

Andrea Buti



Diffamazione, (ingiuria) e mediazione

Idee per una gestione ecologica delle controversie in tema di
lesione dell'onore, anche a si sensi del d. lgs 28/2010



Dirittomoderno.it
Per orientarsi nel cambiamento

EDIZIONI CSP
Centro Servizi Professionali

Sommario

1. Mediazione e problem solving.....	3
2. Le ragioni di una scelta.....	5
3. Mediazione e diffamazione?.....	6
4. I termini (non solo legali) della questione.....	7
5. Strategie e tattiche.....	8
6. Errori di valutazione.....	9
7. Esagerazioni controproducenti?.....	10
8. Operatore del verosimile.....	10
9. L'interesse del cliente.....	11
10. Le emozioni.....	12
11. Civile o penale, o altro?.....	13
12. Processo o strumento di rancore?.....	14
13. Oltre la mediazione: il perdono.....	14
14. Qualche caso limite.....	15
15. Stampa e nuove tecnologie.....	16
16. Aiuto.....	17

1. Mediazione e problem solving

La mediazione è da molti vista come un giochino inutile o addirittura come una sorta di tassa: un orpello che si erge ad ostacolo nella già tortuosa via verso la giustizia.

Al riguardo si potrebbe subito svolgere una considerazione di ordine generale che proviene non dal mondo forense, ma da quello che si occupa di interazioni umane e della risoluzione¹ dei relativi problemi: “sono le nostre teorie che determinano le nostre osservazioni”.

Che significa?

Che coloro che pensano che la mediazione non funziona (*teoria*) vedranno ogni applicazione come errata (osservazione).

Al contrario i pochi estimatori vedono la mediazione come una piccola rivoluzione positiva. Un dato accomuna gli uni e gli altri: nessuno di loro ha davvero fatto mediazione, ma al massimo qualche tentativo di conciliazione o tanti negoziati che sono, però, fenomeni ed entità diversi.

Questo testo non è rivolto agli estimatori, ma nemmeno – nella vita occorre essere pragmatici – ai contrari che non sono disposti a mettere in discussione la loro *teoria*, ma agli **scettici** o a coloro che vorrebbero, ma non sanno bene come.

A tal fine è utile qualche considerazione sul **funzionamento delle persone**.

Il comportamento di ogni essere umano è, infatti, il risultato di diversi meccanismi che si mettono in moto dopo che si è percepito qualcosa:

	Emotività	Razionalità	Verbale	Non verbale
3° Livello comportamento	comportamenti emotivi	decisioni dettate dai risultati ottenuti applicando ragionamenti razionali	effetti di numeri e parole percepiti ed elaborati	effetti di atteggiamenti o espressioni, mimica
2° Livello elaborazioni	ruminazione, coinvolgimento	logica, ragionamento	significato dei messaggi	significato del linguaggio del corpo
1° Livello percezioni	emozioni	dati, numeri parole	numeri, parole	linguaggio del corpo

Ogni livello influisce, quindi sul comportamento, ad iniziare da quel che viene percepito: a tale primo livello già sono possibili differenze di percezioni che non sono frutto di selezione volontaria e consapevole, ma il risultato di reazioni che potremmo definire “inconscie”:

Con riferimento alle emozioni è stato sostenuto che esse sono funzioni biologiche del cervello (non della mente): si tratterebbe, dunque, di chimica ed elettricità, non di coscienza. In effetti non si “sceglono” le emozioni: si provano ... automaticamente. E quando l'emozione è stata provata, vissuta o sentita, non può essere spenta, dismessa o annullata.

Ma anche per quanto riguarda i dati si operano “automaticamente” delle selezioni: vedere o non vedere qualcosa, sentire o udire una parola o un certa espressione sul viso di qualcuno è frutto di filtri percettivi il cui funzionamento sfugge alla consapevolezza del cervello.

Dunque a questo livello è già ben possibile che due persone che vivono la stessa esperienza concreta (una discussione, un incidente, un dialogo) possano provare emozioni diverse e selezionare dati diversi. Senza volere.

¹ Giorgio Nardone, *Problem solving strategico da tasca. L'arte di trovare soluzioni ai problemi irrisolvibili*, Ponte alle grazie Ed., 2009. “Da più di vent'anni Giorgio Nardone ha sviluppato alcune modalità d'intervento basate sul modello di *Problem Solving strategico*, la cui applicazione va dalla psicoterapia, nel trattamento di gravi patologie come i disturbi alimentari, le fobie e gli attacchi di panico, al coaching individuale e alla consulenza aziendale, scolastica e sportiva. Questo testo descrive sinteticamente gli strumenti di cui ci si dovrebbe dotare per padroneggiare la “tecnologia” del *Problem Solving*, sintesi di conoscenza e arte pratica, di teoria e ricerca empirica. Definire il problema, individuare le “tentate soluzioni disfunzionali”, introdurre il cambiamento sono i capisaldi di un approccio che punta tutto sull'efficacia e sul conseguimento degli obiettivi. In un'ottica strategica, non si conosce più per cambiare, ma si cambia per conoscere: il ricorso a una logica non ordinaria, basata sulla suggestione di stratagemmi antichi e insieme modernissimi, scuote le nostre convinzioni razionali e offre soluzioni semplici a problemi di natura disparata” (tratto da <http://www.ibs.it/code/9788862200806/nardone-giorgio/problem-solving-strategico.html>).

Dopo (questione di millisecondi, non di secondi o minuti) che si sono percepiti dati ed emozioni, si comincia a rielaborare il tutto sulla base di diversi elementi:

- cultura
- educazione
- vissuto-esperienze
- carattere e personalità
- credenze
- valori (etici, morali, religiosi)
- stereotipi, pregiudizi, euristiche

Dopo (pochi altri millisecondi...) si inizia a comunicare con l'altro utilizzando talvolta inconsapevolmente talvolta in maniera semplicemente differente i diversi mezzi di comunicazione di cui disponiamo:

- verbale
- non verbale

La comunicazione² è efficace quando grazie ad un corretto uso della sintassi (esiste sia per il linguaggio verbale [ortografia e grammatica appresa alle scuole] che per quello non verbale [è stato insegnato e appreso?]) il significato del messaggio attribuito dall'emittente viene ricevuto tal quale dal destinatario.

Questo a livello di **contenuto**, cioè di **cosa** viene detto.

Ma gli essere umani non si preoccupano solo di **cosa** si dice, ma anche di **come** lo si dice. A tale livello un messaggio pur positivo (per l'emittente) può essere frainteso solo perché si è usato un tono di voce non adeguato (secondo il metro del destinatario) o con un atteggiamento minaccioso o troppo perentorio (sempre all'occhio del destinatario). Ora siccome queste sono sensazioni che non possono essere misurate oggettivamente (non esiste un livello in decibel per misurare la correttezza del tono..) è facile capire come comunicare efficacemente sia assai difficile.

E perché alla fine sia difficile avere comportamenti coordinati tra le persone, a meno che la loro relazione non sia ben funzionante.

Perché alcune relazioni funzionano ed altre falliscono? Perché certi soggetti riescono a coordinare il loro comportamento cooperando ed altri invece non vi riescono? Perché relazionarsi con qualcuno è più facile e con qualcuno è assai difficile.. pur parlando degli stessi temi o affrontando gli stessi argomenti?

La risposta è nel numero di **variabili** che le persone condividono o credono di condividere o pensano di condividere. Quindi due persone che di fronte ad un medesimo fatto provano emozioni simili, effettuano la selezione degli stessi dati, elaborando le stesse euristiche, valori, credenze, in base alla medesima cultura e educazione, comunicando efficacemente, possono creare una relazione che funziona.

Ciò non significa che possano essere d'accordo su tutto: però riescono a risolvere le situazioni in cui v'è divergenza di interessi o di posizioni, in maniera costruttiva e senza rovinare la loro relazione.

Relazione che va intesa in senso assai lato e non solo come sentimentale, di lavoro o di vicinato. Anche tra due sconosciuti coinvolti in un incidente stradale o che chattano in un forum si crea una relazione (magari non duratura né volontaria) che può compromettere la loro comunicazione dando luogo - in un circolo senza fine - ad emozioni negative, immagini distorte dell'altro.. in una parola ad un **conflitto**.

Può, a questo punto tale conflitto essere risolto giuridicamente? Sì ma solo nel dominio del diritto, non a livello personale. Quindi solo per una finalità sociale del diritto e del processo; per una questione di ordine pubblico, per evitare (davvero?) che le persone si facciano "giustizia" da sé.

Ma a livello personale le emozioni, le selezioni di dati, le elaborazioni e le interpretazioni non potranno essere scardinate da una sentenza.

L'emozione negativa, il sentimento di squalifica o di disconferma, l'immagine negativa dell'altro essendosi creati nella mente e nel cervello delle persone, non possono essere modificate con un provvedimento giudiziario, ma solo agendo allo stesso livello in cui si sono create: nella mente e nel cervello.

² P. Watzlawic, *Pragmatica della comunicazione umana*, Astrolabio 1971.

Dunque, le persone non si capiscono semplicemente per un fatto statistico: la **diversità** della cultura, dell'educazione, dei valori e delle credenze, la soggettività delle emozioni e delle percezioni. E se qualcuno riuscisse a far in modo che le persone possano capirsi e rispettarsi, pur senza essere d'accordo? Questo è possibile solo se si assume che gli esseri umani funzionano così e che quindi la diversità è naturale ed immodificabile: quel che si può fare è far **scendere** le persone dal livello di comportamento a quello dei dati.

A questo punto si potrebbe verificare che il litigio o l'incomprensione è accaduta, ma non è stata **voluta** da nessuno dei due... Anche se tutti e due avevano buoni motivi per pensare che l'altro volesse litigare e che l'altro si stesse solo difendendo. E' normale e fisiologico che sia così: ci sono troppe variabili perché le cose possa andare in altro modo...

Solo dopo che si sarà verificato il numero delle variabili effettivamente condivise o condivisibili, si potrà davvero verificare se un accordo è possibile o no.

I due estremi sono:

Relazione che funziona	Relazione disfunzionale
stessi o simili valori, credenze, emozioni, criteri di selezione,	diversi valori, credenze, emozioni, criteri di selezione,
comunicazione efficace	comunicazione inefficace
Accordo facile/possibile	Accordo difficile/impossibile

E in mezzo?

Esistono di certo ottime relazioni sentimentali e di lavoro, di vicinato, nel caso di incidenti o sulle chat, ma ne esisteranno anche di pessime nelle stesse situazioni. Ovvio che le prime non hanno bisogno di alcun aiuto giacché le persone che si relazionano bene sanno come risolvere i loro problemi: l'aiuto è qualche volta possibile per chi trova in pessime relazioni.

Verificare quante variabili si condividono sarebbe una cosa saggia per tutti coloro che non sanno bene in che genere di relazione sono coinvolte.

E' possibile riconoscere le situazioni del primo tipo: si litiga poco o si risolvono i conflitti in maniera efficace e pacifica.

E' anche possibile individuare i soggetti coinvolti nelle relazioni disfunzionali: litigano per tutto e su tutto. Dalle cose più gravi a quelle più frivole (anzi ritengono grave quel che per qualcun altro potrebbe essere frivolo).

In mezzo ci sono una quantità di problemi più o meno gravi che forse meriterebbero una "pacifica" analisi delle variabili...

E coloro che si rivolgono all'avvocato a quale tipo apparterranno?

Ed il rispettivo avvocato?

Occorre la volontà di verificare e la disponibilità mentale per accettare la diversità da parte dei due litiganti e dei rispettivi avvocati.

Un risultato certo non facile da ottenere per legge o obbligando le parti o gli avvocati a fare qualcosa che non conoscono e per la quale non sono stati preparati né a scuola, né all'università.

E che a loro volta possono avere un problema di relazione con il cliente.

Abbozzata qualche nozione di psicologia (termine usato in senso molto lato, ma che contiene anche implicazioni di scienze cognitive e neuroscienze) possiamo procedere a verificare come quanto sinora esposti si incontri (o si scontri) con i meccanismi giuridici.

2. Le ragioni di una scelta

Nella relazione al d. lgs. 28/2010 si può leggere che : *“si sono prescelti i rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo*

stampa). Tali controversie appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale”.

Le prime reazioni sono state di tutt'altro avviso. Sul sito³ dell'O.U.A. È riportato: “Ma quali sono i possibili esiti della legge? «Premesso che la legge verrà rispettata e applicata, ovviamente in ogni suo singolo dettame, sulla base della mia esperienza temo che, nel nostro ambito, le aspettative alla base della stessa verranno deluse», dice ad AvvocatiOggi Stefano Longhini, responsabile del contenzione broadcasting Mediaset. «Se una direzione affari legali giunge ad un'ipotesi concreta di lite giudiziale è perché non ha ritenuto di conciliare, dopo aver sempre valutato con cognizione e attenzione, se ciò fosse o meno vantaggioso per l'azienda. Perché dovrei conciliare se ho già deciso di non farlo?»”.

La risposta a questa domanda è l'obiettivo di questa pubblicazione.

Si può ancora leggere: “Si comprime il diritto ad agire a tutela di diritti importantissimi nella speranza che il meccanismo di obbligatorietà della conciliazione produca l'auspicato effetto deflativo sul contenzioso pendente; io però non sono ottimista sui risultati, sia per la lezione che ci viene da precedenti affini che si sono dimostrati fallimentari – per esempio la conciliazione nelle cause di lavoro - sia perché si tratta di controversie difficili da conciliare, non trattandosi di questioni di carattere meramente economico”.

Due notazioni: **compressione** del diritto si avrà solo se l'accordo non riesce. Se l'accordo riesce, il diritto lungi dall'essere complesso sarà **valorizzato**, non foss'altro che per una questione di **tempo**: la relativa tutela si verificherà in un contesto temporale in cui ha ancora un senso parlare della notizia. Il rimedio apparentemente simile di cui all'art. 120 c.p.c. (pubblicazione della sentenza) avverrebbe, infatti, nel migliore dei casi, a distanza di molto tempo. Ed in un mondo che gira a velocità elevatissima con una rapida successione di notizie spesso ad elevata volatilità, il tempo è un fattore essenziale.

In secondo luogo è agevole notare la spaventosa efficacia delle euristiche (non lontane parenti di stereotipi o pregiudizi) che fanno sbrigativamente assimilare la **mediazione** alla **conciliazione di lavoro**, denotando, una approccio essenzialmente esperienziale al problema.

Ma vien da chiedersi, se nessuno ha mai sperimentato la mediazione....., se il responsabile della Direzione Provinciale del Lavoro non è un mediatore, se conciliazione e mediazione sono ontologicamente differenti, è possibile un paragone?

3. Mediazione e diffamazione?

Venendo al dunque, siccome la diffamazione è essenzialmente una vicenda umana basata su una interazione comunicativa **non ideale**, forse si potrebbe riflettere sulle implicazioni dell'approccio non solo legale al problema.

Si legge spesso che la mediazione potrebbe rivelarsi un utile strumento poiché consente di risparmiare tempo e denaro alle parti coinvolte: questi benefici rivelano pertanto un interesse comune e condiviso per entrambi i litiganti, al pari delle agevolazioni in materia fiscale.

Che c'entra - direte voi - questo capoverso con il precedente?

Nulla!

Io, infatti, vorrei scrivere di altro.

E soprattutto farlo in maniera diversa, partendo cioè dal presupposto che il lettore abbia una **sua** idea sulla mediazione che non è giusta o sbagliata. E' semplicemente **sua**: e per tale motivo io la ignoro.

Ergo invece che parlare **bene** o **male** della mediazione (le generalizzazioni sono tipicamente uno dei primi errori anche delle comunicazioni disfunzionali) vorrei mostrare al lettore cosa potrebbe fare un mediatore formato e dotato di **certe** competenze, **sia** nel modo di condurre e gestire la procedura, **sia** circa l'oggetto della controversia.

³http://www.oua.it/NotizieOUA/scheda_notizia.asp?ID=1919

4. I termini (non solo legali) della questione

Ove la lite abbia a oggetto una diffamazione (o un'ingiuria, o anche moltissimi altri casi) sembra utile considerare alcuni aspetti peculiari che, a seconda dei casi potrebbero facilitare o ostacolare il raggiungimento di un accordo:

- incertezza circa la sussistenza della responsabilità a carico del presunto diffamante, nell'ipotesi in cui non sia pendente alcun giudizio civile o penale
- incertezza circa il quantum del risarcimento (tanto in ipotesi di giudizio già pendente che da instaurare)
- riflessi sulle spese legali dell'eventuale giudizio alla luce delle incertezze appena delineate
- interesse alla pubblicità (o al contrario alla riservatezza) dell'eventuale soluzione definitiva (tanto nell'ipotesi che si pervenga a sentenza, come nel caso che giunga ad un accordo)
- interesse (condiviso o contrapposto) alla relazione che preesisteva rispetto all'evento-diffamazione o a quella futura (nel caso, ad esempio di rapporti di lavoro, collaborazione o in genere in quelle situazioni cd. a "cooperazione necessaria").

Alla luce di tali profili si potrebbero avere due situazioni estreme (A e B) ed una serie di situazioni intermedie (C):

	A	B	C
Responsabilità	Molto chiara	Insussistente	Incerta
Quantum	Certo	Incerto	Incerto
Spese	Vittoria	Vittoria	Incerte
Pubblicità riservatezza	Contrapposizione	Contrapposizione	Condivisione
Relazione	Irrilevante	Irrilevante	Rilevante

Tipicamente l'avvocato del diffamato ed il suo cliente pensano di trovarsi nella posizione rappresentata come nella colonna A, mentre l'avvocato del diffamante ed il suo cliente in quella sub B.

Accantoniamo momentaneamente la colonna C per concentrarci sulla struttura del problema e sulle possibili strategie di soluzione.

In un mondo ideale, retto da regole matematiche, le possibilità di successo del diffamato dovrebbero essere complementari e non speculari a quelle di successo del diffamante: se l'imputato ha il 30% di probabilità di essere assolto, il querelante dovrebbe avere il 70% di probabilità di ottenere una condanna favorevole. Ma, è evidente: se le cose stessero effettivamente così, non si avrebbero nei tribunali tutti i giudizi sia civili che penali che, invece, ci sono!

Il problema nasce, pertanto, quando sia il diffamante che il diffamato stimano ciascuno una probabilità di successo superiore al 50%. E' vero che in alcuni casi ci sono soggetti che accetterebbero di intraprendere o resistere in giudizio anche avendo pochissime probabilità di vittoria (finanche il 10% o meno o in ipotesi delle note "questioni di principio") ma in tal caso subentrerebbe un ulteriore problema, ossia, quello della cd. propensione al rischio che è totalmente soggetta ed anche irrazionale, come dimostrato ad esempio dal premio Nobel Daniel Kahneman con la sua Teoria dei prospetti⁴.

Tornando, però, al nostro problema principale, si tratta di verificare:

- 1) chi "la spara più grossa" nell'ipotesi in cui si tratti di una sovrastima tattica ovvero
- 2) quali errori si stanno commettendo (che producono l'errore nella stima).

⁴ *Prospect theory*: perdite e guadagni di pari valuta, vengono percepiti come valori assolutamente differenti.

5. Strategie e tattiche

La logica processuale non è l'unica ed anzi, in alcuni casi è la meno efficace. Definiamo innanzitutto le proprietà ossia le caratteristiche di tale logica:

1. esaltare gli aspetti positivi della propria tesi
2. minimizzare quelli negativi
3. avanzare eccezioni per ostacolare l'avversario
4. tentare di persuadere (il giudice o chiunque altro)
5. insinuare il dubbio rendendo impossibile una rappresentazione condivisa (in certo senso "oggettiva") dell'accaduto

Quelle elencate sono anche le tattiche standard in un aula di tribunale: come coniugarle con i parametri sopra elencati?

Se si vuol fare una previsione accurata del più probabile esito non sono certo il viatico migliore.

Una corretta stima, infatti, dovrebbe essere il risultato di una onesta ed oggettiva comparazione tra 1 e 2; 3 richiede una attenta analisi tra eccezioni "buone" (con elevate probabilità di accoglimento) ed eccezioni "strumentali" (fatte solo perché.. sono cartucce che sono disponibili e vanno comunque sparate, che vadano a segno o meno); 4 e 5 non sono direttamente applicabili.

Proviamo ad elaborare, allora, alcuni parametri, ad esempio, riferiti alla responsabilità. In giurisprudenza esmbrano consolidate le prime intuizioni⁵ di quasi 50 ani fa basate sulla seguente tripartizione:

- la continenza
- la verità del fatto (oggettiva o putativa)
- l'interesse pubblico alla notizia

Si tratta ovviamente di canoni interpretativi (giacché non sono espressi in maniera esplicita in alcuna norma) che però, vanno applicati al caso concreto.

A riguardo, quindi, una duplice considerazione:

A) per dare una stima corretta occorre conoscere bene tali canoni interpretativi, ossia avere una certa competenza in materia che può preesistere in capo all'avvocato (perché ad esempio fa molto penale o ha già assistito i clienti in diversi giudizi in materia di diffamazione) ma può anche mancare (giovane avvocato con poca esperienza o che ha conoscenze non del tutto mature/maturate).

B) l'applicazione al caso concreto è operazione assai delicata che nasconde delle insidie: se l'avvocato non smette di usare le logiche processuali, ne resta intrappolato.

Gli studi in materia di scienze cognitive⁶ (che non sono necessariamente psicologici) mostrano infatti, che ogni essere umano funziona sulla basi di percezioni del mondo esterno: tutti noi attribuiamo infatti proprietà e caratteristiche ad oggetti, eventi e persone. Il fatto è che le nostre percezioni sono strettamente legate al punto di osservazione: tale fenomeno è evidente nei bambini – che infatti non riescono a vedere le cose in una prospettiva diversa dalla loro se non dall'età di 11 anni – ma colpisce anche gli adulti.

⁵ P. Nuvolone, *I reati di stampa*, Milano, 1951.

⁶ Legrenzi P., *Prima lezione di scienza cognitive*, Laterza, 2002. Dall'opera citata: "E' oramai saltata la nozione di coscienza propria del senso comune, anche se essa resta un caposaldo della psicologia ingenua della vita quotidiana. Le ricerche degli scienziati cognitivi hanno contribuito a frammentare la coscienza in una miriade di meccanismi che a noi sono celati tanto quanto lo è la struttura della materia del mondo che ci circonda. Non abbiamo un accesso spontaneo e diretto neppure a ciò che governa i singoli e più comuni atti quotidiani: vedere, comunicare, pensare".

In questo caso la **percezione limitata** non è *strutturale* (come per i bambini⁷) ma *funzionale* (ossia dovuta alla funzione che si svolge).

In altre parole, per quanto si sforzi, all'avvocato resta piuttosto difficile essere oggettivo, perché egli è **essenzialmente di parte**.

Si potrebbe dire che a livello di strutture e processi cognitivi l'avvocato sarebbe come in conflitto con se stesso... se ammettesse anche solo per un momento che il proprio cliente abbia effettivamente torto...

Come detto prima non è consigliabile generalizzare, quindi, operiamo una semplice distinzione: soggetti (ed avvocati) più calati nel ruolo e soggetti (nonché avvocati) un po' più distaccati. Il che equivale ad un'altra differenza: quella tra soggetti che instaurano delle interazioni più sensibili alla conferma che alla critica.

Chi è più orientato alla conferma subisce uno dei meccanismi psicologici più potenti, la cosiddetta⁸ profezia che si auto-avvera o auto-adempie: in parole "*vede solo quello che si aspetta di vedere*".

Chi è più orientato alla critica, invece, non si aspetta di vedere granché e, quindi, non subisce questo effetto. Però potrebbe apparire come **meno sicuro di sé**, finanche **debole** o **dubbioso**: tutte caratteristiche forse poco consone ad un avvocato, specie se abituato a praticare le aule giudiziarie, in cui al contrario bisogna mostrare certezze anche quando non se ne hanno.

Ma le cose non stanno proprio in questi termini, si potrebbe obiettare: l'avvocato potrebbe cambiare modo di ragionare ed essere convincente/persuasivo in tribunale e riflessivo/pacato con il proprio cliente.

Sarà davvero così?

6. Errori di valutazione

Uno studio⁹ svolto da Martyn Asher professore presso la Wharton School (University della Pennsylvania) e pubblicato sul Journal of Empirical Legal Studies, mostra come gli avvocati siano vittime di errori di stima (con il senno di poi, ovviamente): questo impedisce evidentemente di giungere ad una soluzione concordata: il titolo dell'articolo in effetti è abbastanza emblematico "*Non facciamo un accordo!*" (*Let's not make a deal*).

La ricerca, che potrebbe definirsi un "classico" (è iniziata nel 1964) mostra che tra il 2002 e il 2005, su 2.054 liti esaminate sono stati commessi errori di valutazione.

Un articolo del codice di procedura civile della California prevede che l'azione in tribunale possa essere evitata se una parte accetta l'offerta avanzata dall'altra parte nei 10 giorni precedenti l'inizio del processo.

Nel 61,2 per cento dei casi, l'attore (o il suo avvocato?) ha rifiutato un'offerta che invece era uguale o superiore a quanto poi stabilito in sentenza, mentre il convenuto (o il suo avvocato?) hanno errato solo nel 24,3 per cento dei casi. Lo studio ha valutato anche variabili come la qualità delle parti coinvolte (privati, imprese, società), gli anni di esperienza degli avvocati e le dimensioni dello studio in cui operavano.

Non si hanno dati per dimostrare una eziologia diretta tra errori, profezia che si auto-avvera e propensione al rischio, ma potremmo provare ad accontentarci del dubbio che un qualche collegamento esista?

Cho è disposto ad accettare almeno il dubbio potrebbe sfruttare la mediazione, al fine di verificare se effettivamente ha incolpevolmente omesso di valutare qualche aspetto o elemento o se la valutazione è stata troppo ottimistica e di parte. A questo punto la verifica potrebbe riguardare anche le omissioni legate ad uno studio della questione di merito che risente di certi schemi mentali. Specie in relazione al **quantum** che è plausibile aspettarsi.

⁷ I primi studi in materia di si devono a Jean Piaget (1896-1980), psicologo e pedagogo svizzero, fondatore della cd. *epistemologia genetica*, ossia dello studio sperimentale delle strutture e dei processi cognitivi legati alla costruzione della conoscenza nel corso dello sviluppo. Con il noto esperimento delle 3 montagne, notò che i bambini sino all'età di 6-7 anni non riescono a vedere le cose se non dalla loro prospettiva: il fenomeno è definito *egocentrismo intellettuale*.

⁸ Watzlawick P., J H Beavin, D.D. Jakson, *Pragmatica della comunicazione umana*, Astrolabio, 1967

⁹ Disponibile su: www.econone.com/resource/sections/11/newsletter_winter_2009.pdf

7. Esagerazioni controproducenti?

Con riferimento specifico alla diffamazione, esaminando al giurisprudenza non è infrequente trovare richieste di diverse centinaia di migliaia di euro cui, in sentenza, seguono liquidazioni di qualche decina di migliaia di euro.

Errore di valutazione o strategia errata?

Una regola non scritta, ma assai usata, prevede che “*a scendere si fa sempre in tempo*”. Ergo si parte **alti**; va bene, ma quanto?

Sembrerà strano, ma anche i numeri parlano ed una offerta esagerata (sia verso l'alto che verso il basso) passa una serie di meta-messaggi – considerazioni implicite e non dette espressamente – tutti abbastanza tipici e che vanno da “*questa offerta è ridicola*” a “*questa offerta offensiva*”.

Ridicola o offensiva per chi?

Quel che è ridicolo per l'uno è il giusto per l'altro e viceversa: è questa **ricorsività** che crea dei *loop* dai quali è impossibile uscire. Si tratta, peraltro, di **errori negoziali comuni**, legati o alla mancata conoscenza del cd. **effetto ancoraggio**¹⁰ o ad un improprio uso dell'**ancora**.

E' utile infatti chiedersi: a chi giova un'offerta che può essere considerata ridicola o offensiva?

Chiedere 500.000 euro e vedersene riconosciuti 20.000, è possibile? Evidentemente sì, perché accade ed è contenuto in sentenze che sono documenti pubblici.

Dunque la richiesta esagerata fa più danni che benefici e se in ambito giudiziario può solo indispettire il giudice o riverberarsi negativamente sulle spese legali, in ambito negoziale (pertanto anche in mediazione) rende impossibile l'accordo perché:

- denota un'attitudine di non cooperazione
- disegna una zona di possibile accordo (ZOPA¹¹) al di fuori delle proprie disponibilità
- fa perdere la faccia: con che faccia io avvocato posso far accettare al cliente un accordo a 20.000 quando gli ho fatto credere che riceverà 500.000, o semplicemente, senza dirglielo esplicitamente, gli ho fatto firmare una delega in calce ad un atto dove c'è su scritto **500.000**? Sempre di effetto ancoraggio si tratta infatti: il cliente rimane abbagliato e drogato dalla cifra elevata e non riesce più nemmeno a considerare una cifra notevolmente inferiore.

Chiaro che lo stesso meccanismo vale per l'altra parte che, nello stesso caso offrì 1.000 euro...

E, purtroppo succede.

8. Operatore del verosimile

A questo punto io, almeno, per curiosità o “sicurezza” mia e del cliente, una **prova** delle mie argomentazioni e valutazioni la farei. Visto mia che sono vittima di qualche struttura cognitiva incosciente o sono semplicemente troppo ottimista..

E poi, già che ci sono, comparerei quello che potrei ottenere al tavolo della mediazione con quello che potrei ottenere dal giudice.

Certo per fare questo devono sussistere alcune condizioni:

- avere fiducia e stima nel mediatore
- avere fiducia nella procedura
- modificare il mio ruolo di avvocato: *problem solver* e non difensore.

¹⁰ Fenomeno noto in economia e statistica: (Tversky e Kahneman) è una sorta di errore in base al quale tendiamo a eseguire le nostre valutazioni intorno a un punto di riferimento (ancora) che potrebbe non avere alcuna rilevanza reale. (<http://ali-e-radici.blogspot.com/2010/01/tversky-e-kahneman-e-leffetto-di.html>)

Un esperimento che ha permesso di spiegare questo effetto è descritto di seguito.

A un primo gruppo di individui è stata posta la seguente domanda: “*la percentuale di Paesi africani all'interno delle Nazioni Unite è maggiore o minore del 65%? Fornite una stima di questa percentuale*”. Le risposte medie sono state intorno al 45%. A un secondo gruppo di individui, in tutto e per tutto omogeneo al primo, è stata posta la stessa domanda, ma in termini leggermente diversi: “*la percentuale di Paesi africani all'interno delle Nazioni Unite è maggiore o minore del 10%? Fornite una stima di questa percentuale*”. In questo caso le risposte medie sono state intorno al 25%. 65% e 10% all'interno della domanda sono dunque l'elemento ancora che tende a influenzare al rialzo o al ribasso le valutazioni degli individui.

¹¹ Zone Of Possible Agreement: Brad Sprangler (Associate at Resolve in Washington, D.C. già Professional Research Assistant at the University of Colorado Conflict Research Consortium). in <http://www.beyondintractability.org/essay/zopa/>

La fiducia nella procedura è nella legge che copre tutto con la riservatezza e sempre che l'avvocato sappia che esiste anche la **segretezza** delle sessioni riservate: il negoziato può diventare infatti asincrono e protetto se non è più faccia a faccia. Improvvisamente perdono efficacia tutti i tatticismi e le strategie "belliche": si negozia **direttamente** con il mediatore, **indirettamente** con l'avversario. Ancoraggi errati o uscite ad effetto non hanno più senso; il mediatore tiene sotto controllo realmente la ZOPA e sa davvero a quanto le parti potrebbero chiudere l'accordo; egli sa realmente il limite inferiore e superiore che le parti non vogliono/possono oltrepassare.

Certo che se questo l'avvocato non lo sa e si mette a negoziare in maniera competitiva con il mediatore.. non si va molto lontano.

E questo va bene se tale esito coincide con l'interesse del cliente: ma quando, invece, diverge?

9. L'interesse del cliente

Ragionando non solo in termini di *an* e *quantum*, si potrebbe considerare se la sentenza (quando non si sa se sia ancora di assoluzione o condanna) riesca effettivamente a fare **soddisfatte** le parti coinvolte.

E questo non solo perché si ottiene meno di quel che si vorrebbe o si paga più di quanto ipotizzato. Il denaro come si dice è un mezzo e non un fine, ma è soprattutto, nel caso della diffamazione, un modo indiretto di rimediare una lesione. Dato che l'onore, il decoro, l'immagine non possono essere riparati in forma specifica occorre accontentarsi di un equivalente monetario.

Ma su un piano diverso e più profondo non c'è solo la considerazione che gli altri hanno di noi, la nostra immagine sociale, c'è l'autostima, l'amor proprio. C'è un problema, quindi di relazione tra diffamato e diffamatore: come funziona questo rapporto? Come tutte le relazioni umane si tratta di una alchimia complessa fatta di valori, credenze, vissuti, culture, educazioni, esperienze diversi; valgono però in particolar modo le emozioni ed il linguaggio non verbale, il potere evocativo che solo certe combinazioni di sintagmi, aggettivi, riferimenti esterni ed allusioni possono suscitare.

Considerato tutte queste variabili, quante possibilità ci sono che l'autore di uno scritto usi gli stessi parametri del lettore per valutare il valore semantico e gli effetti pratici delle proprie espressioni?

Attenzione: non si sta parlando di liceità e nemmeno legalità, che diversamente ricadremmo nel dominio legale. Si tratta infatti di una questione che attiene ad aspetti assolutamente soggettivi tra cui principalmente l'autostima di ognuno di noi.

Se io mi sento offeso, non in senso giuridico, ma in senso assolutamente **umano**? Mi sento cioè ferito come persona anche se l'altro non ha usato espressioni ingiuriose?

Problema di non facile soluzione in un paese dove - è detto senza alcun moralismo - le parolacce sono all'ordine del giorno in televisione ma anche sulla stampa e per non parlare di ciò che accade sul web o sui social network in cui la violenza verbale è all'ordine del giorno.

Anzi nell'ambito dei cd. nuovi media, il tutto è amplificato dalla scarsa consapevolezza circa il funzionamento del mezzo: quale il limite tra un gruppo di discussione riservato ed uno pubblico..? E l'errore di setting di un profilo? Comunicazioni aperte o chiuse nel mondo digitale?

Insomma un sereno e democratico confronto a questo punto sembrerebbe proprio la prima cosa da fare.. Ma come? Qui ci va di mezzo la "pancia", le emozioni, più che la ragione ed il dialogo. Ecco allora che potrebbe aiutare qualcuno (il mediatore) o qualcosa (la mediazione) per ricostruire un canale di comunicazione efficiente ed efficace: non buono o cattivo.

Un canale semplicemente funzionante: in cui quello che io volevo dire è proprio quello che tu hai capito. Il che accade davvero assai di rado come ben sanno tutti coloro che si occupano di comunicazione e conflitto

Ricostruire un ambiente che favorisca la comunicazione efficace non è certo semplice e se in più ci sono di mezzo cifre esagerate il tutto non può che degenerare e finire in tribunale.

Nessuna generalizzazione ricordate? Quindi non sto dicendo che questa è la norma: ipotizziamo pure che sia una mera eccezione. Ci sarà pure un caso in cui i due si sono frantesi eccedendo nei toni: troppo tagliente e diretto l'uno e troppo permaloso o sensibile l'altro. Come verificare..? Beh.. oramai si comincia ad intuire..

Una volta chiarita l'eventuale presenza di un *busillis* la soluzione non giuridica può assumere le forme più disparate ma diverse dalla classica e un po' odiosa lettera di scuse: una dichiarazione

congiunta dei due (*olim*) avversari, una controdi chiarazione, una foto in cui i due si stringono la mano.. o...qualsiasi altra cosa che due avvocati non hanno difficoltà a creare. Il diritto d'altronde dovrebbe essere al servizio delle persone e non il contrario. E non importa la forma della riparazione: basta che sia una soluzione lecita e soddisfacente.

10. Le emozioni

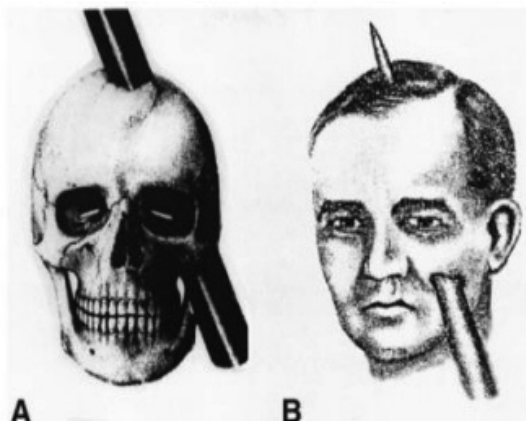
La rilevanza degli stati d'animo è da qualche tempo riconosciuta in giurisprudenza con riferimento alla previsione di cui all'art. 62 c.p. Fermi restando i consueti limiti¹² di adeguatezza e/o proporzionalità, infatti si è ritenuto che lo stato d'ira possa valere quale causa di non punibilità: *“Il fatto ingiusto altrui che può determinare lo stato d'ira altrui e la conseguente reazione offensiva deve o integrare a sua volta un fatto in sé offensivo o un fatto contrario alle regole di civile e comune convivenza o un fatto intrinsecamente illegittimo”* (Trib. Ariano Irpino, 15/03/2010).

Ora, per i motivi già esposti la ricerca di regole della civile e comune convivenza può portare a risultati contrastanti, finendo per spostare il problema senza risolverlo: o, meglio, risolvendolo giuridicamente ma non a livello personale (specie di autostima).

Ancora, in relazione alla ritorsione e provocazione è stato stabilito che: *“L'esimente della provocazione nei delitti contro l'onore, prevista sub art. 599, comma 2, c.p., perché possa ricorrere non è necessario che la reazione venga attuata nello stesso momento in cui sia ricevuta l'offesa, essendo sufficiente che essa abbia luogo finché duri lo stato d'ira suscitato dal fatto provocatorio, a nulla rilevando che sia trascorso del tempo.”* (Trib. Bologna Sent., 16/10/2009).

La Cassazione sembra addirittura riconoscere¹³ - di fatto e senza dirlo espressamente - quello che è da tempo discusso in ambito scientifico: i nostri comportamenti possono essere determinati dalle emozioni che proviamo. In particolare uno studio¹⁴ svolto da J. E. LeDoux ha messo in evidenza come il nostro cervello processa in parallelo gli stimoli che provengono dall'esterno e comunque percepiti con uno dei nostri sensi. I due diversi processi seguono due vie diverse (una segue il cd. sistema limbico e l'altra il sistema reticolare) che conducono però a due risultati diversi: una

produce un pensiero cosciente mentre l'altra una risposta emotiva. Le emozioni possono quindi essere definite *“funzione biologia del cervello”* e non una riflessione cognitiva consapevole¹⁵: in alcuni casi si è potuto osservare (con evidenze empiriche) che alcune lesioni fisiche a certe aree del cervello, impediscono a i soggetti così menomati di provare certe emozioni o comunque producono modifiche del comportamento. Sono passati diversi anni da quel lontano 1848 quando l'operaio Phineas Gage rimase gravemente ferito da una barra di ferrò che gli provocò lesioni al cervello lasciandolo miracolosamente vivo, ma profondamente cambiato rendendolo *“umorale ed irriverente (..) impaziente quando qualcosa è in*



¹² Ad esempio è stata affermato il superamento di tali limiti in relazione al tentativo di omicidio a mezzo di arma da fuoco confermando il principio: *“pur non essendo il concetto di adeguatezza e proporzione fra le opposte condotte elemento caratterizzante l'attenuante della provocazione di cui all'art. 62 c.p., n. 2, tuttavia la medesima va negata ogni qualvolta la sproporzione fra il fatto ingiusto altrui ed il reato commesso sia talmente grave e macroscopica da escludere uno o più degli elementi propri dell'attenuante medesima, come lo stato d'ira ovvero il nesso causale fra il fatto ingiusto e l'ira”* (in termini, Cass., Sez. 1, sentenza, n. 1305 del 15/11/1993, riv. 197245).

¹³ *“La circostanza attenuante della provocazione ricorre quando il reato sia commesso non già in un generico stato di emozione, agitazione, timore o paura, bensì in uno stato d'ira, essendo necessario che l'agente abbia perduto il controllo di se stesso in conseguenza di un fatto che sia privo di giustificazione nei contenuti e nelle modalità esteriori, capace di alterare i freni inibitori, come tale costituente eccezione al principio generale, secondo cui gli stati emotivi non sono causa di diminuzione della imputabilità”*. (Annulla in parte con rinvio, Ass.App. Roma, 03/02/2009) Cass. pen. Sez. I, 01/10/2009, n. 4017

¹⁴ Professore all'Università di New York - Membro del Centro di neuroscienze, ha pubblicato nel 1996 il libro *“The emotional brain”* (cervello emotivo).

¹⁵ Già Karl Lashley (1890-1958) psicologo e pioniere delle neuroscienze ebbe ad affermare: *“Il contenuto cosciente è il frutto di un processo di cui non siamo mai coscienti, siamo coscienti solo del suo risultato”*

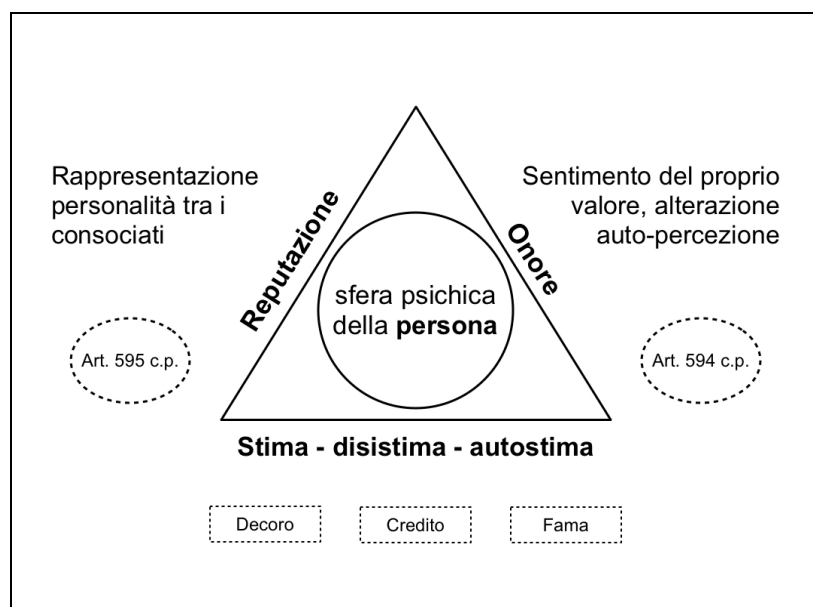
conflitto con i suoi desideri, occasionalmente pertinace, tuttavia capriccioso e vacillante, si fa ideatore di molti progetti per il futuro che non realizza e che abbandona presto per altri che appaiano più fattibili. A questo proposito, la sua mente è così radicalmente cambiata che i suoi amici e conoscenti dicono “non è più lui”¹⁶.

Di recente si è potuto constatare¹⁷ come una rarissima lesione all'amigdala impedisce a chi ne è affetto di provare paura.

Ora se aggiungiamo che le emozioni possono essere suscitate¹⁸ non solo da percezioni, ma anche da “credenze” il quadro si complica ulteriormente: si potrebbe allora, in una procedura di mediazione, provare a ricostruire l'accaduto non però in chiave inquisitoria per attribuire torti e ragioni, quanto solo per verificare come i sentimenti (insieme di emozioni) potrebbero essere dovuti a interpretazioni soggettive ed inconsapevoli dei comportamenti altrui.

11. Civile o penale, o altro?

Senza nemmeno affrontare l'uso strumentale della giustizia penale a fini negoziali, lasciando il problema all'etica del lettore, vorrei ricordare l'efficace ricostruzione¹⁹ di Zeno-Zencovich sul “passaggio” dalla tutela penale a quella civile come sede “ideale” di tutela delle lesioni all'onore, al decoro ed alla reputazione che possono essere rappresentati come nella figura che segue.



La scelta tra le due forme di tutela poggia su alcune considerazioni:

- necessità di provare il dolo in ambito penale
- sufficienza dell'elemento colpa nel civile
- misurabilità, in sede civile, della verità del fatto in termini meno rigorosi (essendo sufficiente la veridicità o verosimiglianza).

L'Autore non esclude la rinuncia ai diritti in parola né per fatti concludenti né per atti espressi: a questo punto pare possibile rinunciarvi per convenienza, soddisfazione o benessere psicologico come si illustrerà nei paragrafi successivi

¹⁶ Testo tratto da <http://psicocafe.blogosfere.it/2007/01/lincredibile-storia-di-phineas-gage-e-la-sua-sbarra-di-ferro.html>, Immagine tratta da <http://jennifermand.tumblr.com/page/2>

¹⁷ <http://news-releases.uiowa.edu/2010/december/121610ptsd.html>

¹⁸ Elster J., Sensazioni forti, il Mulino, 2001

¹⁹ Digesto Discipline Provatistiche, UTET, vol. XIII, 90 e ss.

12. Processo o strumento di rancore?

Ipotizziamo (ammettendo senza concedere..) il caso in cui l'offesa ci sia tutta e che l'offensore abbia effettivamente oltrepassato il segno eccedendo nella critica, nei toni e metodi o nella proporzionalità.

La sentenza di condanna potrà effettivamente riparare l'offesa?

Specie quella sentenza che è quantitativamente inferiore a quanto richiesto (sia come entità di risarcimento che come pena).

Sotto il profilo qualitativo, poi, è facile immaginare come un provvedimento giudiziario non possa del tutto ricostruire per quel che l'offesa ha rotto: se la lesione avviene nel dominio psicologico, giacché la vittima prova emozioni negative (oltre ai riflessi nella sfera sociale) potrà un atto giuridico sopire o lenire tale patimento?

Preoccupiamoci per un momento del benessere psicologico della vittima chiedendoci, cosa potrebbe essere utile allo scopo di restituire un po' di quello che l'offesa ha tolto: la ricetta illustrata al paragrafo seguente richiede la presentazione di alcuni ingredienti²⁰:

- *ruminazione mentale*, ossia il rimuginare o focalizzare quasi ossessivamente e non volontariamente, i propri pensieri sul fatto lesivo e sulla conseguenze sofferenza emotiva. Si tratta di un notevole ostacolo alla riparazione.
- empatia sia in senso emotivo che cognitivo può essere un buon viatico a patto che la vittima sia disposta a rileggere l'accaduto dal punto di vista dell'offensore
- *attribuzioni di responsabilità* e *biasimo* connesse alla (presunta) intenzione malevola o addirittura ostile

A seconda dell'abilità del cuoco questi ingredienti possono produrre risultati molto diversi. Utilizzati per un piatto giudiziario diventano strumenti di lotta processuale (il primo e l'ultimo); accantonati (empatia) non producono effetti.

Ma in una ottica diversa, in quantità e combinazioni variabili, possono condurre ad una soluzione basata su una parola che pare una sorta di tabù come si vedrà a breve

Gli *chef* sono più di uno: il mediatore, gli avvocati e il tempo. Ma potrebbe essere utile anche uno psicoterapeuta: dipende dalla gravità dell'offesa o del fatto, dal carattere e dalla personalità²¹ delle persone coinvolte.

13. Oltre la mediazione: il perdono

Non si parla spesso di perdono nelle aule giudiziarie o nei libri di diritto. Eppure il codice civile tutto sommato lo usa (1236 c.c. remissione di debito) ed anche il sistema penale non ne è immune (perdono giudiziale).

Ma siamo davvero ai limiti estremi: una fioca luce ai bordi dell'ordinamento. La questione è essenzialmente culturale (nel senso più lato del termine che include usanze, prassi, educazione, consuetudini, sentire comune.. se esiste..): d'altronde gli antropologi conoscono le cd. "*culture dell'onore*" (sud degli Stati Uniti e dell'Europa) in cui il perdono è meno frequente al contrario di quanto accade in culture più collettiviste che mirano all'armonia ed al benessere del gruppo più che dell'individuo.

Il fatto è che per sostituire il senso di rancore o vendetta legale, occorre una "*elevata maturità di pensiero, un inconsueta disponibilità a fidarsi e a dar credito ai possibili sviluppi positivi insiti nella situazione di dolore. Ecco perché contrariamente al sentire comune gli esperti spesso concordano con il Mahatma Gandhi nel definire il perdono come una virtù dei forti*".

Intendiamoci sul perdono: non è riconciliazione, non è oblio, non implica la ricostruzione di una relazione, né presuppone alcunché di religioso.

²⁰C. Regalia e G. Paleari, *Perdonare. Gli altri e se stessi*, Il Mulino, 2008.

²¹Anche nel senso di disturbo della personalità. Nel disturbo paranoide ad esempio: "*il soggetto che presenta personalità paranoide si caratterizza per una radicata sospettosità, sfiducia e diffidenza nei confronti degli altri; qualsiasi azione e motivazione altrui viene analizzata approfonditamente nel tentativo di scoprirne una minaccia, un tradimento o un inganno, che spesso vengono erroneamente trovati in gesti e/o parole normalmente banali. L'aspettativa è sempre di essere maltrattato o sfruttato, per cui preferisce chiudersi in se stesso, e risulta essere incapace di confidarsi e di stabilire rapporti interpersonali sani: questi sono infatti sempre caratterizzati da dubbio e sospetto*" (Tratto da <http://www.nienteansia.it/disturbi-mentali-classificazione-dsm/disturbi-di-personalita.html>, curato dagli psicologi Luca Govoni e Claudia D'Andrea.

Si tratta infatti di un processo che si sviluppa in tappe abbastanza ben definite e studiate²²:

- ricordare l'offesa
- identificarsi empaticamente con chi ha offeso
- offrire il perdono
- tenere saldo il proposito.

Il perdono richiede una maturazione (da cui il fattore tempo) una consapevolezza, un riconoscimento. Una collaborazione, non una competizione: sostituire il rancore con il **potere** e la **forza** di perdonare.

La psicologia suggerisce che il processo che porta al perdono consente di limitare la ruminazione diminuendo la sofferenza dell'offeso; precisando che tutto ciò può essere **imparato**.

La storia insegna²³ che sono stati perdonati anche i crimini più atroci come quelli commessi nei campi di sterminio. E' noto e molto discusso il caso delle gemelle Eva e Miriam Mozes-Kor usate come cavie umane da Mengele ad Auschwitz nel 1944.

Di seguito uno stralcio della toccante ricostruzione disponibile su sito della Società Italiana per lo Studio della Storia Contemporanea.

Nel luglio del '93 si era recata a casa del dottor Hans Münch, un collaboratore di Mengele che aveva acconsentito di parlarle degli esperimenti condotti dall'«angelo della morte» sui gemelli. «Nessun altro nazista ha mai accettato di incontrare un sopravvissuto. Rimasi folgorata dal suo sì e capii di avere davanti un uomo decente, costretto per anni ad eseguire gli ordini. Al processo contro di lui, un dottore ebreo vittima di Mengele testimoniò che Münch si era prodigato per salvare molte vite. Prolungava all'infinito i test di laboratorio per salvare le cavie umane, che ad Auschwitz erano tutte comunque condannate alle camere a gas. Infatti lo assolsero». Tra i due nasce un'amicizia profonda, culminata con la decisione di Hans di accompagnare Eva ad Auschwitz per il cinquantenario della liberazione del campo. «Quando Münch firmò un documento ufficiale che sfatava, una volta e per tutte, l'imperversante tesi negazionista, ebbi un'epifania. Il miglior regalo che potevo fargli per ringraziarlo era il perdono». Quella risoluzione la fa sentire tanto sollevata e felice che da lì a poco decide di estenderla a tutti i nazisti, Mengele incluso. «Improvvisamente capii di avere un tale potere, come individuo, da riuscire a perdonare persino il Dio di Auschwitz. Scoprire dentro di me questa forza mi ha guarito l'anima, affrancandomi dalle catene di una vita di vittimismo, impotenza e depressione. Per la prima volta mi sono sentita una donna completamente libera». La Kor insiste che il perdono non ha nulla a che fare con il carnefice: «Il tuo aguzzino - spiega - non deve avertelo chiesto, è una medicina che serve solo a guarire la vittima». Ciò nonostante, le sue tesi hanno creato un putiferio tra i sopravvissuti e gli studiosi dell'Olocausto, le cui voci sono ampiamente registrate nel documentario. «Sei una traditrice - l'accusa ad un certo punto Jona Laks, una delle gemelle torturate da Mengele -. Perdonare equivale a dimenticare». «Chi sei tu per arrogarti il diritto di parlare a nome di sei milioni di morti?», le chiede uno storico, dandole dell'«eretica, folle e pericolosa». «Questa - ribatte lei - è la mia amnistia personale. Parlo solo a nome mio, perché il perdono è un atto privato quanto la chemioterapia per un malato di cancro. Io non posso sottopormi al trattamento al posto di un altro. Ognuno deve farlo per sé»

14. Qualche caso limite

Messaggio comparso su Facebook tra due utenti conosciutisi in rete: *“Senti brutta troia strabica che nn sei altro... T consiglio di smetterla. Nn voglio fare il cattivo sputtanandoti nella tua sfera sociale dove le persone t stimano (facebook, myspace, ecc.). Purtroppo nn siamo Tommy Vee o Filippo Nardi ... quindi nn appetibili sessualmente per te. T consiglio di caricare le foto ove la frangia nn t nasconde il litigio continuo dei tuoi occhi e nello stesso tempo il numero di un bravo*

²²E. Worthington, *L'arte del perdono*, Eco, 2003.

²³http://www.sissco.it/index.php?id=1291&tx_wfqbe_pi1%5Bidrassegna%5D=6481

psichiatra che può prescriverti al più presto possibile, pastiglie rettali da cavallo con funzione antidepressiva (se t piaceva il dito nn mi immagino il farmaco). Con queste affermazioni, vere, chiedo di eclissarti e di smetterla di ossessionarmi come il tuo grande idolo e modello comportamentale ... Mentos! Ah... Tutti i miei orgasmi erano finti ... =) ihoho".

La strategia difensiva del convenuto sembrava poggiare (difficile dire se "solo" o "anche" data la scarsità di dati a riguardo) su una presunta mancanza di prova circa la paternità del messaggio che invece non è stata affatto riconosciuta dal giudice che anzi valuta a tal fine diversi elementi indiziari ricavandone una piena prova (nessuna denuncia per furto d'identità, impossibilità di più utenti con lo stesso nome, altri messaggi a distanza di poco tempo inviati dallo stesso utente e non contestati). Impossibile immaginare il percorso argomentativo poi seguito dal giudice? O.. semplicemente difficile per i motivi già analizzati?

E se questo del *deficit* probatorio era il piano "A", quale era quello "B"? Se c'era..

In effetti non sempre c'è: allora occorre chiedersi se sia corretto intraprendere una battaglia senza avere quella che gli strateghi militari definiscono e prevedono come la "via d'uscita". Se il miglior scenario immaginato non si verifica nella realtà, bisogna avere almeno immaginato un peggior scenario per limitare i danni o le perdite.

Siccome la "volontà politica" di resistere in tribunale dovrebbe essere una questione condivisa tra cliente e difensore, costoro dovrebbero valutare attentamente quello che possono realisticamente attendersi dal giudizio: fino a concorrenza di tale risultato è matematicamente ed economicamente preferibile un accordo. Almeno si risparmiano le spese legali.

Nel caso presentato, eliminato il problema probatorio, nel merito la questione era abbastanza chiara e la posizione poco difendibile giuridicamente: non si poteva - anche in questo caso immaginare - una condanna compresa tra 10.000 e 20.000 euro, anche senza considerare la richiesta di 26.000 avanzata dall'attore ?

Poi c'è il caso definito dal Tribunale di Milano²⁴ con una condanna a 25.000 euro a fronte di una richiesta di 550.000

15. Stampa e nuove tecnologie

Il tribunale di Firenze con sentenza 982/2009 ha stabilito che un sito internet è un prodotto editoriale secondo la legge 62/2001, con la conseguenza che è possibile riconoscere la responsabilità del direttore responsabile in capo a colui che omette il controllo su articoli o notizie di natura diffamatoria ivi pubblicate.

Ammesso e non concesso che un commento lasciato in un forum possa essere considerato un "prodotto editoriale" (per dare valore ad un qualsiasi "documento informatico" ci sono voluti diversi anni e diverse leggi e qui, invece, in pochi secondi si risolve il problema...mmhhh) o che lo sia il sito che lo contiene (ancora più arduo considerato che si confonde il contenuto con il contenitore, il supporto, la memorizzazione e la pubblicazione in un unico melting pot informatico-concettuale.); in nessun caso questo legittima l'applicazione della disciplina penale della stampa ed in particolare dell'art. 57 c.p. che testualmente prevede: "(Reati commessi col mezzo della stampa periodica) Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, e' punito, a titolo di colpa, se un reato e' commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo".

A fronte di un tale tenore letterale come può ritenersi il moderatore/gestore di un sito o di un forum anche "direttore responsabile" ? Chi l'ha nominato tale ? La pubblicazione è periodica? Aveva le qualifiche personali per esercitare la funzione?

Ad aprile dell'anno scorso la Corte d'Appello di Torino ha stabilito: "*l'art. 57 c.p., che prevede la responsabilità penale, a titolo di colpa, del direttore o vice direttore responsabile che omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, non è applicabile al gestore di un blog*".

²⁴ Trib. Milano 17 novembre 2009, Sez. I, Ma.Ca. c. Of.Lu. e altri, Massima redazionale in UTET Giuridica on-line.

Per non parlare della Cassazione che nel 2008 (sentenza n. 10535) esclude l'equiparazione del blog alla stampa giustificandone, quindi, il sequestro e nel 2010 (sentenza 35511) riconosce che "l'art. 57 c.p. non è applicabile al c.d. giornale telematico".

Insomma, l'incertezza c'è e forse la possibilità di valutare seriamente un accordo che contemplasse la tutela dei **reali interessi**, non sarebbe da escludere a priori..

16. Aiuto

In conclusione un invito: non pensiamo che gli errori li facciamo solo gli altri.

Non pensiamo che i casi limite capitino sempre agli altri. Altrimenti tutto sarà inutile.

I numeri, che non mentono, ci mostrano come sia probabile sbagliare prima o poi: l'importante è rendersene conto **prima**.

Cercate un mediatore di vostra fiducia (ce ne sarà uno..?) e provate.

Cerchiamo di vedere non un mondo nuovo, ma lo stesso mondo con occhi nuovi.

Il sistema giustizia ci sta chiedendo aiuto e noi avvocati possiamo darlo. Le persone hanno bisogno di aiuto per risolvere le loro controversie.

Finora abbiamo potuto osservare solo gli effetti della cd. tribunalizzazione dei conflitti: ora possiamo essere gli artefici di una piccola o grande pace sociale.

Dipende da noi.

Soprattutto da noi.