l-accesso-civico>.
- A. ETZIONI, *Is Transparency the Best Disinfectant?*, in *Journal of Political Philosophy*, 2010.
- F. FACCIOLI, *Comunicazione pubblica e media digitali: la prospettiva del public engagement*, in *Problemi dell'informazione*, 2016.
- G. FIENGO, *La difficile via italiana*, in *Rass. avv. Stato*, 2012.
- T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus*, 2011.
- D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Gior. dir. amm.*, 2014.

- S. GIACCHETTI, *Diritto di accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- N. GULLO, *Prime note sull'accesso ai documenti amministrativi degli enti locali dopo la l. n. 69 del 2009*, in *Nuove autonomie*, 2009.
- B. HOUSTON, *Freedom of Information Acts: Promises and Realities*, in *Open Government*, D. Lathrop – L. Ruma (eds.), Sebastopol, 2010.
- L. IANNOTTA, *Gli istituti di partecipazione, tra pubblico e privato, nell'ordinamento locale (la l. 142 dell'8 giugno 1990 alla luce dei principi della l. 241 del 7 agosto 1990)*, in *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, R. Mararama – L. Iannotta – F. Pugliese (eds.), Napoli, 1991.
- A. LA SPINA – A. CANGEMI, *Comunicazione pubblica e burocrazia*, Milano, 2009.
- P. LALLI, *Pratiche di comunicazione pubblica: per un'etica delle competenze*, in *Istituzioni del federalismo*, 2009.
- D. LATHROP – L. RUMA (eds.), *Open Government. Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, Sebastopol, 2010.
- P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013.
- S. MARTELLO, *Sull'operatività degli strumenti multimediali nel settore della comunicazione pubblica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006.
- B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *Gior. dir. amm.*, 2013.
- A. J. MEIJER, *Transparency*, in *Oxford Handbook of Public Accountability*, M. Bovens – R. E. Goodin – T. Schillemans (eds.), Oxford, 2013.
- Id., *Understanding the Complex Dynamics of Transparency*, in *Public Administration Review*, May/June 2013
- Id., *Local Meanings of Targeted Transparency. Understanding the Fuzzy Effects of Disclosure Systems*, in *Administrative Theory and Praxis*, 2013.
- G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Vv.AA., Diritto amministrativo*, vol. 2, Bologna, 1998.
- T. MUZI FALCONI, *Il processo di cambiamento nella comunicazione pubblica, alcuni elementi di criticità*, in *Comuni d'Italia*, 2003.
- A. G. OROFINO, *Reti civiche e città digitali. La comunicazione pubblica online tra semplificazione, partecipazione e trasparenza*, in *Cyberspazio e diritto*, 2001.
- C. PACE – B. LUISI, *La formazione delle risorse umane per la comunicazione pubblica ed istituzionale*, in *Comuni d'Italia*, 2003.
- P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).
- G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1989.

- B. PONTI (ed.), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, 2013.
- A. M. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico introdotto dalla riforma Madia e i modelli di riferimento*, available at <http://piemonteautonomie.c.r.piemonte.it/cms/index.php/il-nuovo-accesso-civico-introdotto-dalla-riforma-madia-e-i-modelli-di-riferimento>.
- G. PRILLA, *La comunicazione della pubblica amministrazione*, Bari-Roma, 2008.
- S. ROLANDO, *Comunicazione, poteri, cittadini*, Milano, 2013.
- F. SAITTA, *Del dovere del cittadino di informare la P.A. e delle sue possibili implicazioni*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, F. Manganaro – A. Romano Tassone (eds.), Torino, 2005.
- M. A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002.
- R. SANSONE, *La comunicazione pubblica: strumento di democrazia e di partecipazione del cittadino*, in *Funzione pubblica*, 2005.
- M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2013.
- ID., *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, available at <http://dx.doi.org/10.1787/5km4g0zfq27-en>.
- G. SCIULLO, *Sintonie e dissonanze fra le l. 8 giugno 1990 n. 142 e 7 agosto 1990 n. 241: riflessi sull'autonomia normativa locale*, in *Foro amm.*, 1990.
- A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990, n. 241 e il problema della legittimazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996.
- A. SIMONATI, *L'accesso agli atti degli enti locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2006.
- A. SIMONATI – M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M. A. Sandulli (ed.), Milano, 2011.
- A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013.
- ID., *La trasparenza amministrativa nella normativa italiana: un principio in evoluzione*, in *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon*, D. de Pretis – M. Malo – B. Marchetti (eds.), Napoli, 2015.
- M. R. SPASIANO, *Il "diritto di accesso"*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012.
- ID., *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2015.
- J. TAYLOR – E. BURT, *How Do Public Bodies Respond to Freedom of Information Legislation? Administration, Modernisation and Democratisation*, in *Policy & Politics*, 2010.
- F. TENTONI, *L'"oscura" trasparenza*, in *Azienditalia*, 2013.
- V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013.

- S. TOSCHEL, *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi: due volti del nuovo sistema amministrativo*, in *Comuni d'Italia*, 2013.
- A. VIGNUDELLI, *Genesi fenomenologica della comunicazione pubblica dallo Stato autoritario "secretante" alla "trasparenza" dello Stato democratico*, in *Dir. inf.*, 2005.

ELISABETTA PEDERZINI

*Le società a responsabilità limitata e le sfide del mercato*

- P. BENAZZO, *La s.r.l. start-up innovativa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014.
- D. BUREAU, *L'altération des types sociétaires*, in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, 2008.
- M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto: una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. soc.*, 2012.
- A. A. DOLMETTA, *Sul "tipo" S.r.l.*, in *S.R.L. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011.
- F. H. EASTERBROOK – D. R. FISCHER, *Contractual Freedom in Corporate Law: Articles and Comments - The Corporate Contract*, in *Columbia Law Review*, 1989.
- C. IBBA, *I limiti dell'autonomia statutaria*, in *La nuova società a responsabilità limitata. Prime letture e proposte interpretative*, F. Farina – C. Ibba – G. Racugno – A. Serra (eds.), Milano, 2004.
- U. LA PORTA, *Dal tipo contrattuale la modello di società: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Società*, 2002.
- B. MANNING – J. HANKS, *Legal capital*, III ed., New York, 1990.
- G. MANZINI, *Nudo di famiglia*, Roma, 2009.
- F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010.
- A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino, 2014.
- A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (ed.), Milano, 2003.
- E. PEDERZINI, *Tra nazionalità e riconoscimento: lo statuto personale delle società*, in *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, F. Cortese – G. Santucci – A. Simonati (eds.), Napoli, 2014.
- ID., *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2016.
- G. C. M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *La "nuova" società a responsabilità limitata*, M. Miola (ed.), Napoli, 2005.

- N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005.
- M. SIEMS – D. CABRELLI, *Comparative company law. A case-based approach*, Oxford, 2013.
- G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber Amicorum G. F. Campobasso*, P. Abbadessa – G.B. Portale (eds.), vol. 1, Torino, 2006.
- ID., *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, I, Milano, 2010.

NICOLA LUGARESI

*Sex Offenders, accesso alla Rete e diritto di Internet*

- J. E. COHEN, *Cyberspace As/And Space*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2007.
- F. H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996.
- J. L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Occasional Papers*, 1999.
- D. HUNTER, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, in *California Law Review*, 2003.
- D. R. JONSHON – D. G. POST, *Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996.
- M. A. LEMLEY, *Place and Cyberspace*, in *California Law Review*, 2003.
- L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 1999.
- N. LUGARESI, *Regole, diritti ed interessi in Rete: il diritto pubblico di Internet*, in *Giustizia Amministrativa Online*, 2006.
- A. MURRAY, *Looking Back at the Law of the Horse: Why Cyberlaw and the Rule of Law are Important*, in *IO Script*, 2013.
- D. G. POST, *Governing Cyberspace*, in *Wayne Law Review*, 1996.
- J. H. SOMMER, *Against Cyberlaw*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2000.
- H. I. TROTTER, *The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'*, in *Faculty Publications*, 1994.

Con il contributo finanziario di:



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI TRENTO



Opera Universitaria di Trento