Maggio 2019

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

FASCICOLO 5/2019

EDITORE

Luca Santa Maria e Associati Studio Legale

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri, Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO SCIENTIFICO

Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Alexander Bell, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Manfredi Bontempelli, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Patrizia Catellani, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Paolo Della Sala, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Tommaso A. Dragani, Giovanni Falsitta, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Loredana Garlati, Giuseppe Gennari, Bruno Giordano, Ciro Grandi, Marco Iacoboni, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Simone Lonati, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Letizia Mancini, Franco Martelli, Carlo Melzi d'Eril, Lorenzo Milazzo, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Baldassarre Pastore, Chiara Perini, Luca Pistorelli, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Risicato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Beatrice Secchi, Dario Sencar, Salvatore Staiano, Piergiorgio Strata, Mario Tantalo, Franco Taroni, Alfio Valsecchi, Giulio Enea Vigevani, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

COMITATO DEI CONSULENTI

Carlo Calanchini, Nadia Francesca Cipriano, Antonino Cusimano, David Eagleman, Gabrio Forti, Maria Carla Gatto, Judy Illes, Maria Paola Mittica, Daniela Ovadia, Giulio Ponzanelli, Adrian Raine, Fabrizio Richard, Sara Rubinelli, Luca Salvaderi, Teresa Scantamburlo, Viola Schiaffonati, Alberto Sobrero, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatrice), Giovanna Baer, Giulia Corbetta, Gianni Giacomelli, Irene Gittardi, Vasco Jann, Francesca Tomasello

DIRITTO PENALE
E UOMO

Registrazione presso il Tribunale di Milano
al n. 71 del 15 marzo 2019

ISSN 2704-6516

Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo – DPU.

I materiali qui pubblicati sono stati sottoposti, con esito positivo, a procedura di revisione, nelle forme e nei modi previsti dal Regolamento editoriale della Rivista

dpu

IN QUESTO NUMERO

5 / 2019

Intervista

1 INTERVISTA A DAVID EAGLEMAN – PT. 2

Libero arbitrio

Alexander Bell, Vasco Jann, Alfio Valsecchi, David Eagleman

Intervista

9 INTERVISTA A LAURA BOELLA

A proposito di empatia, di neuroetica, e delle implicazioni dell'una e dell'altra per il diritto penale

Susanna Arcieri, Giovanna Baer

16 DPU: PERCHÉ È NECESSARIA UNA "SVOLTA"

Prima parte

Luca Santa Maria

Riflessione

34 SALUTE MENTALE E DETENZIONE: UN PASSO AVANTI. È POSSIBILE LA CURA FUORI DAL CARCERE

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 99 del 19 aprile 2019 spazza via l'inspiegabile divergenza di cura tra le persone detenute che si trovano in stato di grave infermità fisica e quelle affette da gravi patologie psichiatriche.

Antonella Calcaterra

Riflessione

42 L'AUTOPOIESI DI LEGITTIMITÀ

Michele Passione

Riflessione

48 NESSUNO PUÒ ESSERE DIVERSO DA QUELLO CHE È

Wolf Singer

5 / 2019

Riflessione

56 **I DATI DELLA PAURA, LA PAURA DEI DATI**

Negli ultimi anni sono state approvate norme con impronta sanzionatoria sempre più accentuata, giustificate con l'allarme sociale indotto dalle condotte oggetto di riprovazione. Ma i dati statistici sono coerenti con le risposte date dal legislatore?

Paolo Della Sala

Riflessione

67 **L'IMPIEGO DELLE TECNICHE DI NEUROFEEDBACK NELL'AMBITO DEL TRATTAMENTO DEGLI AUTORI DI REATI**

Susanna Arcieri

Articolo

86 **ALCUNE RIFLESSIONI SULLE VALUTAZIONI DI CANCEROGENICITÀ DA PARTE DELLA IARC (INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER)**

Carlo Zocchetti

Intervista

113 **INTERVISTA A GILBERTO CORBELLINI**

Giovanna Baer

Riflessione

119 **SOLO CON LA MIA MENTE**

Antonio Cerasa

Riflessione

127 **VOLEVO UN FINALE PERFETTO**

Il caso del Comune di Riace come crocevia delle contrapposizioni ideologiche nelle politiche di accoglienza dei migranti e dei loro punti di criticità

Vincenzo Giglio

5 / 2019

Intervista

155 **INTERVISTA A BRANDON L. GARRETT**

Interview with Brandon L. Garrett

Giuseppe Gennari, Brandon L. Garrett

160 **PRONTI... VIA! PERCHÉ È NECESSARIA UNA "SVOLTA"**

Seconda parte

Luca Santa Maria

Intervista

176 **INTERVISTA A DAVID EAGLEMAN – PT. 3**

Il ruolo del carcere

Alexander Bell, Vasco Jann, Alfio Valsecchi, David Eagleman

Intervista

182 **INTERVISTA A GIACOMO RIZZOLATTI**

Susanna Arcieri

Riflessione

191 **LO STATO DELL'ARTE E DELLA SCIENZA**

Consentire condanne personalizzate e, al contempo, ridurre la soggettività: una valutazione del rischio di recidiva basata sull'utilizzo dei tablet

Francesca Tomasello

Riflessione

198 **I NOSTRI OCCHI BUGIARDI**

Jed S. Rakoff

Storia

204 **VICINO A TE**

L'ordinaria immobilità di una domenica all'interno del carcere minorile

Greta Montaruli

DIRITTO PENALE
E UOMO

Neuroscienza, Diritto e Cervello – ch. 2

Traduzione dell'intervista con David Eagleman[1]

2. Libero arbitrio

Una delle principali domande in neuroscienza è questa: siamo dotati di libero arbitrio? Noi ci sentiamo senz'altro come se l'avessimo. Ti senti come se, ritrovandoti in una determinata situazione, fossi libero di prendere una decisione. Tant'è che il sistema legale in Italia, in America e nella maggior parte del mondo si basa sull'assunto che siamo provvisti di libero arbitrio.

In realtà, da un punto di vista neuroscientifico, non è così chiaro se l'abbiamo o meno. Questo perché nel cervello ci sono circa 100 miliardi di neuroni, che sono il principale tipo di cellula che conduce le informazioni. Ogni neurone è guidato da altri neuroni. Tutto nel cervello guida qualcos'altro e

> **"non è chiaro se c'è qualcos'altro che ci insuffli la vita o ci instilli l'anima o qualcosa d'altro"**

Per noi è una grande sfida, se pensiamo a che cosa significa per il sistema legale, perché sostanzialmente significa che ciò che siamo è una funzione della genetica e delle esperienze che abbiamo avuto. Le due cose sono intrecciate.

[1] Prof. David Eagleman, adjunct professor in the Department of Psych/Public Mental Health & Population Sciences at Stanford University.

BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

"Non puoi scegliere il tuo corredo genetico, né le tue esperienze, specialmente quelle vissute durante l'infanzia"

Ma la domanda sta proprio qui: abbiamo davvero una volontà, oppure siamo solo una combinazione dei nostri geni e del nostro vissuto?

Tutto quello che stiamo imparando dal punto di vista neuroscientifico suggerisce che il libero arbitrio non esista perché ogni cosa sembra essere un pezzo di un macchinario. È una macchina biologica sofisticatissima, ma non è chiaro da dove possa venire il libero arbitrio.

Ciò che è chiaro è che anche se ne avessimo un po', è comunque un giocatore che conta davvero poco nel grande schema di come prendiamo le decisioni. Il motivo per cui lo sappiamo è legato alle migliaia di casi medici che vediamo tutti i giorni negli ospedali e nelle cliniche, vale a dire, qualcuno sviluppa un tumore al cervello e questo cambia completamente il suo comportamento. Alcuni sviluppano la demenza, e questo cambia il loro comportamento. Qualcun'altro ha un ictus, che cambia il suo modo di essere.

"Quello che sappiamo con certezza è che siamo completamente dipendenti da ciò che accade nel nostro cervello. Se cambia qualcosa anche di minuscolo, noi cambiamo. Questo vale quando si fa uso di droga o di alcool. È così quando si prendono certi farmaci. Si modifica la chimica che cambia a sua volta il processo decisionale"

Questo porta al nocciolo della questione sulla rimproverabilità – ossia, quando qualcuno commette un reato, poter dire "Meriti di essere biasimare per questo" – che è un concetto diverso rispetto alla colpevolezza. Il sistema giuridico chiede e si chiede di chi sia "la colpa", nel senso di: può esserti attribuito quel crimine che hai commesso? Bene, ecco che cosa dovremmo fare d'ora in poi.

Il problema del rimproverare qualcuno, del dire "è colpa tua che hai fatto così", potrebbe non avere più un senso come domanda a mano a mano che capiamo più cose su che cosa succede dentro la nostra testa.

Se non abbiamo libero arbitrio, credo che questo metta in discussione il modo in cui normalmente pensiamo al sistema legale, perché quando vediamo un criminale, tutti vogliamo punirlo. Sentiamo che quel tizio ha preso decisioni terribili e che merita davvero una punizione.

Ma siamo sicuri che questo sia l'approccio giusto, se paragonato al "Va bene, allora, potrebbe essere utile togliere dalla circolazione questo tizio". Voglio dire, va bene, è uno scopo chiaro del sistema legale, ma possiamo concentrarci di più sulla riabilitazione e su che cosa servirebbe per aiutare questa persona, anziché sulla parte punitiva?

Uno dei punti ai quali ci porta questo ragionamento, io credo, è l'idea di un ordinamento legale orientato al futuro, anziché di un sistema rivolto al passato. Quello di tipo retrospettivo è quello che abbiamo ora, in cui diciamo "Allora, hai commesso questo reato, sono cinque anni di galera". Un sistema legale previsionale invece dice "Allora, hai commesso questo reato, ecco come ti guideremo attraverso il sistema legale".

Una spiegazione biologica non equivale a un'assoluzione, non vuol dire che le persone possono cavarsela facilmente. Quello che però ci dà è la capacità di emettere sentenze razionali, e per questo intendo dire guardare la persona seduta alla sbarra e dire questa persona è davvero pericolosa, dobbiamo toglierla dalla circolazione per più tempo; quest'altro non è così pericoloso,

era ubriaco, ha fatto una cosa stupida, ma tutti gli indicatori che abbiamo dicono che è molto improbabile che lo rifaccia, quindi potremmo affibbiargli una pena minore.

Ci dà anche la capacità, a livello sociale, di creare incentivi e deterrenti migliori. E ci dà la possibilità di creare percorsi di riabilitazione mirati, a mano a mano che migliora la comprensione di che cosa succede dentro il nostro cervello; possiamo dire ecco, guarda che cosa ti sta succedendo, hai commesso questo reato, ma ci siamo accorti che hai un tumore al cervello o che sei schizofrenico, oppure sei tossicodipendente o chissà cos'altro. Ci dà un modo migliore per dire ecco, stiamo cercando di risolvere questo problema anziché dire semplicemente sei una persona cattiva. Se vogliamo risolvere il problema, ecco che cosa dobbiamo fare. Questa è l'idea.

"Una spiegazione biologica ci dà la capacità di emettere sentenze razionali, ci dà anche la capacità, a livello sociale, di creare incentivi e deterrenti migliori"

Il motivo, la ragione per cui abbiamo un ordinamento legale è garantire che la società viva in modo armonico. E così fissiamo certe regole dicendo, per esempio, non puoi uccidere un'altra persona. Così, se qualcuno uccide, non importa se abbia o meno libero arbitrio nel farlo, Noi come società dobbiamo fare la cosa giusta per mantenere tutta la società al sicuro. Per questo, metteremmo quella persona in carcere.

"Il punto è il modo in cui lo facciamo"

Lo mettiamo in carcere a vita? A volte una persona è molto pericolosa, e quella sarebbe esattamente la cosa giusta da fare. In altri casi, e non voglio andare a cercare esempi in questo momento, ma in altri casi la persona può essere meno pericolosa, e potremmo dire bene, è stata una circostanza molto brutta. Per esempio, in America abbiamo il concetto di reato passionale, deve esserci qualche cosa di simile anche il Italia, ma l'idea è un tizio che trova sua moglie a letto con l'amante e lo uccide, ma ci rendiamo conto che è una circostanza molto insolita, e data la storia personale di quella persona, capiamo che non è un assassino per vocazione. È molto improbabile che capiti di nuovo. Magari può ricevere una pena più lieve.

Quindi non è che il giudice assolva tutti dicendo "No, non preoccuparti, non è colpa tua", perché la cosa importante è mantenere la società in buone condizioni, mantenerla al sicuro.

Io credo, ciò che sento qui è che c'è una differenza tra ciò che intendiamo per colpevole da un punto di vista legale e da un punto di vista neuroscientifico.

Dal punto di vista delle neuroscienze non credo che esista un modo sensato per dire se qualcuno è rimproverabile per qualcosa o degno di credito per qualcos'altro. Ma da un punto di vista legale è molto più chiaro che cosa si intende. Voglio dire, se ti schianti con la macchina contro una folla di pedoni è diverso se ti succede mentre hai un attacco epilettico o mentre sei ubriaco. Se insulti le persone per la strada, è diverso se sei solo aggressivo in quel momento oppure se soffri di qualche malattia tipo la Sindrome di Tourette che ti provoca quella reazione.

È a questo che il sistema giudiziario intende in termini di colpevolezza. Ora, il motivo di base per cui ti sei ubriacato o sei diventato aggressivo nei confronti di quelle persone, per le neuroscienze potrebbe essere tale per cui non sei fondamentalmente accusabile, ma per il sistema giudiziario le cose stanno in tutt'altro modo. Questa cosa di distinguere diversi livelli di che cosa ciascuno sia… che una persona debba essere in grado di controllare o meno il proprio comportamento.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

La nostra società è pronta a confrontarsi con un ordinamento forward-looking?

Che la società sia in grado, oppure no, di accettare un sistema giuridico in cui non vengano erogate punizioni è un problema ancora aperto, perché abbiamo un istinto vendicativo che deriva direttamente dalla nostra storia evolutiva; era una cosa molto utile per l'essere umano sentire profondamente di voler punire coloro che si comportavano male. Ed è sempre stato così.

Un esempio che trovo interessante successe giusto 50 anni fa; ci fu un uomo che si mise a sparare dalla torre dell'Università del Texas ad Austin e uccise un certo numero di persone, sparava a caso sulla folla, ne ammazzò 16 e ne ferì 39. Risultò che aveva un piccolo tumore al cervello, ma all'epoca non se ne parlò molto, ed è solo di recente, 45 anni dopo, che nel mio libro *In incognito*[2] parlo del fatto che Charles Whitman avesse questo tumore.

E mi chiedevo, mi chiedevo perché anche se all'epoca era già scritto nelle cartelle cliniche, nessuno si era mai concentrato su quello. Credo che fosse semplicemente perché era troppo doloroso, o sbaglio? C'era un uomo che aveva ucciso un mucchio di persone a caso, e l'idea che ci fosse qualcosa che non andava nel suo cervello per la società suonava un po' come una specie di scusa. Dovremmo forse perdonarlo? E così via.

"Ed è una tensione davvero pesante da sopportare, per chiunque di noi"

Per fare un altro esempio, di recente c'è stata questa sparatoria a Las Vegas, da parte di un uomo, Stephen Paddock. Ho il sospetto che soffrisse di una cosa chiamata demenza deil obi frontali temporali. E la amlattia poteva essere combinata ad alter cose, magari un problema di alcolismo, di dipendenza da farmaci o da droga. O magari tutte queste circostanze insieme, chi lo sa. Ma è strano che Stephen Paddock abbia fatto ciò che ha fatto, perché era un uomo senza precedenti penali e pare che fosse molto affettuoso con la famiglia, e così via.

È quasi impossibile parlare di certe cose perché è troppo doloroso, per la società e per le vittime di quel crimine, anche solo sentire che qualcuno stia discutendo a proposito di cosa può essere andato storto nel suo cervello. Perché la prima reazione è che si stia costruendo una scusa per quella persona. E Stephen Paddock, come risulta, è stato ucciso all'evento, ma se non fosse stato ucciso, le persone avrebbero voluto punirlo, e lo capisco. Avrei voluto punirlo anche io.

[*continua*]

[2] Eagleman, D., *Incognito: the secret lives of the brain*, Canongate Books Ltd, Edinburgh 2011 (tr.it. di Serra, L., *In incognito: la vita segreta del cervello*, Mondadori, Milano 2012).

DIRITTO PENALE
E UOMO

Neuroscience, Law and the Brain – ch. 2

Transcription of the interview with David Eagleman[1]

2. Free will

One of the big questions in neuroscience is, do we have free will? We certainly feel like we have free will. You feel like you come into a situation, you're free to make a decision. In fact, the legal system that is in Italy and in America and most of the world, rests on this assumption that we have free will.

In fact, from a neuroscience point of view, it's not clear that we have that, and this is because in the brain you have about 100 billion neurons. These are the main cell types that carry information. Every neuron is driven by other neurons. Everything in the brain is driving other things, and

> **"it's not clear where there's anything extra to get in the puff of breath of the soul or something else"**

This is very challenging for us when we think about what that means for the legal system because essentially what it means is who you are is a function of your genetics and every experience you've ever had. These are intertwined.

> **"you didn't choose your genetics and you didn't choose your experiences, especially your childhood experiences"**

[1] Prof. David Eagleman, adjunct professor in the Department of Psych/Public Mental Health & Population Sciences at Stanford University.

BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

But that's the question, is do we actually have free will, or are we a function of our genes and experience only?

Everything that we are learning from the point of view of neuroscience suggests that free will doesn't exist because everything seems to be sort of part of a machine. It's an extremely sophisticated, biological machine, but it's not clear where free will would come from.

What's clear is that even if we have some, it's a very small player in the grand scheme of how we make decisions. The reason we know that is because of the thousands of medical cases that we see every day happening in hospitals and clinics around us, which is to say somebody gets a brain tumor and that changes their behavior. Somebody gets dementia, it changes their behavior. Somebody has a stroke, it changes who they are.

"What we know for certain is that you are completely dependent on what's happening in your brain. When that changes even a little bit, you change. This is true if you do drugs or alcohol. This is true if you take certain medications. You're changing the chemistry that changes decision-making"

This is what gets to the heart of this issue about blameworthiness, which is when somebody commits a crime, can we say, "You are to be blamed for this," and this is different than the question of culpability. The legal system does and should ask about culpability, which is did you do this crime, are you guilty of the crime? Fine, here's what we do from here.

The question about blame, about saying, "Is this your fault that you did that," might not make sense as a question anymore as we understand more and more about what's happening under the hood

If we do not have free will, I think the reason this challenges the way we think about the legal system is that when we look at that criminal, we all want to punish that person. We feel like that guy has made evil decisions, and he deserves to be really punished. The question is, is that the right sort of approach, as opposed to saying, "All right, look, we may need to get this guy off the streets". I mean that's fine, that is a clear purpose of the legal system, but can we concentrate more on rehabilitation, and what would be required for helping this person, rather than the punishment piece of it?

One of the places this leads us, I think, is this idea of a forward-looking legal system, instead of a backwards-looking one. Backwards-looking is what we currently have where we say, "Look, you committed this crime, that's five years in prison." A forward-looking legal system says, "Look, you committed this crime, here's how we're going to route you through the legal system".

A biological explanation does not equal exculpation. It doesn't mean that people get off the hook. What it gives us is the capacity to do rational sentencing by which I mean looking at the person in front of the bench and saying wow this person is really dangerous, we're gonna put him away for a longer time, this person is really not dangerous, he was drunk, he did something stupid but all the indicators we have are that it's really unlikely he'd do this again, maybe a shorter sentence.

It also gives us the capacity to, on a societal level, set up better incentives and deterrents on a societal level. And it gives us the capacity to do customized rehabilitation as we get better at understanding what's going on in the brain to say look what's going on with you, you've committed this crime, but we see now that you have a brain tumor or you have schizophrenia or you have a drug addiction or whatever it is. It gives us a better way to say look we're trying to solve this

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

problem rather than simply saying you are an evil person, to say if we wanna get this problem solved, here's what we do with it. That's the idea.

"A biological explanation gives us the capacity to do rational sentencing, it also gives us the capacity to set up better incentives and deterrents on a societal level"

The reason we have a legal system is to make sure that society runs smoothly. And we set down certain rules and say, for example, you can't murder somebody. So if someone murders another person, it doesn't matter if they had free will or not free will in doing it. We as a society need to do the right thing to keep the rest of society safe. So we would put that person away.

"The question is the way in which we do that"

Do we put that person away for life? Sometimes a person is very dangerous and that would be exactly the right thing. In other cases somebody would be less dangerous and we might say wow that was a very odd circumstance. For example, in America we have the notion of crime of passion, there must be some equivalent in Italy, but the idea is he caught his wife in bed with another lover and so he murdered him, but we understand that that's a very unusual circumstance and given this guy's life history, he's not a murderer by disposition. It's very unlikely for that to every happen again. He might get a shorter sentence.

So it's not that the judge acquits everyone and says "oh, it doesn't matter, it's not your fault" because what matters is keeping a good society, keeping a society safe.

I guess what I'm sensing here is there is a difference between what we mean by blameworthy from the legal point of view and from the neuroscience point of view.

From the neuroscience point of view I don't think that there's any meaningful way to say anyone is blameworthy for anything or credit worthy for anything. But from the legal point of view, it's more clear what is meant by that. I mean if you crash your car into a crowd of pedestrians it's different if you were having an epileptic seizure versus you were drunk. If you cuss at people in the street, it's different if you're just being aggressive or you have a disorder like Tourette's Syndrome that's causing you to do that.

That's what the legal system is thinking about in terms of blameworthiness. Now, the reason that you got drunk or were being aggressive to this crowd in the first place fundamentally it may not be that you are blameworthy for that from the neuroscience point of view, but that's what the legal system of course means by it. This thing about distinguishing different levels of what somebody is ... whether they should be able to control their behavior or not.

Is our society ready to cope with a forward-looking legal system?

There is an open question about whether society can handle having a system where we don't punish somebody, because we have a lot of bloodlust that comes from our evolutionary history, it was very useful for us if somebody misbehaves to feel like you really wanna punish them. And this is something we're always stuck with.

An example that I find interesting is exactly 50 years ago, there was a shooter at the University of Texas in Austin who killed a number of people from the tower, he shot people randomly, killed 16 people, wounded 39. And it came out that he had a small tumor in his brain, but people didn't really talk about this at the time, and it's only more recently, it's 45 years later

that I wrote this book *Incognito*[2], where I talked about the fact the Charles Whitman had this tumor.

And I wondered about that, I wondered why, even though it was in the medical reports, at the time no one really took on that topic. And I think it's because it was just too painful, right? Here was a man who murdered a bunch of people randomly, and the idea that he had something going on in his brain made society feel like well is that an excuse? Are we supposed to forgive him, and so on.

"And it's just a really tough tension for any of us to deal with"

I mean just as an example, there was this recent shooting in Las Vegas, here by a guy, Stephen Paddock. I have a suspicion that he probably had something called frontal temporal dementia. And that could be combined with other things too, he could have had a drinking problem, medication problem, a drug problem. It could've been all those things, whatever. But it was so strange that Stephen Paddock did what he did because he's a guy who had no criminal record and had apparently been very nice to his family and so on.

It is almost impossible to talk about this sort of thing because it's so painful to the society and to the victims of that crime, to even hear that somebody is talking about well what went wrong with his brain? Because the first interpretation is that's making an excuse for this guy. And Stephen Paddock, as it turns out, was killed at the event, but had he not been killed, people would wanna punish him and I get that. I would wanna punish him too.

[*to be continued*]

[2] Eagleman, D., *Incognito: the secret lives of the brain*, Canongate Books Ltd, Edinburgh 2011.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Intervista

Intervista a Laura Boella

A proposito di empatia, di neuroetica, e delle implicazioni dell'una e dell'altra per il diritto penale*

di Susanna Arcieri, Giovanna Baer

Grazie alla scienza moderna, negli ultimi decenni abbiamo fatto enormi passi avanti nella conoscenza delle basi anatomico-funzionali dell'empatia. Cominciamo però col fare un passo indietro: cos'è l'empatia?

Non è possibile dare una risposta esaustiva in poche battute: per farlo, occorrerebbe dare conto dell'**ampio dibattito** sull'empatia oggi in corso nell'ambito della filosofia della mente e delle scienze cognitive – un dibattito particolarmente vivo nei **paesi anglosassoni**, la cui tradizione filosofica ha sempre mostrato un grande apertura nei confronti dei problemi della scienza, tra cui appunto quelli legati all'empatia.

Volendo schematizzare al massimo, esiste una **prima concezione** di empatia, la concezione corrente che io definisco *mainstream*, la quale si sviluppa a partire dal dato scientifico dell'esistenza di **due diversi circuiti cerebrali** coinvolti nell'esperienza empatica – un primo circuito di tipo **percettivo-emotivo** e un altro di tipo **cognitivo** –; questi circuiti possono lavorare insieme, ma possono anche attivarsi in maniera indipendente. La nozione *mainstream* di empatia ricomprende sia le attività legate al primo circuito, come la **risonanza** o **condivisione affettiva** (che peraltro – è significativo – nella lingua italiana si chiama ***simpatia***, e non *empatia*), il trasferimento di sensazioni, di emozioni e di intenzioni di azione da un soggetto all'altro, sia le attività più prettamente cognitive che possono essere sintetizzare con l'immagine del "mi metto **nei panni dell'altro**". Ossia mi immagino, mi rappresento, faccio congetture su ciò che l'altro pensa, sente e vuole e sulle ragioni del suo pensare, sentire e agire.

La nozione corrente di empatia comprende questi due momenti; tiene quindi insieme il cd. ***affective sharing*** o risonanza affettiva e, insieme, le attività di cd. *mentalizing*, che indicano il processo mentale attraverso cui immaginiamo, da un lato, come ci sentiremmo o penseremmo

* I temi oggetto della presente intervista sono affrontati più diffusamente in L. Boella, *Empatie. L'esperienza empatica nella società del conflitto*, Raffaello Cortina, 2018, alla cui lettura si rinvia.

BY-NC-ND

se fossimo al posto dell'altro e, dall'altro lato – e questo è un punto fondamentale –, come **l'altro** si sente **al proprio posto.**

Accanto a questa concezione corrente di empatia ce n'è **una seconda**, che è quella che io sostengo, e che ha come punto di riferimento la **fenomenologia**, una disciplina che peraltro oggi è stata ampiamente rilanciata all'interno del dibattito della filosofia della mente e delle scienze cognitive.

La prospettiva fenomenologica dell'empatia che io condivido è completamente diversa da quella *mainstream*: l'empatia è l'**esperienza diretta e immediata** dell'esistenza di un altro, che agisce, pensa e sente in una prospettiva autonoma rispetto alla mia. In questa prospettiva, si pone l'accento non tanto sui due elementi della condivisione simpatetica da una parte e dell'attività cognitiva dall'altra, quanto su una forma di **conoscenza tramite esperienza** che rientra nelle attività potremmo dire "di base" della nostra coscienza: i fenomenologi infatti credono che la coscienza sia un'**attività unitaria** all'interno della quale ci sono percezione, emozione, riflessione, volontà.

Centrale, in questa seconda concezione, è il **riconoscimento dell'altro** nella sua **alterità** e nella sua **differenza** e presuppone, pertanto, la chiara distinzione tra l'Io e l'altro: non c'è empatia se non c'è distinzione tra l'Io e l'altro.

In questo senso, la prospettiva fenomenologica separa nettamente il **contagio**, o identificazione (il passaggio automatico e istantaneo di sentimenti tra un individuo e l'altro), e la **simpatia** (la partecipazione o la condivisione delle emozioni) dalla vera **empatia**, che è niente di più e niente di meno che **riconoscimento** dell'altro.

L'empatia è una qualità naturale dell'uomo?

Oggi le neuroscienze ci dicono che esistono **meccanismi cerebrali** associati alla capacità empatica; in questo senso possiamo affermare che l'empatia è una capacità naturale. È stato accertato che alcune zone del nostro cervello si attivano in maniera **automatica** e **involontaria** a fronte dell'esperienza empatica. Non si tratta peraltro di una scoperta recente; già **Darwin** ne aveva parlato ampiamente studiando l'evoluzione della specie.

D'altra parte l'empatia, nella sua complessità esperienziale, non può essere ridotta a una scarica di neuroni; occorre infatti anche un'**attività** (almeno parzialmente) **cognitiva**, da parte del soggetto.

L'empatia può essere appresa? È possibile imparare a essere empatici?

Quello dell'educazione all'empatia è oggi un altro grande tema di ricerca.

Soprattutto **in America** sono state avanzate proposte e condotti esperimenti, anche molto diversi tra loro: ad esempio, il filosofo britannico **Roman Krznaric**, a settembre di due anni fa, ha ideato l'**Empathy Museum.**

Si tratta di un negozio di **scarpe**, in cui sono esposte calzature appartenenti a persone diverse, uomini, donne e bambini, si qualsiasi estrazione sociale e culturale. I "commessi" del negozio invitano gli "acquirenti" a indossare le scarpe di un'altra persona e camminare per un

miglio. L'idea è quella di **tradurre in azione** il noto detto mettersi *nei panni* dell'altro (che in inglese si dice, appunto, ***in his shoes***).

Oggi esistono anche le **macchine dell'empatia**, dispositivi dotati di *Oculus rift* che consentono di **immergersi virtualmente** nelle esperienze dell'altro.

Inoltre stati fatti alcuni **esperimenti** sull'empatia, ad esempio nelle facoltà di medicina: penso all'insegnamento delle **Medical Humanities** per educare all'empatia i futuri medici attraverso la lettura di **testi narrativi** (scritti di medici o degli stessi pazienti, che raccontano la propria malattia).

Nel complesso, questi studi **non hanno dato risultati soddisfacenti**.

Cito un altro esempio: nelle strategie di **politica internazionale** di *peace keeping* sono stati creati dei gruppi di persone (composti ad esempio da israeliani e palestinesi, o dai sopravvissuti alle guerre balcaniche) per **sviluppare l'empatia tra nemici**. Questi tentativi sono in gran parte **falliti** perché un conto è il contesto sperimentale, un ambiente protetto e appositamente costruito per incoraggiare il confronto faccia a faccia e il dialogo tra persone, e un conto è la **vita reale** nella comunità di appartenenza, dove la violenza tra vicini è all'ordine del giorno: il più delle volte, i (pochi) risultati ottenuti durante l'esperimento si perdono del tutto al termine di esso, quando i parteciparti fanno ritorno alla vita normale.

Ritiene che l'attuale paradigma punitivo, e in particolare il sistema carcerario, debbano essere ripensati?

Non credo ci sia bisogno di scomodare le neuroscienze e l'empatia per affermare che il carcere produce **più danni che benefici**. Al più, difende la comunità. Ma in generale è evidente che il carcere proprio **non funziona**: non trovo che sia necessario andare a guardare come funziona il nostro cervello per convincersene.

Sappiamo che **il carcere** così com'è **nega l'empatia**. Tra i detenuti, tra detenuti e personale carcerario, tra gli avvocati, tra i giudici: nel carcere nascono e si sviluppano relazioni imposte, non pensate, non scelte. È un contesto in cui la gestione delle relazioni – ad esempio tra avvocati di parti avverse, tra giudici e giurati – proprio **non esiste come problema**, non è avvertito come tale, il diritto non se ne è mai occupato. Questo è vero specialmente nella tradizione dei paesi continentali di *civil law*.

Essere in relazione non è un fatto innato, non è automatico, **occorre lavorare sulle relazioni**.

D'altra parte, quello tra l'empatia e il diritto è un **rapporto delicato**.

Porre una maggiore attenzione sulle emozioni e sulle nostre risonanze affettive, in un contesto come quello giuridico non può tradursi in un ragionamento del tipo «siamo tutti sulla stessa barca».

Io, come donna e come madre, posso capire che la donna imputata di omicidio nei confronti del figlio neonato probabilmente era depressa, ma da un **giudice** si pretende un altro tipo di valutazione.

Applicare concetti come **risonanza emotiva** o **comunanza di affetti** alla decisione giudiziale non ci porta da nessuna parte. O meglio, ci porta a trasformare il giudice in qualcuno che **non è più un giudice**.

Capire non equivale ad assolvere. Riporre una **fiducia eccessiva** nell'empatia intesa come comunanza di istinti e di meccanismi neurali, nella vita reale non porta da nessuna parte.

Questo non solo perché la vita reale è estremamente complicata, ma anche perché partecipare delle emozioni degli altri è faticoso, **ha un costo**. Confrontarsi realmente con il mondo dell'altro non è affatto facile. Negli altri non troviamo solo somiglianze; a volte troviamo cose che non riusciamo a capire, che ci rendono il **confronto inaccettabile**. È un processo straordinariamente faticoso.

A questo proposito, sono interessanti alcuni esperimenti condotti su **pazienti psicopatici**. Grazie a questi studi, si è scoperto che gli psicopatici **non sono affatto privi di empatia**: non mancano cioè della *ability* di capire le emozioni altrui. Ciò che nello psicopatico fa difetto è piuttosto la ***propensity***, l'attenzione e la motivazione a scegliere il costo dell'esplorazione del mondo dell'altro. Lo psicopatico **non è disposto** a impiegare le sue energie per incontrare realmente l'altro.

Parliamo di neuroetica. Quali sono i problemi legati a un'etica delle neuroscienze?

La neuroetica è esplosa intorno al 2000 in coincidenza con l'incremento degli studi sul cervello grazie alle tecniche di **visualizzazione cerebrale**. La neuroetica nasce come campo intermedio tra l'etica e la ricerca sperimentale sul cervello.

Non si tratta però solo di **etica della neuroscienza**, ossia la disciplina – contigua alla bioetica, con la quale infatti condivide i principali problemi – che si occupa dell'eticità della ricerca scientifica. La neuroetica è anche **neuroscienza dell'etica**, nel senso che studia e indaga i funzionamenti cerebrali associati a stati o a comportamenti moralmente critici.

Si è così aperto un campo di etica sperimentale nel quale, ad esempio, sono state approfondite le conoscenze dei funzionamenti cerebrali corrispondenti all'istinto, naturalmente presente nell'uomo, che ci impedisce di provocare ad altri un danno fisico. Ancora, nell'ambito della neuroetica sono state studiate le basi biologiche del cd. *common sense* o *moral sense*, inteso come **istinto morale spontaneo** di cui già parlavano i filosofi morali inglesi e scozzesi del '700.

Un altro tema ampiamente studiato dalle neuroscienze dell'etica, forse il più influente per quanto riguarda il diritto, è quello del **libero arbitrio** e della **responsabilità**.

Nel mio articolo ***Empatia in tribunale: il difficile percorso dell'empatia***, pubblicato in un libro a cura di **Ombretta di Giovine**[1], passavo in rassegna alcuni studi interessanti – ad esempio un articolo dal titolo ***Lost in translation***[2] – che riportano di casi giudiziari, soprattutto americani, in cui i difensori degli imputati, il più delle volte individui con diagnosi di psicopatia o disturbo *borderline*, chiedevano al giudice di eseguire la risonanza magnetica sui propri assistiti per dimostrare che «**è stato il loro cervello**» a spingerli a commettere il fatto di reato.

[1] O. Di Giovine, *Diritto penale e neuroetica: atti del convegno, 21-22 maggio 2012*, Cedam, 2013.
[2] S.J. Morse, *Lost in Translation?: An Essay on Law and Neuroscience,* in *Faculty Scholarship,* 368, 99, 2010, pp. 529 ss.

Sono noti gli **esperimenti sul libero arbitrio** che possono far supporre che una determinata area cerebrale attivi qualche millisecondo prima della consapevolezza, da parte dell'agente, dell'azione. Questo dato permette di affrontare la questione dell'**elemento soggettivo** del reato, la cd. *mens rea*, in maniera più fine rispetto all'impostazione tradizionale, secondo cui o un soggetto è incapace di intendere e di volere – e quindi finisce in una struttura per pazienti psichiatrici – oppure è capace.

Non abbiamo, per il momento, strumenti che ci permettono di coprire quell'area che sta nel mezzo, che separa piena capacità e totale incapacità, e che nondimeno è un'area estremamente ampia. Basti pensare al caso del drogato: una persona **tossicodipendente** ha una quota di capacità che le consente di decidere autonomamente e la cui estensione varia in relazione a un'altra quota, in relazione a cui la persona è incapace e non ha libero arbitrio[3].

Le neuroscienze ci dicono che **nessuno** di noi – neanche le persone sane – **ha il controllo al cento per cento**. La psichiatria ci dice che abbiamo desideri irrefrenabili (nei confronti del cibo, ad esempio) al manifestarsi dei quali la persone, ben lungi dall'essere pazza, semplicemente **non può trattenersi** dal soddisfare il desiderio.

Insomma, la riflessione sulla *mens rea* può diventare sicuramente molto più fine, proprio grazie alle nostre conoscenze sul cervello.

Per il diritto, il problema vero si manifesta nel **terreno della pena**.

Come dobbiamo trattare tutti i criminali che si collocano in quella **zona grigia** tra capacità e incapacità? Abbiamo, a livello istituzionale, strutture che non siano semplicemente la clinica psichiatrica e che però, non siano nemmeno Bollate?

Ad oggi, **non abbiamo niente**; e credo che le cose **debbano cambiare**.

Nel suo libro *Neuroetica. La morale prima della morale* (Cortina, 2007) **menziona appunto l'esistenza di una morale prima della morale che «inizia a manifestarsi nella vita organica». Cosa significa?**

Mi riferisco a un particolare aspetto della neuroetica sperimentale che guarda ai funzionamenti del nostro cervello. La mia idea è che questo genere di conoscenze non debba essere considerato in maniera neutra: il fatto di **sapere** che esistono determinati **meccanismi** cerebrali – ad esempio, che alcune aree del cervello si attivano quando assistiamo a comportamenti ritenuti non etici, come un gesto aggressivo o violento – ci aiuta a capire come le nostre scelte etiche (rispettare un obbligo, obbedire o trasgredire a una norma) non siano, come spesso ci viene raccontato, il mero **frutto della nostra volontà**, che controlla gli istinti e filtra le emozioni.

Esiste una **morale incarnata**: le nostre scelte morali hanno un fondamento nel nostro corpo, laddove il corpo comprende anche le emozioni e la vita emotiva. Le emozioni, infatti, non

[3] I numerosi problemi etici posti per il diritto penale dal fenomeno della tossicodipendenza sono stati ampiamente discussi, tra gli altri, dal neuroscienziato David Eagleman e dal suo team di ricercatori del Center for Science and Law. Si rinvia, a tal proposito, a P.A. Ormachea et al., *The role of neuroscience in drug policy: promises and prospects*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 11(1), 2010, pp. 7 ss., e ripubblicato altresì in *questa rivista*, con nota di Redazione, *L'impiego delle tecniche neuroscientifiche per la comprensione e il contrasto del fenomeno della tossicodipendenza*, in *ivi, 2* aprile 2019.

sono solo qualcosa che ci obnubila la mente, sono una forma di **ragion pratica** (lo ha detto bene **Damasio**, diverse volte e in diversi modi).

Le emozioni non sono *raptus*, ma è vero anche che **ci dicono cosa fare**. Non sempre ci dicono la cosa giusta, anzi spesso ci dicono quella sbagliata. Dobbiamo ricordarci che le emozioni non sono, per definizione, buone: di fronte a un ferito, l'emozione può suggerirci di fuggire perché abbiamo paura per noi stessi.

Il fatto che le emozioni non necessariamente siano buone rende, a mio parere, la morale incarnata più **concreta** e più **sincera**. Essa non è automatismo puro. È questo che intendo quando parlo della *morale prima della morale*: il fatto di sapere che ho delle risposte istintive, spontanee, che non passano per le aree cognitive. Questo dovrebbe rendermi **più vigile** e portarmi a **lavorare sulle mie emozioni**, consapevole del fatto che non sempre mi indicano la strada giusta.

Quale influenza esercita sui nostri sentimenti morali l'ambiente in cui viviamo?

Le nostre relazioni sono inevitabilmente condizionate dal **contesto** culturale, sociale, storico in cui si sviluppano, dalla scena della quale siamo attori. Interagiamo con gli innumerevoli fattori del contesto in cui viviamo e su essi prendiamo posizione, facciamo delle scelte.

Se esistono **contesti facilitanti**, che favoriscono l'esercizio dell'empatia? Il tema non è banale. Alcuni contesti, come quello familiare o di amicizia, possono apparire facilitanti, ma sono anche i contesti in cui si manifestano con maggiore frequenza alcuni tipi di contrasto – penso alle varie forme di **manipolazione** o di affermazione del proprio **potere** sull'altro –.

L'idea *mainstream* di empatia è tendenzialmente **buonista**; porta a pensare che l'empatia ci renda altruisti, comprensivi, solidali. **Non è così**. Vorremmo che lo fosse, ma non è così.

Prenderne atto e guardare con più attenzione ai **limiti** e alle **difficoltà** connesse all'empatia ci aiuta a capire meglio la cura, l'investimento di energie e i costi che è necessario affrontare per stare in relazione. E questo non significa distruggere l'idea dell'altruismo o della solidarietà; non si tratta di una visione sacrificale, ma di una **visione realistica** delle relazioni umane.

Il fatto che alcune persone, come ad esempio gli psicopatici, siano incapaci di sviluppare l'empatia, o comunque incontrino grandi difficoltà nel farlo, le rende meno rimproverabili per le loro azioni?

Come ha scritto ironicamente **Stephen Morse** nell'articolo che ho citato prima, ***actions speak louder than images***[4].

Grazie alle tecniche di oggi, siamo in grado di visualizzare il funzionamento del cervello di uno psicopatico, possiamo renderci conto dell'esistenza di particolari difficoltà a collegare aree cognitive e aree emotive. Ma le azioni sono azioni.

[4] S.J. Morse, *Lost in Translation,* cit., p. 539.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Tutti noi viviamo momenti di **conflitto interpersonale** e sperimentiamo **fantasie** nelle quali aggrediamo o addirittura uccidiamo l'altro. C'è però un momento in cui la fantasia si ferma. Se invece non si ferma, e anzi si traduce in azione, allora **c'è un salto**, ed è lì che deve intervenire **il diritto**.

C'è poi **un altro problema** che nasce dall'applicazione delle neuroscienze al diritto. Ho menzionato una serie di esperimenti volti a indagare, in vario modo e con diversi scopi, il funzionamento del cervello. Il problema di tutti questi esperimenti è che si focalizzano sulla **creazione di categorie**.

Ad esempio, una categoria attorno alla quale è stata prodotta una densa letterature è quella degli **adolescenti**. C'è una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 2005 che ha dichiarato incostituzionale la pena di morte per i minori di 18 anni a partire dal dato scientifico per cui il cervello del minore non è ancora completamente sviluppato e quindi le aree del controllo dell'aggressività **non funzionano perfettamente**.

Altri **stereotipi** classici sono *il* pedofilo, *lo* psicopatico, oggi anche *il* terrorista kamikaze. Si tratta di categorie probabilmente utili, che funzionano molto bene in criminologia, ad esempio. Se applicate all'empatia, però, **non funzionano** altrettanto bene. L'empatia semplicemente non c'è se non c'è una relazione diretta con una singola persona. Il riconoscimento dell'altro non esiste con lo psicopatico come **figura astratta**.

Il giudice, così come il criminologo che viene chiamato nel processo, deve guardare non allo stereotipo dell'adolescente, ma a quel particolare adolescente imputato di quello specifico fatto di reato.

Questa differenza è fondamentale: ben vengano l'aggiornamento scientifico e l'affinamento delle categorie giuridiche, come la *mens rea*, ma se parliamo di empatia parliamo di **singole persone**, e dunque davanti alla norma giuridica l'empatia si ferma. Perché abbia senso parlare di certezza del diritto, la norma deve applicarsi a tutti e a tutte; dev'essere generale e universale, per quanto elastica. Per questo io credo che in campo penale e giuridico l'empatia si fermi, ed è necessario e auspicabile che continui a farlo.

DIRITTO PENALE
E UOMO

DPU: perché è necessaria una "svolta"

Prima parte

di Luca Santa Maria

I.

L'orizzonte degli eventi in cui si inscrive DPU è **il tempo della crisi**.

Il rapporto tra diritto penale e società già da tempo è **patologico**, perché lo strumento feroce, che dispensa violenza, da *extrema ratio* che (nella logica del pensiero liberale) dovrebbe essere, ha invece sempre più i connotati di **una *ratio* ordinaria**, o forse di una *ratio* che non è più razionale, o che forse mai lo è stata, e che oggi funziona male (ora troppo, ora troppo poco) e sempre più fuori d'ogni reale controllo.

Se **il diritto penale è malato**, e ogni giorno pare più debole – anche quando, anzi soprattutto, quando *crede* di mostrare i "muscoli" –, inefficiente e iniquo, sempre più incerto e sempre più soggetto a venti mutevoli, irragionevoli e spesso incomprensibili che soffiano nella società, vuol dire che **la società stessa**, nel suo insieme, **è malata**, ma dev'essere vero anche l'inverso, e cioè che **una società malata non può che contribuire a riprodurre un diritto penale sempre più malato**.

Si respira nella società un'intollerabile aria di **rancore e risentimento diffusi**, incapaci d'altro se non di rimuginare su di sé; questi atteggiamenti collettivi e individuali parlano sempre più solo la lingua della violenza della pena come panacea di tutti i mali del mondo, senza avvedersi dell'inganno che quella lingua oscena cela, per la sua (ormai incontrovertibile) **impotenza a mantenere le false promesse che crea**.

Il discorso sul diritto penale contemporaneo, per una sorta di *hybris*, o **illimitata volontà di potenza del diritto penale stesso (e di chi lo fa)**, necessariamente deve occuparsi di **tutto l'esteso campo sociale** che il diritto penale pretende, a torto, di sapere e di poter trattare.

Questo non significa che DPU non si rivolga alla scienza del diritto penale (che sia la teoria del reato o la cosiddetta dogmatica, d'ora in poi parleremo semplicemente di "scienza del diritto", distinta dalla filosofia del diritto penale).

BY-NC-ND

DPU è un **appello alla migliore scienza** del diritto penale, sempre che voglia accettare il guanto di sfida che indubbiamente DPU lancia.

II.

Alcuni tra i più autorevoli penalisti contemporanei[1] riconoscono che – in termini kuhniani (chi non cita Kuhn oggi?)[2] – il **paradigma ricevuto**, l'ordine simbolico del **diritto penale fondato sulla ideologia della positivista**, si svela ogni giorno più angusto, sorretto da idoli e finzioni ideologiche sempre meno sostenibili, da anomalie interne al sistema ogni giorno più evidenti e dall'uso di ipotesi *ad hoc* artificiose e fittizie, per tenere in piedi il glorioso edificio che rovina.

DPU nasce con l'intento di **prendere sul serio** questa "**crisi" del diritto penale** – che è una **crisi a un tempo epistemologica ed etica** – perché la crisi del diritto penale è, allo stesso tempo, **una crisi della società** di cui il diritto penale è da sempre **struttura portante**.

Il nostro punto di partenza è quindi che **la crisi è vasta e profonda**, forse più ancora di quanto sia già stato detto e scritto, perché il contesto in cui si colloca è quello di una **crisi generale della cultura**, quasi un tempo di – per dirlo con le parole di Gabrio Forti – «**corruzione delle regole e dei saperi**»[3].

I migliori teorici del diritto condividono, in parte almeno, **questa diagnosi**, ma loro come noi sentono **la grande difficoltà di pensare ad una terapia, e cominciare a pensare un paradigma nuovo è molto difficile**.

DPU nasce quindi per creare **un laboratorio** – un acceleratore di particelle di pensiero per scoprire, se possibile, **le particelle fondamentali** di questo diritto – perché da lì, dal profondo, si può osservare e capire la crisi, e navigherà su questa rotta, aprendo numerosi e differenziati programmi di ricerca e di azione pragmatica – noi li chiamiamo "cantieri aperti" – di **inusitata estensione**, perché nulla o quasi del diritto penale che crediamo di conoscere funziona davvero come vorremmo che funzionasse.

---

[1] Il riferimento è in particolare a Domenico Pulitanò (cfr., tra gli altri, D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia*, 2, 2017, pp. 149 ss.; *Id*., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, pp. 239 ss.; *Id*., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc*., 14/5, 2008, pp. 647 ss.); Carlo Enrico Paliero (cfr. C.E. Paliero, *Il diritto liquido: pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 3, 2014, pp. 1099 ss.; *Id*., *Il principio di effettività nel diritto penale*, ESI, 2011); Emilio Dolcini (cfr. E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006); M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, pp. 131 ss.
Quest'ultimo Autore menziona altresì (p. 156), nel panorama della dottrina italiana che ha mostrato di recepire gli insegnamenti dell'ermeneutica giuridica; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, pp. 353 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011; *Id*., Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, Giuffrè, 1991; F. Palazzo, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in Aa.Vv., *Diritto privato, 2001-2002, VII-VIII. L'interpretazione e il giurista*, 2003, Cedam, pp. 507-556; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, 2006; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore*, cit., vol. I, Giuffrè, 2006, pp. 693 ss.
[2] T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, 1979.
[3] G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, 2018.

III.

Forse il punto di vista pratico di un pratico può avere anche dei vantaggi.

DPU nasce con la mia consapevolezza – forse solo mia, o forse più condivisa di quanto appaia – che **la crisi del diritto penale non sia "visibile" e quindi non sia adeguatamente "risolvibile" con il solo uso del metodo della scienza penalistica**, la quale, perciò, deve essere chiamata, io credo, ad una vasta e penetrante opera di autoriflessione critica.

Come ho accennato, la crisi è innanzitutto la crisi dell'ordine simbolico – il "grande Altro" lacaniano, o il paradigma quasi mistico khuniano, o in qualsiasi modo si voglia chiamare quel che nel nostro discorso prende le forme **dall'ideologia dell'illuminismo giuridico e del giuspositivismo** – nel cui recinto si svolge ancora per intero il gioco linguistico del diritto penale.

Questo **apparato ideologico** – fatto di principi e di garanzie coniate almeno due secoli orsono e ancora ottimisticamente fondate sull'idea che **la loro osservanza dipenda solo dall'umana ragione e dalla buona volontà** – è manifestamente in crisi, più di quanto non possa ammettere di essere.

Qualunque linguaggio interno di un'ideologia rende possibili solo pensieri che siano dicibili con quel linguaggio e in quell'ideologia. Il "resto", non è nemmeno visibile, perché l'ideologia lo vela, ma cionondimeno sempre esiste. Fino a che il "resto" è poca cosa, non ci sono problemi: anomalie varie, *rebus* più o meno enigmistici, non sovvertono mai l'ordine delle forme simboliche dell'ideologia.

Che cosa accade, però, se il "resto" diventa il tutto, o il quasi tutto, cioè quel che conta davvero?

Se i problemi – là fuori nel mondo – cominciano a complicarsi oltre la soglia di normalità, e **improvvisamente** appaiono alla vista perché è sempre più difficile renderli invisibili, ci sarà un momento in cui i **vecchi arnesi del vecchio mestiere**, con cui si diceva e faceva diritto penale prima, appariranno francamente **obsoleti e impotenti**, perché sempre più apparirà evidente che essi **lasciano sfuggire, dalle maglie delle reti linguistiche in cui sono stati costretti, problemi o enigmi che quell'ideologia non può risolvere ma che appaiono, di contro, sempre più essenziali e urgenti**.

Per questo **il punto di vista esterno, ma anche interno,** può forse cogliere quel che chi sta dentro le mura della scienza forse non vede, o vede male.

Siamo in transizione da un tempo all'altro.

In questo tempo incerto c'è ovviamente il rischio del **reciproco fraintendimento**, come tra chi parli diverse lingue tra loro incommensurabili, ma la conversazione sarà efficace se tutti noi condividiamo una convinzione profonda – **una sorta di precondizione di ragione comunicativa** –, e cioè che un **discorso sul diritto penale che oggi non muova dal pensiero della sua crisi** corra l'alto rischio di essere sospettabile di **anteporre** interessi di varia natura **all'onestà intellettuale** e alla **responsabilità sociale** che incombe su qualunque intellettuale degno di essere chiamato tale.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

IV.

Vorrei fugare da subito un possibile dubbio.

Il dubbio che, a molti, possa venire il pensiero che DPU, che ha iniziato appena la sua vita, non è una rivista di diritto penale, ma **qualcosa d'altro** il cui posto, dunque, non è certo quello del discorso sul diritto.

Nulla di più infondato, perché, ovviamente, stabilire che cosa sia scienza del diritto e che cosa no, dipende solo dalle **regole del gioco** che, per convenzione, abbiamo scelto e osserviamo, e nessun campo, più della sedicente scienza del diritto, è, per l'appunto… sedicente, cioè **autoinvestita** dello ***status*** che si è presa.

La scienza del diritto sembra, infatti, nata e perennemente afflitta da un vizio d'origine, e il vizio è che essa da sempre delimita e costruisce il suo oggetto come più le aggrada; decide essa, **cioè, che cosa sia diritto e che cosa no**.

La scienza giuridica – qualunque scienza giuridica –, infatti, **costruisce a priori il suo oggetto**, il diritto, e poi a posteriori stabilisce i canoni di metodo che dovrebbero essere idonei a consentire di conoscere **scientificamente** quell'oggetto ch'essa si è creato.

Di regola, negli altri campi della ricerca umana sull'uomo, sulla società e sul mondo, **accade l'opposto**: prima c'è l'oggetto, che sta là fuori e che è l'*explicandum*, e poi, solo poi, la scienza costruisce se stessa, *l'explicans,* così come creda che debba essere per conoscere l'oggetto.

Il diritto però è realmente quello che il penalista crede che sia ed è fatto così come il penalista vuole che sia fatto?

Chi ha deciso che il diritto è come i Giusnaturalisti dicevano che fosse, se non i giusnaturalisti stessi? Non vale lo stesso per i Positivisti del Diritto? O per i discepoli della Scuola Positiva, piuttosto che della Scuola Classica del diritto penale? Chi, se non Kelsen, dice come dev'essere il diritto perché la sua scienza possa dirsi "pura"? Chi ha deciso che il diritto sia quel che qualunque giurista, Engisch, Austin o Hart, o chiunque altro, dice ch'esso è?

La nostra scienza del diritto penale è nata in un tempo storico e per ragioni storiche precise, che prima abbiamo definito come **l'ordine simbolico dell'illuminismo,** ma nulla impone a noi, oggi, di continuare a credere, come di solito si fa per abitudine, che quell'ordine simbolico – fondato sulla centralità della Legge, come *imago* della volontà popolare, e sulla rete di principi di garanzia che ruotano intorno alla Legge – sia eterno ed immutabile.

Per arrivar subito ai tempi nostri, chi decide che il diritto penale **sta tutto e solo** nel codice penale e quindi il suo studio deve essere racchiuso in **un testo o più testi** che abbiano come… contesto solo la necessità della esegesi oggettiva e imparziale delle parole scritte nel codice penale?

Non ne ho la più pallida idea (cito un magnifico libro scritto da due scienziati a proposito

di quel che non sappiamo – quasi tutto – dell'universo e… di noi)[4] ma nessuno sa veramente rispondere a quella domanda.

V.

Il giurista che aspiri a dirsi scienziato, cioè cultore di un **sistema di conoscenza oggettivo e neutrale** (ammesso e non concesso che una scienza, per essere scienza, debba per forza essere così), deve quindi pretendere che il suo oggetto, il diritto, sia a sua volta **oggettivo e neutrale**, perché solo così definito l'oggetto **è possibile concludere che la scienza – cioè la conoscenza – del diritto è… scientifica.**

Rinunciare a pretese di scientificità, o, al contrario, espandere quasi a dismisura l'oggetto del proprio riflettere, come proverà a fare DPU, contribuirà almeno a render chiaro che l'uomo, e quindi **il diritto penale, è creazione umana, non è mai oggettivo e imparziale, soprattutto quando pretende di esserlo.**

Anticipo una riflessione che trasparirà dall'impresa (piccola o grande, utile o inutile che sia) cui DPU si accinge, e cioè che **il diritto, da un lato, *non si conosce* e, dall'altro lato, *si fa anche*, *ma non solo*, nella scienza del diritto.**

Il diritto penale si fa, incessantemente, e non si conosce mentre si fa, perché **nessuno è estraneo al processo di produzione del diritto penale**, nessuno può chiamarsi fuori a scrutare la pianura dall'alto di qualche inesistente collina, e quindi tutti, teorici o pratici, dilettanti o professionisti, siamo responsabili di quel che il diritto penale è.

Forse è per questo che, a mio avviso, **le tradizionali divisioni** tra teoria del diritto penale, filosofia del diritto penale positivo, dogmatica, dovrebbero essere superate, per essere rimpiazzate da un sapere, **un "punto di vista", che li include tutti** e, anzi, **lasci spazio per molto altro che appartiene alla cultura umana e che deve entrare nel gioco linguistico del diritto penale** (pena la sua inevitabile corruzione per consunzione).

Il diritto penale è infinitamente più interessante di quanto gli scienziati del diritto penale credano e abbiano necessità di far credere per conservare il proprio *status* intellettuale e sociale.

Non dico con questo che l'esegesi delle parole del codice penale non conti. Tutt'altro. Quel processo di spiegazione razionale e di comprensione umana di un testo, che è **l'interpretazione,** sta al centro del diritto penale, ma **la definizione del testo da interpretare, e soprattutto del contesto in cui l'interpretazione si fa**, è molto più vasta e complessa di quel che comunemente si crede.

VI.

Il penalista, per essere pari allo *status* intellettuale di scienziato che pretende di avere, è in qualche misura costretto a "costruire" la **realtà giuridica** come **qualcosa d'altro** dalla **realtà**

[4] J. Cham, D. Whiteson, *Non ne abbiamo la più pallida idea. Guida all'universo sconosciuto*, Longanesi, 2019.

empirica, e a dire che quella realtà esiste, ed è appunto il diritto; ma è ovvio che quella realtà… non c'è, o non è l'unica possibile cui dare il nome di diritto.

Il mondo che non c'è è il **mondo della normatività**, il mondo del dover essere.

Chi parla di un mondo che non c'è non può sottrarsi al pericolo che **l'asserzione di esistenza di quel mondo** sia mal fondata, o fondata su concetti che sarà sempre possibile smascherare come finzioni più o meno diffuse e sistemiche.

Questo è **il rischio del mestiere** del professionista della scienza del diritto.

La madre – o il padre – di tutte le finzioni ha, nel nostro modo di parlare del diritto penale, l'altisonante nome di "sistema" che tuttora è il fiore all'occhiello della nostra scienza, il segno distintivo dell'altezza razionale e morale di una intera cultura giuridica.

Se ne deve parlare.

La scienza del diritto penale, a partire dal XIX secolo, più o meno, si volge al compito di **provare che tutto il diritto penale positivo debba stare dentro le ferree gabbie d'acciaio di un sistema**, e a questo compito i giuristi si accingono proprio quando, nel vicino campo della filosofia, i grandi filosofi provavano a costruire **il sistema dentro cui volevano dare un senso a tutto il mondo**.

I grandi giuristi del tempo cominciano ad erigere questo "sistema" del diritto – o, usando altre parole, la "teoria del reato" – e i mattoni sono i "concetti giuridici", **che sono pensati reali, ma che reali ovviamente non sono**, e che vengono estratti, **con l'interpretazione linguistica**, dal composito materiale delle proposizioni, cioè le parole, che sono o sarebbero tutto il diritto penale.

Poiché l'interpretazione mai è oggettiva e imparziale, **la soggettività e la parzialità sono alla base del sistema**, e via via che il processo di astrazione sale verticalmente e vertiginosamente, accade che **l'aria si faccia sempre più rarefatta**, che ci sia sempre meno ossigeno, ma non per questo l'edificio è più oggettivo e meno parziale.

Che cosa accade, allora?

Le parole si alleggeriscono del peso dei fatti, cioè del loro significato.

VII.

Il sistema dovrebbe essere il garante della razionalità del diritto penale ma nessuno sembra farsi carico di spiegare perché un diritto inchiodato in un sistema artificiale e artificioso sia, per ciò solo, razionale.

Può essere degna di ammirazione **l'algida perfezione** di queste maestose cattedrali e parte dell'ammirazione può risiedere proprio in questo, nel fatto che esse sono state progettate e costruite **con grande dispendio di energie intellettuali, ma non può non venire alla mente che queste energie forse potevano essere investite meglio**.

Il discorso sul diritto penale, però, celato da queste maschere, pare sempre più un discorso che diventa quasi un **culto misterico, ed esso serve lo scopo (non innocente) di difendere l'idea (la speranza? O il desiderio?) che il diritto penale – con la sua carica di primordiale violenza – sia stato domato, ridotto a pura ragione.**

Non è vero, ovviamente, perché nessuno crede che quel che accade ogni giorno nelle aule dove si celebra il culto sia l'impresa razionale innocente che, fuori dal processo – magari nella aule delle università o dei convegni, dove **il diritto penale come oggetto di scienza celebra se stesso** –, si dice che sia**.**

I filosofi, più o meno dopo Hegel, non credono più di poter ingabbiare il mondo in un sistema e ormai da un secolo lamentano la perdita dei fondamenti di ogni discorso.

Il penalista, invece, all'alba del XXI secolo, sembra credere ancora di poter ingabbiare il diritto penale nel sistema e tuttora si deve ripetere il consueto *mantra* – **il diritto penale è prodotto di ragione, tant'è che sta nel sistema razionale che abbiamo costruito** – che cela l'eccezionale fatto che questo nostro discorso è cambiato poco negli ultimi due secoli, mentre tutto all'intorno cambiava (e ancora oggi cambia) tutto.

È un palese atto di… *hybris*.

Perché?

VIII.

La teoria del diritto tradisce la sua origine, tant'è che si dà il nome – e l'uso della parola è degno di interesse – di **dogmatica** (c'è, o almeno così si dice, una dogmatica alta e una dogmatica bassa).

Si dovrebbe però dar conto delle ragioni dell'uso di questo curioso aggettivo, che, nella storia delle idee dell'occidente, ha sempre funzionato come contraltare dell'altro aggettivo, **scettica**, che designa il modo opposto di vedere il mondo.

Il dogma **non è espressione di ragione ma del suo opposto**, non è ragione tollerante e critica, ma è piuttosto qualcosa di più prossimo ad una intollerante imposizione priva di ragione e, in questo senso, l'uso della parola "dogmatica" è n vero *lapsus* freudiano.

Il problema della *hybris*, però, sta nascosto da un'altra parte proprio nelle pieghe della parola "sistema" la cui vera ragione allora appare.

Il diritto penale – e in ciò si vede il massimo risultato della propria ragione, cioè della sua volontà di potenza o *hybris*, in cui consiste la ragione d'essere del sistema **– crede – o finge di credere – che il sistema – che è un suo artefatto – contenga in sé anche il significato delle parole che esso usa**.

È ovvio che non sia così, perché quando le parole del codice si riferiscano a fatti che accadono nel mondo più ampio, enormemente più ampio, che sta **là fuori dal sistema**, il penalista, in linea di principio, tende invece a forgiare il significato delle parole che usa, cioè i fatti e i nessi

tra i fatti, **senza dover uscire dal sistema**, e così è facile perdere di vista che egli **non ha la competenza per forgiare da sé i significati delle parole** del diritto penale che si riferiscono a quel mondo.

Di qui la necessità costruire, e poi di credere (o fingere di credere), ai **dogmi cui, notoriamente, si crede anche *quia absurdum o semplicemente per inerzia, perché così da tanto tempo si dice e si fa.***

Nasce cioè **la potente finzione** per cui il sistema del diritto penale, così razionalizzato, **contenga in sé le chiavi linguistiche per risolvere qualunque *rebus*** che i Giudici debbono sciogliere in qualsiasi processo penale dove sia in questione l'applicazione del diritto penale ai fatti del mondo.

È tutto falso.

Che cosa sa il penalista del **rapporto di causalità naturalistico** tra la condotta A e l'evento B, o se A è o non è **pericoloso** per B, senza il riferimento (almeno implicito) ad un'ontologia che dica che cosa esiste e che cosa non esiste nel mondo, e che dica anche qualcosa sui nessi (se ve ne sono) tra evento A ed evento B? Che cosa sa il penalista dello **stato mentale** di A quando agiva o non agiva nel modo B, senza il riferimento (almeno implicito) ad una psicologia, che dica che quegli stati mentali esistono realmente e quando e come si affaccino nella mente dell'uomo (liberamente o no)? Che cosa sa il penalista di quel che il giudice **può conoscere o non conoscere** del mondo, senza il riferimento (almeno implicito) ad un'epistemologia che dica se e fino a che punto la conoscenza del mondo dell'uomo è affidabile?

Faremo esempi a non finire di questo delicato problema.

In Italia, ad esempio, è divampata la questione se e dove la categoria dogmatica dell'**"aumento del rischio**" debba stare nel sistema – se nella causalità, nel pericolo o nella colpa o altrove o in nessun luogo.

Il problema serio di **che cosa sia** e di **come si accerti un "rischio",** che io sappia, però, **non si trova trattato da nessuna parte**, in nessun libro o articolo o nota a sentenza, perché il problema – questo sì razionale – di che cosa sia un "rischio" semplicemente viene ignorato, come fosse *res inter alios acta*.

Vedremo che nelle stanze grigie del diritto penale si aggira uno spettro – **il concetto o i concetti di probabilità** –, che il diritto penale rifiuta di trattare con la serietà scientifica e filosofica che invece sarebbe necessaria.

È evidente che la probabilità è indigeribile per **un diritto penale che ha un DNA storico e culturale opposto a quello della probabilità.**

Un diritto penale geneticamente modificato, che non sia più immerso dentro una finta necessità (e che sia quindi illusoriamente certo), ma sia realmente fondato sul probabile (e che sia quindi consapevolmente fallibile, cioè **sempre e ovunque incerto,** ma più razionale davvero), **sarebbe ancora un diritto penale**?

O sarebbe qualcosa d'altro?

La scienza del diritto serve per tenere celate queste delicate antinomie.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

IX.

Si ripete l'argomento che il diritto è un **"discorso normativo e non empirico"** che può essere colto solo se i due mondi – il dover essere e l'essere – siano ben separati, e che il penalista si occupa solo del primo e non del secondo.

Si torna allora all'argomento di prima: il mondo del **dover essere non è un mondo reale**, ma un **mondo fittizio che tende per sua logica ad essere tenuto in piedi coi dogmi**, cioè con concetti veri perché creduti veri, che debbono – per far quel che devono fare –, restare stabili e chiari nel tempo.

Resta però da aggiungere qualcosa d'altro.

Il dover essere presuppone, ovviamente, l'essere – o meglio, il poter essere –, e se il dover essere è di pertinenza del giurista, l'essere e il poter essere dovrebbero essere di esclusiva pertinenza di chi è socialmente meglio addestrato a rispondere a questa domanda, cioè lo scienziato (e, chissà, forse anche il filosofo, o addirittura – perché no? – la grande letteratura umana sull'uomo).

Non deve esserci frizione tra essere e dover essere, quanto a che cosa sia l'essere.

Che cos'è un dover essere che non può… essere, se non un comando la cui osservanza non è esigibile? La condanna che fosse fondata su questo comando di un dover essere che non può essere, non è **una tragica ingiustizia, creata e voluta dal diritto penale stesso?**

Il penalista non ha competenza sul poter essere e sfrutta questo limite per farsi il suo mondo senza dover render conto alla ragione (quella vera, non quella del suo sistema).

Il dogmatico del diritto penale lo sa benissimo (o comunque lo sanno i migliori), ma è restio ad accettare una *deminutio capitis* intellettuale che sarebbe necessaria e, quindi, pur di non perdere il monopolio dell'uso delle parole che stanno nel diritto, e il correlato potere, tenderà più che può **a star lontano dal fatto** – perché, in fondo, sa di non sapere quasi nulla dei fatti – **e proverà a parlare quasi solo di diritto**, di cui crede invece di sapere**.**

Nel mio scritto *Il diritto penale dalla A alla Z*, ho provato ad aggiornare il catalogo dei concetti del diritto penale che per essere capiti, dovrebbero essere importati dai più svariati campi delle scienza, **perché di essi il penalista sa poco o nulla, e quindi, quando ne parla, corre il gravissimo pericolo del soggetto che si creda sapiente senza esserlo**, e molto si potrebbe scrivere delle sue cadute, anche tragicomiche, ogni qualvolta gli tocchi uscire dalle sacre mura della sua cattedrale.

In quel primo scritto, ho passato in rapidissima rassegna le parole chiave delle regole dell'imputazione e non è facile sfuggire alla impressione che l'opera autopoietica della attuale scienza del diritto produca ormai solo smorte formule vuote.

Chiedetevi ora quante monografie, quanti articoli o quante note a sentenza, sono stati pubblicati negli ultimi dieci o venti anni intorno alle **regole dell'uso di quelle parole – causa, pericolo, colpa, imputabilità, dolo – che sono contese tra diritto penale e scienze empiriche.**

Troppo poche.

Perché?

Perché, su quei grandi problemi, la dottrina del diritto penale **non ha più da tempo quasi nulla da dire e quel che poteva l'ha già detto e, se si avventura là fuori, corre il pericolo di fare pessime figure.**

Il Giudice, però, **ha il problema opposto**, sempre attuale e che, anzi, ogni giorno diventa più difficile, perché sa che **le questioni legate al fatto – cioè all'essere e al poter essere empirico – sono sempre più importanti delle questioni legate al diritto** – cioè al dover essere – e constata che nella letteratura giuridica è sempre più difficile trovare la soluzione della questione da cui dipende l'esito del processo che egli dovrà decidere, e allora **gli tocca far da solo**.

Si crea un fossato apparentemente incolmabile tra teorico e pratico del diritto e certo non accade per caso.

X.

La barca sta a galla in qualche modo, tutto pare funzionare, o può esser fatto funzionare, fino a che **il senso comune e il linguaggio ordinario** possono apparire mezzi adeguati per dire **chi è e come si conosce l'uomo**, **che cosa è e come si conosce il mondo – naturale e culturale – cui il diritto penale si rivolge coi suoi comandi e i suoi divieti.**

Oltre una certa soglia, però, il sistema va in *tilt*.

Quando **la tensione tra fatto conoscibile con la scienza e fatto conoscibile senza l'uso della scienza, ma con l'unico modo che il penalista ha per conoscere quel fatto, che è il senso comune, *l'id quod pleriumque accidit*, diventa troppo forte la crisi diventa inevitabile**.

E quelli che prima parevano rispettabili concetti, si rivelano finzioni, cioè… dogmi, ed erano tali anche prima, lo sono sempre stati, ma prima non si vedeva.

Il potere dell'ideologia, però, è forte, e quindi **l'orizzonte della crisi del diritto penale è accuratamente evitato, anzi rimosso**.

Un esempio su tutti.

Che la scienza del diritto penale abbia finora **velato, o meglio rimosso**, i drammatici problemi che le neuroscienze stanno creando nel rimodellare l'immagine stessa dell'uomo del senso comune – tant'è che questa psicologia è definita ormai non a caso *folk psychology* per contrapporla alla psicologia scientifica –, **è un disdicevole ritardo intellettuale che tuttora permane,** di cui la casta dei giuristi porta una seria responsabilità e delle ragioni profonde di tale indifferenza abbiamo già detto.

Forse è umano, troppo umano.

Nessuno parla volentieri di quel che non sa, ma ciò non toglie che il Giudice e il giurista

in generale debbano sapere, perché non è affatto vero che l'ignoranza in cui versano è legittima e se l'immagine d'uomo che il diritto penale presuppone è **un'ingenua finzione,** anche il diritto penale diventa un'ingenua finzione, capace però di tragici effetti.

DPU è solo l'inizio di un viaggio che metterà in discussione tutti o quasi i muri portanti dell'edificio del diritto penale.

XI.

Ci pare ovvio e ancora ci insegnano che c'è ***la quaestio iuris***, e poi la ***quaestio facti***; tutto l'edificio del diritto poggia sulla **rigida separazione tra l'una e l'altra**, che, viste da un altro angolo, sono le premesse maggiore e minore del sillogismo giuridico al quale una parte – ancora non minoritaria – della dottrina riduce il ragionamento giuridico.

C'è però qualcosa che non convince.

Per quanto mi possa arrovellare, non riesco a pensare alla **causalità in sé,** indipendentemente dal problema empirico se A abbia causato B, così come non mi viene di pensare **al dolo in sé,** indipendentemente dagli stati mentali reali di un uomo in carne ed ossa calato in una situazione reale, ma lo stesso vale **per tutti gli altri concetti che costituiscono il nucleo delle regole d'imputazione, oggettive e soggettive, del diritto penale** (o almeno quei concetti che dovrebbero essere conosciuti con l'atto dell'affacciarsi alla finestra del diritto e guardare il mondo là fuori, abitudine che alcuni penalisti sembrano non credere necessaria).

La separazione dei due mondi, il fatto e il diritto, l'essere e il dover essere, sembra più precaria di quanto apparisse prima.

Fatto e diritto sono separabili solo con un'operazione che è essa stessa solo una finzione, **perché, senza il fatto, il diritto non c'è, e senza diritto il fatto è irrilevante**.

L'uno, infatti, si compenetra nell'altro e viceversa, come in un gioco di specchi, in cui il fatto contribuisce a definire il diritto e a sua volta è definito dal diritto, in un **gioco intellettuale** che è sempre **circolare** (il grande penalista Engisch chiamava questo procedere **tra fatto e diritto, in cui consiste il mestiere di giurista, un "continuo andirvieni"**)[5].

In un qualsiasi processo penale, ovunque celebrato, **la forma del diritto penale, il diritto,** fa come lo spazio della relatività generale, cioè **si espande o si restringe o si deforma sotto la pressione del contenuto,** cioè del fatto e della sua materia, perché il diritto **non è solo il contenitore passivo** dentro cui il giurista mette il fatto.

I **fatti, d'altra parte, non sono più solida e dura roccia come apparivano prima**, resistono sempre di più alla chiarificazione razionale di una ragione troppo debole, subiscono **torsioni e mutazioni** che si producono nel processo dove debbono essere accertati (tra processo accusatorio e verità c'è una tensione irriducibile e sovversiva – chi si difende poco e male, così come chi accusi poco e male, soccomberà anche se le sue ragioni erano migliori di quelle dell'avversario).

---

[5] K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Universitätsverlag Winter GmbH, 1978.

Il diritto da solo è poco o nulla, ossia, senza il fatto, il diritto non c'è, se pretende di legiferare sul terreno del non poter essere; e allo stesso modo il fatto, senza il diritto, è solo un fatto, uno dei tanti che accadono, ma come l'uno giochi con l'altro è difficilissimo da dire.

Il pensiero giuridico, però, pare talvolta così alienato che lascia l'impressione di pretendere che debbano essere **i fatti a doversi adeguare al diritto e non viceversa, e il pensiero è quantomeno strano**.

Si potrebbe dire che il Giudice, quando non conosce da sé il fatto, può avvalersi dell'aiuto di una consulente tecnico, ma, sul punto, sulla pericolosa relazione tra diritto penale e scienza, ho già scritto fin troppo,

XII.

Il positivismo giuridico in cui è sfociato l'illuminismo è quindi la lunga storia ancora in corso della fuga del diritto dal mondo della vita, **una fuga nella forma** (o nella parola, intesa come significante) di un dover essere svuotato da quel che spaventa (che è il contenuto o il significato), ed infatti appare difficile sfuggire al sospetto che la fuga sia servita – e serva – per evitare, a chi non lo conosca e non voglia conoscerlo**, il brusco atterraggio nel mondo pericoloso e magmatico dei fatti, che sono i significati delle parole e che stanno là fuori del sistema, in un mondo troppo grande per essere sistematizzato**.

La **ragione analitica** – il braccio filosofico del giuspositivismo – si rivela un'utopia che fa poca strada perché, col parlar troppo di forme e troppo poco di contenuti, alla fine le forme si logorano e accade che **si creda di parlare, ma non si dica quasi più nulla, anche perché il linguaggio non è l'infinito deposito di significati sempre attuali che si vorrebbe.**

Anche le parole nascono, crescono, invecchiano e muoiono se non se ne ha cura.

Negli ultimi tempi ha guadagnato terreno anche in Italia **la corrente ermeneutica** della teoria e della scienza del diritto, che, ad esempio, smaschera come finzioni ideologiche la riduzione del diritto alla sola legge, e porta **al centro della scena** del discorso sul Diritto il Giudice, riconoscendogli il rango che da sempre ha avuto, l'essere, cioè, **fonte naturale e inevitabile di produzione di diritto**.

DPU ne parlerà a lungo perché siamo convinti che il Giudice, e non la legge, sia il centro reale del diritto penale, anche perché **una legge senza un Giudice, o senza un Giurista che la interpreti**, cavandone fuori il significato, è solo un insieme di segni che non dicono nulla.

L'ermeneutica, forse, è disposta **a parlare di "come stanno le cose" nel diritto penale, e di quanto pesi l'oscuro e l'irrazionale nel e del diritto penale,** più di quanto la ragione analitica possa fare, e questo le dà un significativo vantaggio euristico.

Tuttavia, come diremo, a noi pare che l'ermeneutica non sia ancora andata a fondo ancora abbastanza.

Pongo allora un'altra domanda, tornando all'opposizione prima accennata, **dogmatico *versus* scettico,** traendone l'**intima essenza politica** dell'opposizione.

La **ragione giuridica deve essere dogmatica**, cioè accondiscendente razionalizzazione del diritto, che è la volontà del potere, sapientemente trasformata in finzioni, cioè in dogmi, per non correre il pericolo della falsificazione empirica o razionale?

Oppure deve essere piuttosto **ragione scettica,** cioè critica del diritto voluto dal potere, e quindi impegnata ogni giorno a smascherare le finzioni, i dogmi, e volta a creare **giustizia nel diritto** anche a costo del prezzo estremo, cioè **la disubbidienza al diritto ingiusto** che se ingiusto non è diritto?

Il positivista è un alleato del potere che ha emanato il diritto, e quindi è più dogmatico che scettico, e invece **DPU tenderà ad essere più scettico che dogmatico**, perché muoverà da un concetto di diritto molto più ampio di quello del positivismo e proverà ad essere **continua critica del potere che ha espresso quel diritto**.

XIII.

Se la scienza del diritto guarda solo alle forme – e lo fa come se guardasse alle essenze delle idee iperuraniche –, che chiama diritto, è sicuro che, presto o tardi, finirà col consumare le parole che usa da secoli, e ci sarà un tempo – che forse è già il nostro – in cui essa avrà poco da dire.

Uno dei miei maestri – il prof. Marinucci – poteva ancora permettersi di dire che ormai il diritto penale non aveva più che da decidere «l'arredo dei mobili della stanza», perché **tutti i problemi del diritto penale erano ormai stati sviscerati quanto potevano ed erano quindi da considerare ormai risolti**.

Forse ieri si poteva dire così, ma forse oggi no, perché forse **qualcosa è cambiato** o forse **tutto è cambiato**.

Il mondo va trasformandosi a velocità forsennata e noi stessi, la specie animale che abbiamo chiamato *homo sapiens*, sembriamo essere divenuti **antiquati.** Se è in questione, nei nostri tempi, chi in fin dei conti è *homo sapiens* (e, come diremo, la struttura portante del diritto penale è antichissima forse quanto *homo sapiens*), dovremmo davvero preoccuparci dell'arredo della stanza che *homo sapiens* ha inventato?

A noi oggi è evidente **che la stanza non c'è, l'abbiamo inventata noi**, o, se c'è, è talmente piccola, in confronto al mondo, che starci ancora dentro, **rifiutandosi di guardar fuori**, oggi può essere il sintomo di qualche **distorsione cognitiva, che ieri non si lasciava vedere ma oggi è qui davanti ai nostri occhi.**

Perché dobbiamo stare in quella stanza, come se non ci fosse altro da fare che ammodernare il mobilio, se è vero, come ci pare di aver capito, che **il penalista sceglie da sé l'oggetto della sua scienza** e che, quindi, **non c'è alcuna ragione cogente per concludere che lo spazio del discorso sul diritto debba avere i confini così angusti di quella stanza che il penalista dice che sia il diritto**?

Tocca a noi, quindi, ridefinire la risposta alla domanda: «che cosa è diritto»?, e subito appresso: «che cosa è la scienza del diritto?»; domande, ovviamente, l'una connessa

all'altra.

XIV.

L'altro mio grande maestro, Federico Stella, diceva che i penalisti, e lui era tra loro uno dei migliori, amano **«giocare coi trenini elettrici»**; forse esagerava, anche se – come al solito – coglieva con una battuta qualcosa di profondo (il trenino elettrico si muove in mondo che è **un modello del mondo reale**, ed è difficile negare che il penalista faccia spesso proprio questo, **scambiare il suo modello, cioè quel che gli conviene, con la realtà**).

Nel 1975 (!) Stella porta in primo piano i fatti della postmodernità che già si intravvedevano all'orizzonte (il caso del talidomide, l'inquinamento del mare coi fanghi rossi, la tragedia tecnologica del Vajont) e per primo, almeno che io sappia, **smaschera il vuoto** che c'è sotto il vestito della dogmatica della causalità fino ad allora tramandata da maestro ad allievo nelle generazioni[6].

La soluzione che egli propone, e che alla fine pare aver avuto successo, è un'inconsueta ibridazione tra linguaggio del diritto e linguaggio della filosofa della scienza (l'empirismo logico).

Oggi, in pieno XXI secolo, quei **venti sono divenuti tempesta e l'empirismo logico è caduto in disgrazia lasciando dietro di se cumuli di rovine**. Ora il paesaggio è molto più complesso di quanto anch'egli potesse credere nel 1975.

La domanda allora è: se dobbiamo rispondere alla domanda «che cosa è diritto?», sapendo di non poter eludere la risposta, dobbiamo scegliere il campo più vasto e difficile o quello che ormai, per il troppo lavoro che in esso è stato fatto, è divenuto più limitato e quindi facile?

Dobbiamo **continuare a guardare il mondo in una stanza, come farebbe e fa il nano che si arrampica sulle spalle dei giganti che sono venuti prima di noi**, o dobbiamo battere altre strade o anche solo sentieri nuovi, pur non sapendo, con esattezza, se e che cosa troveremo?

DPU, come anticipato tante volte, vuol prendere sul serio la crisi attuale del diritto penale e per questo prende da subito la strada più difficile.

Dobbiamo provare ad essere come Stella è stato, senza dimenticare però, al contempo, il rigore di cui Marinucci ha insegnato il valore.

Per parte mia, non avrei pensato alcuno dei pensieri che ora sto provando ad articolare, se non fossi stato tanto vicino e per così tanto tempo al professor Stella.

XV.

[6] F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Giuffrè, 1975.

Che cosa è diritto penale, allora, per noi, visto che non è più la piccola stanza da ammobiliare che credevamo che fosse?

«Non ne ho la più pallida idea», anzi, non ne abbiamo la più pallida idea[7].

Un'idea, però, qualcosa da cui partire, dobbiamo però pur averla in mente, altrimenti di che cosa parliamo?

Noi vediamo nel diritto penale del crimine, cioè la colpa e del castigo, cioè la pena, **l'archetipo fondante**, cioè la struttura culturale portante delle società occidentali così come le abbiamo pensate e costruite sinora, e cercheremo di analizzare come questo **archetipo si sia materializzato nella storia delle idee e, quindi, nella storia del diritto penale positivo, per giungere finalmente al diritto penale di oggi e di domani**.

Per noi il diritto penale è allora il grande – forse sterminato – campo **della esperienza collettiva e individuale** di questo primordiale archetipo; la sintesi, se possibile, di tutte **le sue sfaccettate dimensioni antropologiche, psicologiche, letterarie, filosofiche e sociali.**

Questo **misterioso abisso può essere avvicinato infatti in molti diversissimi modi**, cioè attraversando e ibridando molti diversi **discorsi scientifici, filosofici e letterari** e noi proveremo a farlo.

Questo campo è infinitamente più **complesso e profondo** del campo su cui qualunque penalista, teorico o pratico che sia, erroneamente crede di potersi accontentare di lavorare.

DPU proporrà un linguaggio chiaro e franco perché questo è **il tempo del coraggio della radicalità delle idee**, perché altrimenti, se le idee non sono pronunciate con voce chiara e franca, saranno sommerse **nella palude della corruzione della cultura**.

Se non si scende là sotto, nelle oscure pratiche del **sacrificio religioso del capro espiatorio**, per venire fuori dalla caverna, sino a guardare il mondo alla luce del sapere scientifico contemporaneo intorno al cervello umano, che fa affiorare **il nuovo sorprendente volto del capro espiatorio – perché la colpa scompare, e la libertà scompare anch'essa, o pare scomparire nell'era delle neuroscienze –**,e poi non si vada ancora oltre, fino agli inquietanti scenari dell'intelligenza artificiale (il *machine learning*, ad esempio), in cui il cervello pare potersi emancipare anche dalla sua base biologica e soprattutto pare chiaro che c'è intelligenza anche senza coscienza; senza questo percorso, **il penalista non è realmente un penalista, ma solo lo scialbo officiante di una falsa cultura già morta**.

Per noi, almeno, il penalista che non scenda là sotto, là fuori, e non approfondisca la cultura con cui comprendere che cosa occulta il diritto penale, crede solo di conoscere il diritto penale e, invece, semplicemente coopera alla **produzione di cattivo e crudele diritto penale**.

XVI.

Un filosofo della scienza, Polanyi, ha parlato di **dimensione tacita della conoscenza**

[7] J. Cham, D. Whiteson, *Non ne abbiamo la più pallida idea*, cit.

sostenendo che, spesso, la parte più rilevante della scienza sta nel non detto, in quel silenzio volontario intorno a prassi e modi pensare che gli scienziati condividono senza necessità di renderli espliciti[8].

È vero (anche Wittgenstein sottolineava che il *Tractatus* constava di due parti, una scritta e l'altra non scritta, e che la seconda era di gran lunga più importante della prima) e anche nella letteratura c'è chi sa vedere nel non detto l'essenza vera di quel che pare scritto.

Un giudice, tra i migliori, in una celebre sentenza (caso Thyssen) scrive che il diritto penale ha un suo **«lato oscuro»** col quale si deve fare i conti[9].

Alla domanda: che cosa è questo "lato oscuro" del diritto penale? La risposta più seria è che **non ne abbiamo la più pallida idea,** anche perché, se sapessimo che cosa è, quella materia non sarebbe più oscura.

Il diritto penale, l'abbiamo appena detto, affonda le sue radici in tempi e spazi antichi, dove scavano la terra oscuri bisogni e pulsioni collettivi ancor poco esplorati, e non è certo un caso essi sono così poco esplorati, perché quegli scavi potrebbero avere **effetti sovversivi** su quel che crediamo che sia il diritto penale.

Il diritto penale, come l'universo, è fatto di materia oscura più che di materia visibile, di energia oscura più che di energia visibile, di **lati oscuri e irrazionali molto più che di luce e di ragione**, ma questo vuol solo dire che la luce della ragione, che dobbiamo mettere in campo oggi, deve essere più forte di prima, di quanto mai sia stata, proprio perché ora sappiamo e non possiamo fingere di non sapere **che il buio e la penombra sono ovunque**.

Proveremo cautamente – come un ladro di notte – a ricevere gli ambigui segnali che questa dimensione oscura del diritto penale ancora rilascia sotto forma di radiazione profonda del tempo degli inizi.

Sarà anche un viaggio nell'inconscio collettivo ma anche in quella sorta di super io collettivo che il diritto penale pare incarnare.

XVII.

L'oscuro c'è e fa sentire i suoi effetti anche se non è visibile.

Tra il **contenuto apparente** del discorso linguistico del diritto e il suo **contenuto latente**, ma vero, c'è sempre uno scarto e, nel gioco linguistico, questo scarto è più ampio che altrove.

Il discorso scientifico consueto del diritto penale trascura totalmente di mettere a fuoco questo scarto, senza poter capire o senza voler capire che invece sta lì, in **quell'interstizio tra rocce carsiche dove scorrono acque sotterranee, l'essenziale del diritto penale.**

---

[8] M. Polanyi, *La conoscenza inespressa*, Armando, 1979.

[9] Cass. pen., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, ric. Espenhahn et al., p. 183 («il Collegio ha la consapevolezza che […] sovente le formule della teoria vengono distorte più o meno consapevolmente nella prassi: è il lato oscuro del diritto penale»).

Qualunque pratico del diritto, avvocato, pubblico ministero, giudice, lo sa – anche se difficilmente saprebbe definirlo meglio – ma, cionondimeno, esso è ben noto anche ai teorici del diritto penale, **o almeno ai migliori**, che, però, sono restii a indagare quel fondo.

Anche gli studiosi del diritto penale, o almeno i migliori, sanno perfettamente e da sempre che il loro **– il nostro – discorso poggia su basi malferme**, proprio perché tra parole e significati del linguaggio che usiamo ci sono **zone d'ombra recalcitranti ad ogni razionalizzazione**; sanno – sappiamo – che le colonne portanti sono da tempo in pessimo stato di manutenzione e che al loro posto ci sono sempre più quasi solo **fantasmi concettuali**, ma di rado se ne parla chiaramente.

Questo atteggiamento, di chi sa ma finge di non sapere, noi lo chiamiamo, o lo chiamavamo, **la "cattiva coscienza" del penalista** e di che cosa possa essere il contenuto di falsità di questa coscienza, anch'io, come tutti, ho solo qualche idea che non mancherò di esporre.

Intanto tocca a me l'onere della prova di quel che già tante volte ho scritto, e cioè che il diritto penale indossa una maschera ed è fatto di finzioni.

Ho provato ad adempiere l'onere della prova di quel che ho detto nel mio scritto *Diritto Penale dalla A alla Z*, parlando fin troppo velocemente del catalogo di concetti che costituiscono **altrettanti assiomi che fanno da premessa al discorso giuridico**, e che sono sistematicamente **sottratti a verifiche empiriche e razionali** proprio perché non si può, o meglio, non si vuole, accettare il pericolo che il discorso cada come un castello di carta.

La novità è che **l'ideologia**, cioè la finzione, ormai, **è visibile da tutti**, se lo è a me lo è a chiunque, anche se **quasi nessuno,** comunque, ancora ne vuol parlare.

DPU vorrebbe che i ricordi rimossi nel primigenio inconscio collettivo dell'uomo di ieri, di un lontanissimo ieri, tornino alla coscienza dell'uomo di oggi, per capire se quel che pareva necessario ieri era veramente necessario, e soprattutto lo sia davvero anche oggi.

Il penalista che oggi non abbia il coraggio intellettuale di guardare nel fondo, e di fare questo viaggio, apparirà sempre più, per usare l'espressione del sociologo Bourdieu, «**il custode dell'ipocrisia collettiva**»[10].

Mai come oggi c'è bisogno di un grande e potente illuminismo giuridico!

XVIII.

Materia oscura, energia oscura, cattiva coscienza, saranno compagni onnipresenti in questo viaggio.

Vuol dire che DPU non si occuperà di diritto penale positivo?

Tutto il contrario.

---

[10] P. Bourdieu, *I giuristi, custodi dell'ipocrisia collettiva,* in *Kainos – Rivista di Critica Filosofica*, 9, 2009.

La crisi, come detto, sta nel diritto penale positivo, così come lo intendiamo noi tutti, solo che – questo è il nostro pensiero – essa non può essere colta né risolta stando negli angusti limiti del metodo della scienza giuridica.

Noi auspichiamo che **il diritto penale positivo tragga giovamento da quel che si potrà imparare da queste scorrerie transdisciplinari** che DPU promuoverà alla ricerca di quel che c'è anche se non appare, perché quel che di buono nel diritto positivo vi è ancora sarà più visibile e quel che vi è di cattivo, o che addirittura è già morto, morirà davvero, e per sempre.

È proprio vero, ad esempio, che l'unica funzione del diritto penale è la difesa della società e dei diritti dei suoi cittadini? E se, invece, questa fosse solo la comoda narrazione che facciamo a noi stessi, perché la **passione del punire** conta più di qualunque altra cosa? Che conseguenze trarremo quando ci parrà evidente che questa passione oscura fa da sempre solo **il lavoro sporco nella società** – il giardiniere addetto a levare le erbacce dall'orto, come scriveva Bauman[11] – perché difende i potenti per colpire i deboli sempre per conto dei potenti? Che ne sarà degli **ampollosi ed eleganti giochi di parole del liberalismo penalistico** nell'era della globalizzazione del capitalismo di questi tempi?

Senza un pensiero profondo sulle cose prime e sulle cose ultime, qualunque atto linguistico del Giudice, volto a dare senso alle parole del diritto penale, e a fondare una sentenza di condanna o di assoluzione, è destinato a fallire, cioè a mancare il bersaglio vero (perché ignora quale sia il bersaglio vero!).

Dobbiamo tornare **alle radici profondissime di un grande albero**, affinché chi, oggi, **coglie dall'albero qualche frutto, lo faccia sapendo quel che fa**.

Bisogna **risanare la corruzione** delle regole, lavorando per ridurre la corruzione generale della cultura.

Parlare allora delle cause profonde della crisi del linguaggio del diritto è e non può non essere parte costitutiva di ogni discorso intorno al diritto penale, e quel che chiamiamo oggi, restrittivamente, "diritto penale", cioè le proposizioni linguistiche che si trovano nel Codice, **sono solo una parte** e spesso nemmeno la più importante del diritto penale.

DPU, forse anche più di molte riviste che sono oggi le voci della attuale scienza del diritto, merita di chiamarsi – se sarà all'altezza dell'immenso compito cui si trova di fronte – una rivista di scienza del diritto penale.

[11] Z. Bauman, *Vite che non possiamo permetterci,* Laterza, 2011, pp. 107-108.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

Salute mentale e detenzione: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 99 del 19 aprile 2019 spazza via l'inspiegabile divergenza di cura tra le persone detenute che si trovano in stato di grave infermità fisica e quelle affette da gravi patologie psichiatriche

di Antonella Calcaterra

***Abstract**. La riforma perfezionatasi nel 2015 con la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e con la trasformazione della disciplina delle misure di sicurezza aveva lasciato scoperta la tutela giudiziaria delle persone colpite da patologie psichiatriche sopravvenute. Si è assistito ad una regressione trattamentale, per il venir meno di un controllo giurisdizionale, e ad un'assenza di soluzioni di cure. In totale divergenza con la tutela garantita alle persone in stato di grave infermità fisica e con i principi secondo cui il carcere non cura, ma aggrava e riacutizza.*

SOMMARIO: 1. Cosa è successo? – 2. Evoluzione storica della riforma in tema di cura dei pazienti psichiatrici autori di reato e il problema residuo. – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2019. – 4. Cosa resta da fare.

1. Cosa è successo?

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 99 del 2019, pubblicata il 19 aprile 2019, ha dato un importantissimo contributo alla "risurrezione" del diritto alla tutela della salute delle persone con problemi di malattia mentale detenute nelle nostre carceri.

(cc) BY-NC-ND

Un termine forte che si addice al giorno del deposito di una pronuncia attesa da mesi e che ben rispecchia l'importanza della decisione. Almeno per chi si dibatteva da tempo nelle strettoie di un ordinamento che, di fatto, non consentiva una soluzione giuridica e un percorso che assicurasse la cura ai detenuti con problematiche psichiatriche sopravvenute e intercettate durante la detenzione in carcere. Non poche persone[1].

Una pronuncia che si pone in linea con un percorso di riforma iniziato nel 2011 e conclusosi, almeno nella sua parte più importante, nel 2014, quando con la legge n. 81/2014 il Parlamento decise la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) al 31 marzo 2015[2]. Data poi non prorogata ulteriormente.

Una riforma epocale andata ad incidere non solo sui luoghi di cura, ma sulla disciplina complessiva delle misure di sicurezza e che ha introdotto un sistema di cura basato sulla inclusione territoriale e sociale del paziente e non più sulla espulsione dei "matti" in quanto "pericolosi".

Residuava però un problema consistente nell'assenza di analoga tutela per chi non era stato intercettato nella fase processuale e non risultava destinatario di misura di sicurezza.

Di fatto, avevamo un sistema che da un lato garantiva un'assistenza e una cura ispirata a principi di deistituzionalizzazione inserita nella cornice giuridica di una misura di sicurezza che deve essere per lo più non detentiva e, dall'altro, non consentiva null'altro se non la cura in regime carcerario a chi invece aveva una problematica psichiatrica "sopravvenuta".

Giuridicamente parlando i cosiddetti "148" del codice penale[3]. Persone senza tutela di cura.

Problema che non è sfuggito a operatori sanitari, giudiziari e neppure ad una Corte Costituzionale attentissima ai diritti fondamentali delle persone. Era però completamente sfuggito

---

[1] Si leggano, a titolo esemplificativo: *Cass. pen., Sez. I, sent. n. 15531 del 12.10.2017, dep. Il 06.04.2018*; *Cass. pen., Sez. I, ord. n. 13382 del 23.11.2017*, per il cui testo cfr. *La detenzione domiciliare come modalità di esecuzione della pena nei confronti di soggetti imputabili affetti da patologia psichica: la questione alla Corte costituzionale (in attesa del legislatore?)* in *Diritto penale contemporaneo*, 4 aprile 2018. Propone un'applicazione analogica *in bonam partem* della disciplina *ex* art. 147 c.p. alla fattispecie della grave malattia psichica *Trib. Sorv. Messina, 28.02.2018, Pres. Mazzamuto, Est. Lino*, per il cui testo cfr. *Esecuzione della pena e infermità psichica sopravvenuta: il tribunale di sorveglianza di Messina imbocca la via dell'interpretazione conforme a Costituzione e applica la detenzione domiciliare*, in *ivi*, 14 maggio 2018.

[2] I provvedimenti che si sono succeduti sono: legge 17 febbraio 2012, n. 9, legge 23 maggio 2013, n. 57, legge 30 maggio 2014, n. 81. Provvedimenti legislativi che, oltre a sancire il termine di chiusura del OPG, hanno via via regolamentato la disciplina delle misure di sicurezza e introdotto disposizioni volte a regolamentare e disciplinare gli obblighi delle Regioni ed una corretta attività che fosse funzionale ad una buona applicazione della riforma.

[3] L'art. 148 c.p. prevede quanto segue: «se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un manicomio giudiziario, sia ricoverato in un manicomio comune se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale, o professionale, o di delinquente per tendenza.
La disposizione precedente si applica anche nel caso in cui, per infermità psichica sopravvenuta, il condannato alla pena dell'ergastolo deve essere ricoverato in un manicomio giudiziario.
Il provvedimento di ricovero è revocato, e il condannato è sottoposto alla esecuzione della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento».

al legislatore che nel recente intervento di riforma ha ignorato le indicazioni precise arrivate dalle commissioni di riforma[4].

2. Evoluzione storica della riforma in breve e passaggi critici.

La chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari è avvenuta formalmente il 31 marzo 2015. Da quel momento questi luoghi «di autentico orrore»[5] sono stati sostituiti con le cosiddette «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» da realizzarsi in ogni Regione e secondo i criteri contenuti nel *Decreto del Ministro della Salute in concerto con il Ministro della Giustizia – 1° ottobre 2012*[6].

Alcune Regioni furono commissariate per la loro totale inerzia, ma grazie al lavoro del commissario straordinario Franco Corleone[7] oggi quasi tutte le Regioni, eccezion fatta per Valle d'Aosta, Molise e Umbria, sono dotate di Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems)[8].

Il 31 marzo 2015 rappresenta una data significativa e storicamente importante: un passaggio normativo che focalizza finalmente l'interesse prioritario sul malato e sulla rilevanza dei progetti di cura individuali. Furono sanciti i principi della priorità della cura territoriale e dell'inclusione sociale delle persone[9].

Tuttavia la medesima data ha rappresentato un problema per i detenuti in espiazione di pena ai sensi dell'art. 148 c.p., vale a dire per quei detenuti nei confronti dei quali, alla luce appunto della gravità delle condizioni psicopatologiche sopravvenute tali da impedire l'esecuzione della pena, era disposto il ricovero in OPG, perché essi proprio dagli OPG furono tutti trasferiti negli istituti detentivi.

Il loro luogo di cura di riferimento (ammesso che prima fosse tale l'OPG) altro non poteva essere che il carcere. Le cosiddette «articolazioni per la salute mentale»[10], ove dovevano essere destinate le persone, in molte Regioni non esistevano e in ogni caso altro non erano che un reparto del carcere.

Problema che non rimase inosservato.

---

[4] Si leggano, per ulteriori approfondimenti, i lavori della Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie: v. *Riforma della sanità penitenziaria e delle pene accessorie: la proposta della Commissione Pelissero*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 febbraio 2018.

[5] Il presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, nel discorso di fine anno del 2012 aveva definito gli Ospedali psichiatrici giudiziari «autentico orrore indegno di un paese appena civile».

[6] Cfr. il testo del Decreto del Ministro della Salute in concerto con il Ministro della Giustizia 1° ottobre 2012, recante *Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 270 del 19 novembre 2012.

[7] Cfr. la *Relazione finale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG),* del 17 febbraio 2018, accessibile a questo *link*.

[8] Sul punto, v. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2019*, Quintly, 2019, p. 166.

[9] Con tale riforma «si passa da un modello di cura istituzionalizzante dentro un sistema di misure di sicurezza per lo più detentive ad un modello di trattamento personalizzati espirato a paradagmi riabilitativi ed inclusivi all'interno di un sistema di misure di sicurezza non detentive, salvo che in ipotesi caratterizzare da eccezionale gravità». Così A. Calcaterra, *La riforma delle misure di sicurezza e il necessario ripensamento del percorso di cura*, in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 79.

[10] Cfr. Nota n. 0066342-2015 del 24.02.2015 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento Ufficio VI, p. 2.

Il Tavolo 10 degli Stati generali dell'esecuzione penale, di cui chi scrive ha fatto parte, elaborò una proposta di riforma che superasse l'evidente assenza di tutela alla salute per i condannati portatori di problematiche psichiatriche con revisione degli artt. 147[11] e 148 c.p. e «adeguamento dell'art. 47 *ter* o.p., onde consentire una equiparazione dei rimedi di cura previsti per chi è affetto da grave patologia fisica e chi è affetto da grave patologia psichiatrica»[12].

In caso di «grave infermità fisica» opera infatti il meccanismo basato sull'art. 147 c.p., che consente il rinvio ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena ovvero, per effetto del richiamo operato dall'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, o.p., della detenzione domiciliare; nell'ipotesi invece di «infermità psichica sopravvenuta» l'art. 148 c.p., dopo la chiusura degli OPG, altro non consentiva se non la permanenza dei detenuti in regime detentivo (in apposite sezioni per infermi psichici).

Risposta che oltre a presentare un'evidente e ingiustificata disparità tra portatori di problemi fisici e portatori di problemi psichiatrici, si scontrava con i principi che ispirano la nuova disciplina delle misure di sicurezza introdotta con la legge n. 81/2014, che favorisce, in ragione della loro maggiore efficacia in termini di cura rispetto a quelle detentive, il ricorso alle misure non detentive nei confronti delle persone affette da problematiche psichiatriche.

Da qui la proposta di ampliamento dell'ipotesi prevista dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. fino a ricomprendere anche le «condizioni di grave infermità psichica», consentendo così il differimento dell'esecuzione ovvero l'espiazione della pena anche nelle forme alternative della detenzione domiciliare, senza distinzione a seconda della tipologia (fisica o psichica) di grave malattia con conseguenziale la proposta abrogativa dell'art. 148 c.p.[13].

Analoga proposta arrivò dalla c.d. "Commissione Pelissero" istituita il 19 luglio 2017 ed incaricata di elaborare il progetto per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico[14].

Il resto è storia.

Nessuna di queste proposte è stata recepita dai decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 123 e n. 124 di riforma dell'ordinamento penitenziario, ancora una volta mostrando una totale miopia della politica rispetto ai problemi evidenziati da tutti gli operatori tecnici operanti sul campo. Anche il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute in sede di parere affrontava con tono critico questo mancato intervento[15].

---

[11] Si rammenta che l'art. 147 c.p. prevede che: «l'esecuzione di una pena può essere differita:
1) se è presentata domanda di grazia, e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'articolo precedente;
2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica;
3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.
Nel caso indicato nel numero 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata. Nel caso indicato nel numero 3) del primo comma il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre».

[12] Si veda la relazione finale del Tavolo 10 degli Stati generali dell'esecuzione penale denominato "Salute e disagio psichico", p. 3.

[13] *Idem*, p. 4.

[14] Per consultare il testo della relazione della *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, presideuta dal prof. Marco Pelissero, si rinvia a *Riforma della sanità penitenziaria e delle pene accessorie: la proposta della commissione Pelissero*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 agosto 2018.

[15] Cfr. il parere del garante nazionale sul decreto legislativo recante «riforma dell'ordinamento penitenziario» (legge delega n. 103 del 2017) ai sensi dell'articolo 19 lettera c del protocollo: «resta del tutto aperta la questione dell'assenza di un qualsiasi

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Di nuovo, e più recentemente, il Comitato nazionale per la bioetica nelle raccomandazioni pubblicate il 22 marzo 2019 in tema di «salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere» ha evidenziato il nodo controverso e delicato che «riguarda i condannati e già reclusi cui venga riscontrato un disturbo psichiatrico grave durante la detenzione» specificando che la mancata inclusione nell'art. 147 c.p. dell'ipotesi di "infermità psichica" impedisce di fatto di «allargare la possibilità di sospensione ai soggetti con malattia psichiatrica, causando una discriminazione lesiva del principio di uguaglianza e del diritto alla tutela della salute»[16].

Il Comitato mette in chiara luce il «paradosso della sopravvivenza dell'art. 148 c.p. dopo la chiusura dell'OPG» che dovrebbe indurre «a riflettere»[17].

Riflessione, come si è visto, ignorata dalla politica, ma non dal Giudice delle Leggi ed ancor prima dai giudici della Suprema Corte di Cassazione, sezione 1 penale, che con l'ordinanza 22 marzo 2018 avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 2, 3, 27, 32 e 117 Costituzione, in relazione all'art. 3 convenzione CEDU, dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, o.p. «nella parte in cui detta previsione di legge non preveda l'applicazione della detenzione domiciliare anche nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena»[18].

3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 99 del 2019.

Ancora una volta il Giudice delle leggi con apprezzabile rigore e puntualità interviene sul tema rimasto privo di tutela giuridica in modo da assicurare la cura, il più conforme possibile ai principi sanitari vigenti, alle persone detenute con problematiche psichiatriche.

Viene spazzata via quell'evidente disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 della Costituzione tra chi soffre di una grave infermità fisica e chi invece è portatore di una patologia psichiatrica, per il quale l'unica vera cura garantita era in carcere, ossia nel luogo ove sono acuite le sofferenze e che rappresenta la negazione «del paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale»[19].

«La malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute *ex* art. 32 Cost., di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela», scrivono i

---

intervento per ridefinire la tutela del disagio e dell'infermità mentale di persone ristrette in carcere in quanto detenute e non internate (per le quali si dovrebbe provvedere con le REMS). Tali situazioni, nella loro varietà, vanno dal periodo di accertamento alla necessità di un trattamento terapeutico fino all'eventualità del rinvio facoltativo dell'esecuzione penale. Riguardo a quest'ultimo punto, l'inconsistenza logica dell'attuale situazione che di fattosi è determinata dà esiti e sviluppi decisionali differenti per le infermità fisiche e per quelle psichiche (artt. 147 e 148 c.p.). Una situazione che faceva ritenere inderogabile l'inserimento di una norma specifica nel testo di questo decreto» (p. 4). Il Garante nazionale invita, quindi, a riflettere sulla necessità di introdurre una norma in tale direzione.
«Il punto l della legge di delega indica inoltre di tenere conto, nel quadro della ridefinizione delle disposizioni relative alla tutela della salute in carcere, della "necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena". Il testo proposto non affrontando tale aspetto, lascia una drammatica situazione invariata, attualmente anche evidenziata dall'alto numero di autolesionismo e tentati suicidi, portati all'esito finale a ritmo più che settimanale, e, sul piano formale, determina una carenza di esercizio di delega» (*ibidem*).

[16] Si veda il testo del documento, accessibile a questo *link* (p. 13).

[17] *Ibidem.*

[18] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 22 marzo 2018, ric. Montenero, p. 16.

[19] Corte Cost, sentenza n. 99 del 20.02.2019, dep. il 19.04.2019, par. 3.1.

giudici, anche sottolineando che «soprattutto le patologie psichiche possono aggravarsi e acutizzarsi proprio per la reclusione: la sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate, sì da determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale»[20].

La ricostruzione prospettata dalla Corte di cassazione, osserva il Giudice delle leggi, è condivisibile laddove evidenzia che l'evoluzione dell'ordinamento che ha nei fatti svuotato di ogni contenuto l'art. 148 c.p., dedicato proprio ai casi di «infermità psichica sopravvenuta al condannato», non senza porre l'accento sulla arretratezza di contenuto dell'art. 148 c.p. che «riflette un approccio alla malattia mentale tipico dell'epoca in cui fu scritto bastato sull'internamento» e che non appare adeguato al «cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale che può riassumersi nel passaggio dalla mera custodia alla terapia»[21].

Da qui il doveroso intervento «per rimediare alla violazione dei principi costituzionali denunciata dal giudice rimettente, di modo che sia da subito ripristinato un adeguato bilanciamento tra le esigenze della sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27, terzo comma, Cost.), meno che mai un detenuto malato»[22].

La Corte Costituzionale ha ritenuto fondata la questione dando atto che il quadro normativo vigente non consentiva ai detenuti affetti da grave infermità psichica sopravvenuta con un residuo di pena superiore ai quattro anni alcun accesso a forme di esecuzione di pena alternativa ala detenzione.

E conseguentemente ha accolto la questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice rimettente e ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter* o.p., nella parte in cui non consente che la detenzione domiciliare umanitaria sia disposta anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta»[23].

Con la precisa indicazione che non si tratta di una «"misura alternativa alla pena" ma una pena "alternativa alla detenzione" o, se si vuole, una "modalità di esecuzione della pena", sottolineando come essa debba essere sempre accompagnata da «prescrizioni limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale»[24]. Il richiamo all'art. 47 *ter*, comma 4 o.p. riporta al contenuto di una misura che dovrà essere articolato a seconda delle esigenze di cura e di tutela delle persone offese sulla base di una attenta valutazione della situazione rimessa al Magistrato di sorveglianza che dovrà essere coadiuvato dai servizi di cura competenti.

L'intervento della Corte Costituzionale è conseguenziale, ancora una volta, ad una persistente inerzia del legislatore. Già con la sentenza n. 111 del 1996 la Corte: «…preso atto dell'insoddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta alla condanna, ha richiamato il legislatore a «trovare una equilibrata soluzione» che garantisca ai

[20] *Idem*, par. 4.1.
[21] *Idem*, par. 3.1.
[22] *Idem*, par. 4.3.
[23] *Ibidem.*
[24] *Idem*, par. 5.1.

condannati affetti da patologie psichiche «la cura della salute mentale – tutelata dall'art. 32 della Costituzione – senza che sia eluso il trattamento penale»[25].

A distanza di tanti anni, tale richiamo è rimasto inascoltato.

Come pure, stigmatizza la Corte: «è rimasta incompiuta quella parte della delega disposta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario), relativa ai detenuti malati psichici, volta a garantire loro adeguati trattamenti terapeutici e riabilitativi anche attraverso misure alternative alla detenzione, oltre che attraverso la creazione di nuove strutture sanitarie interne al carcere. L'istituzione delle Rems introdotte dalla riforma non è di rimedio alla lacuna che si è venuta a creare in seguito alla chiusura degli OPG»[26].

Insomma un intervento doveroso, necessario e conseguenziale, ancora una volta, all'inerzia di chi avrebbe dovuto elaborare un assetto normativo coerente nel suo insieme e ispirato a principi di cura ormai consolidati. Il riferimento è esplicito alla chiusura degli ospedali psichiatrici civili, ormai risalente a 40 anni fa, e ad un paradigma di cura ormai completamente differente.

4. Cosa resta da fare.

Ora abbiamo un complesso di norme che in maniera armonica garantisce percorsi di cura a tutte le persone con problemi mentali che entrano nel circuito penale, siano esse intercettate prima, e quindi destinatarie di misure di sicurezza, siano esse detenuti con patologie sopravvenute. Misure di sicurezza non detentive, quali la libertà vigilata nella forma territoriale o comunitaria, detenzione domiciliare prevista dall'art. 47, comma 1, lett. c) o.p., detenzione domiciliare "umanitaria" o "in deroga" di cui all'art. 47 *ter*, comma 1 *ter* o.p. per le pene superiori a 4 anni.

Un complesso di norme in linea con le indicazioni del parere del Comitato nazionale per la bioetica e con i principi portati dalla psichiatria attuale.

Non ci resta, conseguentemente, che farne buon uso.

La Corte Costituzionale ha smussato gli ultimi spigoli di un processo legislativo che, partendo dalla denuncia pubblica dei luoghi di «autentico orrore»[27], ha attribuito diritti e dignità ad esseri umani da molti considerati «vite da scarto»[28].

Il percorso in atto, tuttavia, è ancora lento e non senza contraddizioni. Non può passare inosservato che il CSM abbia emesso due risoluzioni consecutive per sollecitare la buona applicazione dei principi della riforma e la realizzazione di protocolli tra i soggetti che devono occuparsi a vario titolo dei percorsi di cura delle persone[29].

---

[25] Corte Cost, sentenza n. 111 del 28.03.1996, dep. il 12.04.1996, par. 4.
[26] Corte Cost, sentenza n. 99 del 20.02.2019, cit., par. 3.2.
[27] Cfr., *supra*, nota n. 5.
[28] Si legga A. Pugiotto, *La follia fuori dal carcere, la sentenza della Consulta*, in *Il Manifesto*, 23 aprile 2019.
[29] Cfr. la Delibera del CSM del 19 aprile 2017, recante *Direttive interpretative ed applicative in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), di cui alla legge n. 81 del 2014*, e la Risoluzione del CSM del 24 settembre 2018, recante *Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche*.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Tuttavia è da dire a chiare lettere che, pur residuando in alcune Regioni molte resistenze, occorre che vengano messe a disposizioni risorse e che il sistema sanitario venga dotato di persone (psichiatri, educatori e assistenti sociali) e di luoghi di accesso a cure efficaci.

Senza i quali il sistema faticherà a perdere la logica ancora diffusa ispirata al "tenere chiuse" persone con problematiche mentali.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

L'autopoiesi di legittimità

Note (critiche) a Cass. Sez. VI, n. 9438/2019

di Michele Passione

***Abstract**. La sentenza oggetto del presente contributo affronta due questioni.*

La prima riguarda il raffronto tra i criteri generali per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari (i quali, ai sensi dell'art. 278 c.p.p., fanno riferimento alla cornice edittale prevista per ciascuna fattispecie, consumata o tentata) e quelli previsti, in particolare, per l'applicabilità della custodia cautelare in carcere (ancorati, ex art. per 275, comma 2 bis c.p.p., alla valutazione sulla pena che concretamente potrà essere irrogata).

La seconda questione concerne le disposizioni di cui al medesimo art. 275, comma 2 bis c.p.p., in rapporto a quanto previsto dall'art. 656, co. 5 c.p.p., così come di recente modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 41 del 2018, dove di regola è possibile sospendere l'esecuzione della pena anche quando il residuo della pena detentiva è superiore a quattro anni.

Entrambe le questioni hanno origine da una vicenda che concerne un duplice episodio di evasione commesso dal ricorrente nell'arco della stessa giornata e la sentenza di legittimità qui esaminata riguarda la valutazione adottata dal Tribunale di Sorveglianza di Reggio Calabria, con riferimento alla regola del giudizio cautelare.

L'analisi che in questa sede viene effettuata verte sulla ricostruzione esegetica offerta dalla Suprema Corte, delineandone la comune matrice euristica, che qui si intende criticare.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un diritto penale dell'Uomo, o un diritto penale e l'Uomo? – 3. Agire con "cautela". – 4. La questione di legittimità costituzionale. – 5. Giù dalla *turris eburnea*.

BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Non è la risposta ciò che conta: è la domanda.
Forse non saremo mai in grado di trovare una risposta
definitiva e assoluta ad alcuna domanda.
Nel corso dell'evoluzione della scienza ogni risposta implica una nuova domanda.
Ciò che la scienza ci insegna non è forse altro che questo: porre domande.

H. Kelsen, Origins of Legal Institutions

1. Premessa.

Con la **sentenza emessa il 29 gennaio 2019, n. 9438**, la **Corte di Cassazione** ha respinto il ricorso proposto dall'indagato articolato in un unico motivo, ritenendo legittima l'applicazione, in sede di merito, della misura cautelare della custodia in carcere (*ex* art. 285 c.p.p.) disposta sulla base di un giudizio prognostico formulato dal primo giudice circa la irrogazione di una pena detentiva superiore ad anni tre di reclusione.

La richiamata valutazione ha considerato a tal fine (anche) il *quantum* di pena irroganda derivante dall'aumento per la continuazione, in violazione dell'art. 278 c.p.p.[1].

Quest'ultima disposizione, infatti, nel prevedere che «agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato», fa espresso divieto (quale regola generale, salvo alcune eccezioni, previste dall'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p.) di tener conto, nell'ambito della predetta valutazione, della continuazione[2].

Analogamente, con la stessa sentenza la sesta sezione della Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità prospettata dal ricorrente, avente ad oggetto il mancato raccordo tra il citato art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. – che, tra l'altro, esclude l'applicabilità della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni[3], e l'art. 656 co. 5 c.p.p.[4], come modificato dalla sentenza n. 41 del 2018 della Corte Costituzionale, che ha elevato da tre a quattro anni il *quantum* di pena massimo da espiare, anche in residuo, in presenza del quale il pubblico ministero è tenuto a sospendere l'ordine di carcerazione (salve le eccezioni espressamente previste)[5].

2. Un diritto penale dell'Uomo, o un diritto penale e l'Uomo?

Muovendo da questo apparente distinguo (ossia dalla distinzione tra un diritto penale dell'Uomo o un diritto penale e l'Uomo) prende le mosse il presente contributo, misurandosi con una decisione che, per usare le parole che si leggono nella premessa di presentazione della neonata

---

[1] L'art. 278 c.p.p., «Determinazione della pena agli affetti dell'applicazione delle misure», stabilisce che agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato.
[2] Ai sensi della citata norma, infatti, «non si tiene conto della continuazione (81 c.p.), della recidiva e delle circostanze del reato (59 ss. c.p.), fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n.4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle a effetto speciale».
[3] L'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. stabilisce letteralmente che «non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena».
[4] L'art. 656 co. 5 c.p.p. dispone che «se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni (quattro, *ex* sentenza n. 41 del 2018 della Corte Costituzionale) […] il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione».
[5] Le eccezioni sono indicate dall'art. 656 co. 7 e 9 c.p.p., tra cui, in sintesi: quando la sospensione dell'esecuzione della pena per la stessa condanna è già stata concessa (co. 7); quando il soggetto è stato condannato per reati ostativi; quando la persona, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trova in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva.

Rivista, sembra distanziarsi dall'essere umano, dalle conseguenze del suo agire, proponendo una lettura di diversi istituti processuali che trascura le evidenti connessioni logiche tra essi esistenti.

In questo senso, possiamo qui anticipare come le denunciate aporie dipendano in qualche misura dall'estromissione dell'Uomo, che lungi dal collocarsi in semplice congiunzione al diritto, ad esso collaterale, dovrebbe costituirne sempre l'oggetto, per la soggettività che lo contraddistingue. Un Diritto Penale dell'Uomo, appunto, che anteponga i principi alle regole (che ad essi devono conformarsi), onde evitare che siano queste a prevalere, relegando i primi a meri limiti esterni, piuttosto che a fondamenta del Diritto.

3. Agire con "cautela".

Con unico motivo di ricorso dedotto, come già anticipato, il ricorrente ha denunciato la violazione di legge in relazione all'art. 275, comma 2 *bis* c.p.p. (il quale, come detto, fa divieto al giudice di disporre la misura cautelare in carcere laddove ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni), dal momento che il giudice di merito, nell'applicare la misura di cui all'art. 285 c.p.p. nei confronti dell'indagato, avrebbe tenuto conto, tra l'altro, dell'aumento di pena derivante dalla continuazione, in violazione del disposto dell'art. 278 c.p.p.

In relazione alla stessa disposizione, con il ricorso era stata altresì sollevata questione di legittimità costituzionale nella parte in cui l'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. aggancia il giudizio prognostico sulla pena al limite di tre anni, anziché a quattro. La questione era stata sollevata in relazione alla previsione di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p., così modificato dalla sentenza Corte cost. n. 41 del 2018, che fissa in quattro anni il quantum di pena residua per la quale scatta l'obbligo di sospendere l'ordine di carcerazione.

I due profili, pur intimamente connessi, verranno partitamente esaminati, e si darà conto di un'orditura esegetica che appare giuridicamente confutabile, poiché omette di compiere una valutazione sistemica, analizzando la norma processuale con quelle cui fa rimando e, accomunando i due aspetti vagliati, sembra ignorare il *favor* sotteso alle norme in questione.

Secondo la Corte di legittimità, la prognosi *quod poenam* che il giudice della cautela deve adottare per disporre la misura cautelare della custodia in carcere è del tutto sganciata dai criteri dettati dall'art. 278 c.p.p., dovendo riferirsi a «il diverso piano della valutazione della gravità in concreto dei reati in riferimento alla unitaria e complessiva considerazione di tutti i reati e di tutte le altre circostanze, oggettive e soggettive, che incidono sulla pena che in concreto si prevede sarà irrogata all'esito del giudizio».

Nel contrapporre il giudizio concreto, previsto *ex* art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. per la prognosi sulla pena irroganda («può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni»), alla valutazione in astratto, *ex* art. 278 c.p.p., per i criteri regolatori generali per l'applicazione delle misure cautelari («agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato»), sembrerebbe, ad una prima sommaria lettura, che i giudici di legittimità abbiano preso in considerazione l'agito criminale nella sua interezza (dunque, abbiano tenuto conto anche della continuazione, elemento viceversa precluso dalla regola generale posta dall'art. 278 c.p.p.), apparentemente ritagliando la prognosi su un modello maggiormente pertinente rispetto alla decisione da assumere.

L'impressione è fuorviante, poiché l'utilizzo di questo parametro (la continuazione tra i due delitti di evasione), pur tenendo conto della concreta azione delittuosa posta in essere, si rivela contrario alle disposizioni di legge.

Così facendo, infatti, si finisce col tradire le disposizioni generali indicate al Libro IV, Titolo I, Capo I, del codice di rito (quelle relative alle misure cautelari), come se l'abito da indossare venisse cucito con materiali proibiti. Evidente la contraddittorietà dell'assunto, poiché si consentirebbe di fare in concreto ciò che la regola generale vieta.

A sostegno della propria lettura del combinato disposto, ancora, viene citata una pronuncia inconferente, giacché riferibile a tutt'altro segmento processuale. Ed infatti, la decisione richiamata (Cass. pen. sez. I, 9 gennaio 2014, n. 6613), come ammesso dalla stessa Corte, concerne un caso di determinazione del termine di fase cautelare, ai sensi dell'art. 303, comma 1, lett. c) e d) c.p.p.[6], «allorché vi sia stata sentenza di condanna, in primo o in secondo grado».

Com'è ovvio, l'eccentricità del raffronto emerge dal fatto che, in tal caso, non ci si muove più in un ambito prognostico (la pena che verrà irrogata), per la cautela da assumere, ma si utilizzano criteri diversi da quelli contenuti nell'art. 278 c.p.p., dovendosi riferire il termine di fase cautelare alla pena complessivamente inflitta in concreto, unitariamente quantificata a seguito di eventuale cumulo materiale o giuridico. Nel caso in cui sia già intervenuta una sentenza di condanna (di primo o secondo grado), non avrebbe infatti senso operare un giudizio prognostico, che ponga in relazione la durata della misura cautelare in carcere con quella che si assume poter essere la pena prevista per detta ipotesi di reato, dal momento che il giudice ha già stabilito la sanzione per il delitto commesso.

Del resto, l'indirizzo giurisprudenziale a sua volta richiamato nella pronuncia appena citata, proveniente in questo caso dalle Sezioni Unite (Cass. pen., sez. un. 31 maggio 2007, n. 23381), si riferisce a tutt'altra situazione, nella quale, «per premessa stipulativa, sussiste un titolo legittimante la privazione della libertà personale». In tali casi, infatti, il legislatore ha previsto che ci si debba riferire alla pena irrogata, e non più edittalmente prevista, «e ciò tenendo conto dell'affievolirsi via via della presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost., co. 2)[7], e al dichiarato scopo di adeguare la durata della fase all'effettiva ritenuta gravità del fatto e alla pericolosità dell'imputato».

Che i casi siano ontologicamente diversi lo chiariscono, del resto, le stesse Sezioni Unite nella sentenza appena citata, laddove affermano che «a seguito della modifica apportata dal d.l. n. 292 del 1991 al testo dell'art. 303 c.p.p. il portato del precedente art. 278 c.p.p., diretto a dettare i criteri per accertare la pena stabilita dalla legge per ciascun reato agli effetti dell'applicazione della misura cautelare, è estraneo al problema del termine di fase a seguito della decisione di primo grado, dato che detto termine si ragguaglia, oggi, alla condanna inflitta, e non alla pena prevista in astratto». Parole chiare.

Come si vede, dunque, la sentenza in oggetto appare criticabile per una valutazione compiuta in dispregio del dovuto rispetto alle disposizioni generali in materia cautelare, tanto più

[6] L'art. 303 co.. 1, lett. c) e d) c.p.p., disciplina i termini di custodia cautelare massima per fase, da computarsi rispettivamente dalla pronuncia della sentenza di condanna di primo grado o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia, sino alla sentenza di condanna in grado di appello (lett. c), e dalla pronuncia della sentenza di condanna in grado di appello o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia, sino alla sentenza irrevocabile di condanna (lett. d).

[7] L'art. 27 co. 2 Cost. precisa che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

necessario in presenza di un bene (la libertà personale dell'essere umano) costituzionalmente tutelato.

4. La questione di legittimità costituzionale.

Risolta (?) così la questione proposta con il primo motivo di ricorso dedotto, la Corte ritiene di non sollevare la questione di legittimità prospettata dal ricorrente, non essendovi «alcuna necessaria correlazione tra il limite di pena superiore ad anni tre considerato ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere dall'art. 275, co. 2 *bis* c.p.p. e quello non superiore a quattro anni, previsto per la sospensione dell'esecuzione della condanna dall'art. 656 co. 5 cod. proc. pen.».

La sopra indicata aporia assumerebbe «al più l'effetto di un mero difetto di coordinamento, cui il legislatore non ha inteso porre rimedio, ma non anche lesivo dell'art. 3 Cost, non essendo ravvisabile nel trattamento normativo differenziato alcuna irragionevolezza».

Non è così[8].

Ed infatti, per il parallelismo che si impone, è sufficiente richiamare il preambolo del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni in l. 11 agosto 2014, n. 117**, nel quale si dava atto della «straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2** *bis* **dell'articolo 275 di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva».**

Non è dunque possibile separare i due istituti, evidentemente connessi (tanto da aver comportato modifiche legislative con decretazione di urgenza).

La questione proposta a suo tempo dal remittente, la quale ha portato il Giudice delle leggi alla pronuncia n. 41 del 2018, non ha consentito alla Corte di decidere in via consequenziale, *ex* art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87[9], anche in merito al comma 2 *bis* dell'articolo 275 c.p.p.; tuttavia (e, anzi, a maggior ragione) ciò rafforza la ragione del nuovo interpello, essendo il riferimento a tre anni, posto nell'art. 275, comma 2 *bis,* c.p.p., ormai privo di senso.

Come rispetto al primo punto devoluto, anche sotto questo profilo la Corte si chiude ad una valutazione sistemica[10], mostrandosi insensibile ad un'analisi imposta (anche) dal *novum* costituzionale.

---

[8] Sia consentito un rimando a M. Passione, *La Consulta riallinea l'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova: uno sguardo prospettico per nuovi e diversi scenari*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1/2019, pp. 57 ss.; cfr. anche F. Trapella, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 6/58, 2018, pp. 1924 ss.; M. Cherubini e A. Mingione, *Incostituzionalità dell'art. 656, c. 5, c.p.p. e ricadute in materia cautelare: liberi (quasi) tutti dopo la sentenza n. 41/2018 della Corte Costituzionale?*, in *Giur. pen. web*., 3, 2018; D. Vicoli, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, LXIII, 2018, pp. 500 ss.

[9] Ai sensi del quale la Corte, quando accoglie la questione di legittimità costituzionale, dichiara quali sono le altre disposizioni legislative, oltre a quella oggetto del ricorso, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione.

[10] Cfr. S. Lorusso, *Il diritto alla motivazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 novembre 2018, ove l'Autore, a proposito della complessità dei percorsi motivazionali, parla di «una giuridicità relegata nell'angolo. Quasi un orpello la cui valenza appare sempre più autoreferenziale» (p. 6).

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

5. Giù dalla *turris eburnea.*

I due percorsi argomentativi sopra citati appaiono contraddistinti da una stessa matrice – che nega l'esistenza di una connessione tra gli istituti in questione – laddove il sistema giuridico (ed in particolare la procedura penale) deve invece sempre aprirsi al confronto con la Costituzione, pena l'auto-referenzialità.

Un sistema giuridico, cioè, che dovrebbe essere il più possibile pronto a schiudersi alle contaminazioni ed alle conseguenze delle regole che si autoassegna, sì da conferire ad esse la massima espansione, riferibile ai bisogni concreti dell'Uomo[11]. Un sistema giuridico problematico, cha abbia la capacità di tornare su se stesso, scartare di lato, riassestarsi, misurarsi con la realtà, guidato dalla ragionevolezza[12].

La settorialità distrugge; dipanare argomenti, la matassa, trovare concatenazioni, percorsi sovrapposti. Questo serve, a un moderno Diritto penale: «i collegamenti e i dintorni, soprattutto l'insieme»[13].

[11] F. Scamardella, *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in www.i-lex.it, Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale, dicembre 2011, n. 13-14, pp. 199 ss.: «è da questo nuovo modo di conoscere il diritto che si produce il vero diritto […] un diritto che si riflette e si conosce nei sistemi sociali […], ma […] anche un diritto che riflette proprio quei sistemi sociali da cui si lascia pervadere», sostiene l'Autrice (pp. 212-213).
[12] Cfr. F. Viola, *Identità e comunità: il senso morale della politica*, Vita e pensiero, 1999, p. 129, ove si afferma che «non basta sostenere che il diritto positivo deve essere sottoposto al sindacato della ragionevolezza, ancor più si deve dire che il diritto è ragionevolezza».
[13] M. Nobili, *L'immoralità necessaria*, il Mulino, 2009, p. 295.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

Nessuno può essere diverso da quello che è

di Wolf Singer

Titolo originale: *Keiner kann anders, als er ist*, in *Frankfurter Allgemeine*, 8 gennaio 2004.

***Abstract**. Secondo Wolf Singer, Direttore dell'Istituto Max Planck di Francoforte per la Ricerca sul cervello, tutto ciò che pensiamo e facciamo si spiega tramite i processi neuronali: dovremmo smettere di parlare di libertà.*

SOMMARIO: 1. Argomentazioni bio-evolutive. – 2. Come arriva la conoscenza nella nostra testa. – 3. Atti mentali su base neuronale. – 4. Diverse forme di conoscenza. – 5. Fondamenti neuronali dei processi decisionali. – 6. Principi sempre uguali. – 7. Processi consapevoli e inconsapevoli. – 8. Apprendimento tardivo. – 9. Decisioni libere e non libere. – 10. Una risposta plausibile. – 11. Un punto di vista più umano? – 12. Difesa tramite privazione della libertà.

Le decisioni sono il risultato di processi di analisi a cui contribuiscono molteplici motivazioni consapevoli e inconsapevoli. Sono queste che determinano il risultato, ma restano pressoché imperscrutabili nella loro totalità, sia per l'io che decide, sia per l'osservatore esterno.

I ricercatori affermano che **le decisioni del cervello sono basate su processi neuronali**. Devono quindi spiegare come la conoscenza sulla quale si fondano le decisioni venga rappresentata a livello neuronale, come si manifestino nel sistema nervoso le motivazioni, come siano organizzati i processi di analisi, come si formi l'"io" che vuole e che decide, e infine quali siano le conseguenze delle risposte sull'autoconsapevolezza e sulla valutazione delle decisioni sbagliate.

La certezza che la nostra volontà e le nostre decisioni si fondino su processi neuronali del cervello deriva dalla convergenza di più osservazioni indipendenti. Una delle linee di argomentazione si basa sull'**evidenza biologico-evolutiva** di una stretta correlazione tra il grado di differenziazione dei cervelli e le loro facoltà cognitive. Le prestazioni comportamentali degli organismi semplici sono interamente riconducibili ai processi neuronali dei rispettivi sistemi nervosi. Poiché l'evoluzione procede molto cautamente con le proprie innovazioni, sostanzialmente i cervelli semplici si differenziano dai cervelli altamente complessi solo per il numero di cellule nervose e per la complessità delle reti di collegamento. Ne consegue che anche

BY-NC-ND

le funzioni cognitive complesse dell'essere umano debbano essere fondate sui processi neuronali, organizzati secondo gli stessi principi che già conosciamo così come sono presenti nei cervelli degli animali.

1. Argomentazioni bio-evolutive.

Le argomentazioni bio-evolutive portano obbligatoriamente a trarre le stesse conclusioni: **la differenziazione delle strutture cerebrali** nello sviluppo individuale **va di pari passo con la formazione di facoltà cognitive sempre più complesse**. Questo vale anche per le facoltà mentali che contraddistinguono gli esseri umani. Passo dopo passo, il bambino acquisisce la capacità di utilizzare un linguaggio basato sui simboli, di eseguire operazioni logiche di livello superiore, di costruire la consapevolezza di sé e, in questo modo, percepirsi come attore autonomo. La maturazione delle strutture del cervello anteriore è associata alla capacità di sviluppare una teoria della mente, vale a dire di immaginare cosa un altro individuo pensa o sente, e la conquista di competenze sociali altamente differenziate. Per quando riguarda soltanto queste funzioni cognitive operazionabili, appare obbligata anche la loro dipendenza neuronale. Ma qual è il comportamento nella **rappresentazione delle realtà sociali, dei sistemi di valori e convinzioni**, che devono la propria nascita alle facoltà creative di sistemi sociali? **Trova anch'essa espressione nei processi neuronali dei singoli cervelli**?

2. Come arriva la conoscenza nella nostra testa.

Tutta la conoscenza che il cervello accumula risiede nella sua architettura funzionale, nei collegamenti specifici tra i molti miliardi di cellule nervose. Alla conoscenza non contribuisce solo ciò che si viene a sapere sulle condizioni del mondo, ma anche il sistema di regole secondo cui la conoscenza viene valutata per strutturare le nostre percezioni, i processi mentali, le decisioni e le azioni. Qui interviene una **distinzione tra conoscenza innata e conoscenza acquisita con l'esperienza**.

La prima è stata assorbita durante l'evoluzione attraverso tentativi ed errori, è memorizzata nei geni e si manifesta di nuovo ogni volta nei collegamenti cerebrali di base determinati geneticamente. **La conoscenza che si aggiunge nel corso della vita modifica quindi queste opzioni di collegamento innate**. Finché perdura lo sviluppo del cervello (negli esseri umani, fino alla pubertà), i processi educativi ed esperienziali plasmano la configurazione strutturale delle reti neurali all'interno di un ambiente geneticamente predefinito. Successivamente, quando il cervello è maturo, queste modifiche fondamentali dell'architettura non sono più possibili. Tutto il sapere si riduce quindi a una variazione nell'efficienza dei collegamenti esistenti. La conoscenza del mondo acquisita e aggiunta dall'inizio dell'evoluzione culturale, ovverosia la conoscenza delle realtà sociali, trova quindi la propria espressione nella **caratterizzazione specifica** da un punto di vista culturale **dell'architettura dei singoli cervelli**.

L'*imprinting* iniziale programma i processi cerebrali in modo quasi altrettanto permanente quanto i fattori genetici, poiché entrambi i processi si manifestano in ugual modo nella specifica degli schemi di collegamento.

3. Atti mentali su base neuronale.

Il fatto che **anche le conoscenze acquisite** per collocazione culturale abbiano un **fondamento neuronale** è confermato dai risultati delle neuroscienze cognitive. Azioni mentali quali partecipare al dolore altrui, avere la coscienza sporca, reprimere una reazione, provare disagio nel sentirsi socialmente esclusi o nel vedere gli altri trattati ingiustamente, tutti questi processi intrapsichici, che acquistano rilevanza solo in relazione agli altri, sono basati sull'attivazione di strutture neuronali ben definite. È vero infatti che un disturbo nella funzionalità delle regioni cerebrali corrispondenti porta alla perdita di queste facoltà. Tuttavia, è vero anche che una richiesta o un comando, null'altro che normali **stimoli sensoriali, innescano l'attivazione di regioni cerebrali ben precise**, che si acquietano solo quando il compito viene eseguito o dimenticato. Pertanto, gli impegni culturali e le interazioni sociali influiscono sulle funzioni cerebrali al pari di tutti gli altri fattori che agiscono sulle interconnessioni neuronali e sui modelli di eccitazione che vi si basano. Per i processi funzionali all'interno delle reti neuronali non è importante se la determinazione specifica dei modelli di interconnessione derivi da istruzioni genetiche o da processi di imprinting culturale, o se l'attività dei neuroni sia una conseguenza di normali stimoli sensoriali o segnali sociali.

4. Diverse forme di conoscenza.

Per la valutazione dei processi decisionali, è importante il fatto che **la conoscenza trasmessa geneticamente** abbia un **carattere implicito**, poiché non siamo in grado di ricordarne consapevolmente l'acquisizione. Lo stesso vale per l'apprendimento iniziale, in quanto le strutture cerebrali necessarie per la creazione della memoria dichiarativa maturano solo in seguito.

Per "**memoria dichiarativa**" si intende la **capacità di ricordare consapevolmente** quanto appreso e di memorizzare il contesto in cui si è inserito il processo di apprendimento. I bambini acquisiscono conoscenza dal mondo, ma non conservano un ricordo consapevole del processo di apprendimento. Si parla quindi di amnesia della prima infanzia. Ne consegue pertanto che non solo la conoscenza innata, ma anche una parte considerevole della conoscenza culturale trasmessa dall'educazione assumono il carattere di indicazioni assolute e indiscutibili, di verità e convinzioni incontestabili, non sottoponibili a relativizzazione.

Rientrano in questo bagaglio di conoscenze implicite i modelli di pensiero e le strategie comportamentali innati ed educativi, ma **anche i sistemi di valori e le convinzioni religiose**. Per lo stesso motivo, è plausibile che anche i contenuti della nostra percezione di sé possiedano la stessa natura assoluta. Impariamo presto che ci viene richiesto di essere agenti autonomi e liberi nelle proprie decisioni e azioni, responsabili del proprio agire e quindi sanzionabili. Frasi quali «se lo fai...» presuppongono la **possibilità di una libera scelta tra due opzioni** comportamentali.

Non conserviamo alcun ricordo nemmeno dell'acquisizione delle convinzioni che traiamo dal comportamento altrui nei nostri confronti. Lo stesso vale per il processo di costruzione della nostra consapevolezza dell'io attraverso l'osservazione di come le nostre azioni si ripercuotono sugli altri, attraverso il riflesso nella cognizione del prossimo. Diventa consapevolezza esplicita solo la conoscenza del mondo, acquisita dopo la formazione delle funzioni della memoria dichiarativa, quindi nel corso del tempo. Ricordiamo il processo di apprendimento, siamo in grado di richiamare consapevolmente questa conoscenza e di trasformarla verbalmente in argomentazioni.

5. Fondamenti neuronali dei processi decisionali.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

A seguito dell'adeguamento evolutivo, **il cervello è configurato per ricercare continuamente le opzioni comportamentali ottimali**. A tal fine vengono applicate strategie di elaborazione registrate nell'architettura cerebrale tramite indicazioni genetiche e/o impresse tramite l'esperienza. Per giungere alla decisione, queste strategie **sfruttano un numero sconfinato di variabili**: segnali dell'ambiente e del corpo attualmente disponibili come pure tutte le conoscenze memorizzate, tra cui rientrano anche le valutazioni emotive e motivazionali. In decine di regioni cerebrali, separate nello spazio, ma strettamente interconnesse, vengono confrontati tra loro i modelli di eccitazione, ne viene verificata la compatibilità e, in caso di conflitto, vengono sottoposti a un processo competitivo che restituisce un vincitore. Si impone il modello di eccitazione che corrisponde maggiormente ai vari attrattori. **Questo processo** di competizione distributivo **si svolge in assenza di un arbitro superiore**. Si organizza autonomamente e perdura fino all'instaurarsi di una condizione stabile, che assume quindi per l'osservatore la parvenza di intenzione comportamentale o azione. Quale sarà il prossimo modello di eccitazione, tra tutti quelli possibili, ad avere il sopravvento, viene determinato dall'interazione specifica e dallo stato cerebrale dinamico generale immediatamente precedente. Se le condizioni consentono il passaggio a più condizioni successive ugualmente probabili, possono entrare in azione anche delle oscillazioni casuali nella trasmissione dei segnali che contribuiscono a far prevalere una condizione piuttosto che un'altra.

Questo scenario ci appare plausibile per le decisioni che prendiamo involontariamente, ossia per le tante decisioni inconsapevoli che ci accompagnano durante la giornata. Invece, per le decisioni basate sull'analisi consapevole delle variabili e che percepiamo come volontarie, **il nostro intuito richiede altro**. Tendiamo ad adottare un'istanza indipendente dai processi neuronali e antecedente a essi: un'istanza in grado di rendersi consapevole dei segnali sensoriali e dei contenuti memorizzati, di trarne conclusioni, di identificare un'opzione come volontaria e quindi di metterla in pratica. Questo punto di vista si articola su **due fronti**.

Il primo è quello dualistico che, per l'istanza dell'io che postula **un direttore d'orchestra immateriale**, utilizza il substrato neuronale solo per informarsi sul mondo e trasformare le proprie decisioni in azioni. Questa posizione deve fare i conti con il **problema della causalità** e risulta inconciliabile con alcune note leggi della natura. Assume lo stato delle convinzioni inconfutabili. **Il secondo fronte** parte dal presupposto che **anche le cosiddette "decisioni libere" vengano prese dal cervello**, ma che i processi sottesi possano derivare da motivazioni non meglio identificate sul determinismo neuronale.

6. Principi sempre uguali.

Da un punto di vista neurologico, **anche questa lettura non soddisfa**. Se si riconosce che la gestione consapevole di argomenti sia basata sui processi neuronali, allora deve essere soggetta al determinismo neuronale al pari delle decisioni inconsce per le quali è riconosciuto. Ciò consegue alla plausibile cognizione che i processi neuronali si svolgano nella corteccia cerebrale secondo principi sempre uguali, e che sia le decisioni consapevoli, sia quelle inconsapevoli si fondino su processi così strutturati. Tuttavia, in tal caso, per quale motivo allora assegniamo alle decisioni consapevoli uno stato diverso da quello involontario, perché riteniamo che le prime siano soggette alle nostre intenzioni e valutazioni, e siamo disposti ad assumerci per esse una responsabilità specifica? **Cosa differenzia i processi neuronali consapevoli e quelli involontari**?

7. Processi consapevoli e inconsapevoli.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

I processi neuronali si dividono come segue: quelli che non hanno sostanzialmente accesso al livello consapevole, quelli che possono discrezionalmente raggiungere il livello consapevole e quelli fondamentalmente consapevoli.

Tra i **processi esclusi dalla consapevolezza** si annoverano molte delle cosiddette funzioni autonome, che provvedono al regolare funzionamento di tutti gli organi, tra cui il cervello stesso.

Solo pochi dei **processi potenzialmente esclusi dalla consapevolezza** possono simultaneamente raggiungere il livello consapevole ed essere trattenuti nella memoria a breve termine. In generale si rendono consapevoli solo i segnali sensoriali oggetto di attenzione, e raggiungono il livello consapevole solo i contenuti della memoria oggetto di attenzione durante il processo di memorizzazione e appresi consapevolmente. L'attribuzione di attenzione è a propria volta soggetta a competizione organizzata in modo distributivo, che si struttura in una rete ampiamente ramificata e non viene gestita da un direttore d'orchestra a livello centrale. Uno stimolo forte o inaspettato focalizza automaticamente l'attenzione su di sé, ma anche il cervello assegna delle priorità, spesso inconsapevolmente. Cerca di ricordare un nome, non lo trova, l'attenzione passa al problema successivo e all'improvviso affiora nella coscienza il nome che cercava. Un esempio tra i tanti per spiegare che, dopo l'insorgenza di un bisogno, il nostro cervello è in grado di frugare nella memoria, di verificare la corrispondenza tra quanto ricercato e quanto trovato e di portare il risultato al livello consapevole, apparentemente senza il nostro contributo "consapevole".

E poi esistono i **processi obbligatoriamente consapevoli**, a cui appartengono tutti i processi espressi verbalmente. Pertanto, i processi consapevoli si differenziano da quelli inconsapevoli principalmente perché possono essere oggetto di attenzione, possono essere fissati nella memoria a breve termine, possono essere archiviati nella memoria dichiarativa e possono essere espressi verbalmente.

8. Apprendimento tardivo.

Parimenti, i contenuti sottesi alle decisioni consapevoli si differenziano talvolta da quelli che entrano in azione per le decisioni involontarie. Per definizione, le decisioni consapevoli si basano sui contenuti delle percezioni consapevoli e sui ricordi archiviati come conoscenza esplicita nella memoria dichiarativa. **Le variabili delle decisioni consapevoli riguardano** quindi principalmente **apprendimenti tardivi**: conoscenze culturali enunciate esplicitamente, collocazioni etiche, leggi, regole discorsive e norme comportamentali concordate. Strategie di analisi, valutazioni e contenuti di conoscenza impliciti pervenuti nel cervello tramite indicazioni genetiche, imprinting infantile precoce o processi di apprendimento inconsapevoli, che quindi si sottraggono alla presa di coscienza, non sono pertanto disponibili come variabili per le decisioni consapevoli. Tuttavia, essi intervengono sui comportamenti e influenzano i processi decisionali consapevoli. Guidano il processo selettivo che definisce quali tra le variabili consapevoli debbano di volta in volta approdare al livello consapevole, stabiliscono le regole secondo le quali vengono gestite tali variabili e partecipano in modo determinante alla loro valutazione emotiva.

9. Decisioni libere e non libere.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Potrebbe essere quindi questa la risposta alla seguente domanda: **perché definiamo alcune decisioni condizionate e altre libere, sebbene entrambe siano basate su processi neuronali ugualmente deterministici?**

Evidentemente **dipende dalla natura delle variabili e da come vengono gestite**. Definiamo libere le decisioni che si basano sull'analisi consapevole delle variabili, cioè sulla gestione razionale dei contenuti consapevoli. Le decisioni prese in questo modo sono imputate interamente a noi stessi. Viene semmai verificato se l'individuo, al momento dell'analisi, fosse in grado di rendersi conto delle variabili in questione e di gestirle con consapevolezza lucida. Questa posizione attribuisce alla consapevolezza una funzione di ultima istanza, oppure mette sullo stesso piano l'individuo responsabile e la sua consapevolezza.

Si definisce "libera" quella parte del processo decisionale di cui l'individuo è consapevole. Si tratta di un'interpretazione condivisibile, in quanto la percezione di sé e degli altri suggerisce proprio questo. Tutto ciò che riusciamo a percepire dagli altri come ragione comportamentale è ciò di cui divengono consapevoli e che può essere comunicato. Non è diverso per il soggetto che agisce. Anch'esso percepisce esclusivamente le motivazioni consapevoli e poiché si tratta delle sue, se ne sente responsabile. **Il soggetto si percepisce a ragione come artefice della decisione presa. Chi altro potrebbe esserlo**?

Le motivazioni consapevoli non devono tuttavia in nessun caso essere state decisive, anche se l'occhio interiore, che vede solo ciò che è consapevole, ritiene che le argomentazioni consapevoli siano motivazioni sufficienti e complete. **Raramente sorgono dei dubbi**, poiché di norma nella competizione dei processi decisionali vince la condizione caratterizzata dalla massima corrispondenza di tutte le variabili, inconsapevoli e consapevoli. Può tuttavia accadere che le soluzioni derivanti dalla gestione consapevole delle argomentazioni e di per sé coerenti **entrino in conflitto con i processi di analisi inconsapevoli** e ne escano battute. E allora si dice: «l'ho fatto anche se non volevo veramente farlo, oppure, anche se avevo una brutta sensazione».

L'io consapevole ammette di essere soggetto a forze diverse. Talvolta **addirittura inventa delle argomentazioni**, al fine di poter successivamente giustificare le proprie decisioni, le cui motivazioni non gli risultavano accessibili.

10. Una risposta plausibile.

È possibile fornire a un individuo istruzioni comportamentali senza che ne sia consapevole. Se l'individuo esegue l'azione e deve successivamente motivarla, nella maggior parte dei casi fornisce una **risposta plausibile**, razionalmente ben motivata con un formato intenzionale: «l'ho fatto perché ho voluto così». In questi casi, le ragioni addotte sono per propria natura inappropriate e sono state **ideate solo dopo avere agito**. L'individuo che agisce è comunque convinto della giustezza e della natura causale delle ragioni addotte, e considera l'azione come voluta. **Sembra che il cervello sia predisposto a creare coerenza** tra le argomentazioni presenti a livello consapevole e le azioni e decisioni del momento. Se non vi riesce perché a livello consapevole non compaiono le argomentazioni adatte, per amor di coerenza le inventa *ad hoc*. E nessuno sa dire quanto grande sia questa parte fittizia nelle decisioni quotidiane "auto-responsabili".

Sussistono pertanto ragioni comprensibili per cui distinguiamo tra processi di analisi inconsapevoli e consapevoli, e percepiamo questi ultimi come soggetti al nostro libero arbitrio, anche se in entrambi i casi il processo decisionale si basa su processi neuronali deterministici. Se

tuttavia tutte le decisioni sono basate su processi neuronali ugualmente condizionati, perché l'evoluzione ha sviluppato un cervello con due livelli decisionali?

Un'ovvia supposizione è che **la gestione consapevole delle variabili offra maggiori vantaggi** rispetto ai processi decisionali inconsapevoli. Un beneficio palese potrebbe essere rappresentato dalla **comunicabilità delle motivazioni**. Anche se le ragioni esprimibili sono solo frammentarie, la loro comunicabilità consente una valutazione molto più differenziata delle inclinazioni comportamentali rispetto a quanto sarebbe possibile solo con l'osservazione del comportamento. Presumibilmente, la comunicabilità ha contribuito in modo decisivo allo sviluppo e alla **stabilizzazione dei sistemi sociali**, in quanto fornisce l'opportunità di valutare le dichiarazioni sulle decisioni prese, di interpretare le decisioni come atti intenzionali, di assegnare la responsabilità delle decisioni e di prevedere le conseguenze delle decisioni indesiderate. Non sorprende quindi che vengano definite decisioni libere soltanto quelle consapevoli che possono essere giustificate con motivazioni comunicabili. Un ulteriore vantaggio delle decisioni consapevoli è che **le variabili possono essere gestite in base a regole discorsive razionali**. Il processo di analisi può essere strutturato in modo più differenziato perché può poggiare su regole apprese di logica argomentativa.

Tuttavia, questo procedimento relativamente recente dal punto di vista evolutivo **presenta anche degli svantaggi**. Le decisioni razionali assunte consapevolmente presentano limiti su due fronti: da un lato per l'**esiguo numero di variabili** che possono essere mantenute contemporaneamente a livello consapevole, e dall'altro per il precedente **processo selettivo** che determina quali variabili debbano raggiungere il livello consapevole. Risulta pertanto estremamente probabile che nei processi decisionali inconsapevoli vengano messe a confronto tra loro molte più variabili rispetto ai processi consapevoli. Si suppone comunque che le analisi inconsapevoli seguano regole più semplici e competitive rispetto alle decisioni consapevoli strutturate in base a un sistema di regole apprese. **Entrambe le strategie, quella consapevole e quella inconsapevole, presentano quindi vantaggi e svantaggi, e non pare scontato che quelle consapevoli siano sempre le migliori**.

L'"occhio clinico" del medico esperto risulta talvolta più preciso dell'analisi razionale di elementi necessariamente incompleti.

11. Un punto di vista più umano?

Visti i processi neuronali sottesi, la distinzione di uso corrente nella prassi del vivere quotidiano, tra decisioni completamente non libere, parzialmente libere e completamente libere, appare contestabile. Sono diverse solamente l'origine delle variabili e il modo in cui vengono gestite: fattori genetici, imprinting precoce, processi sociali di apprendimento e fattori scatenanti del momento, tra cui rientrano anche comandi, desideri e argomentazioni altrui, concorrono in modo inscindibile alla determinazione del risultato, indipendentemente se le decisioni siano dovute a motivazioni inconsapevoli o consapevoli. Determinano congiuntamente lo stato dinamico delle reti nervose "decisionali".

Questa visione si ripercuote sulla **valutazione dei comportamenti erronei**. Un esempio: un individuo compie un'azione, palesemente in tutta consapevolezza e ne viene dichiarato interamente responsabile. Casualmente viene poi individuato un tumore nelle strutture del cervello anteriore che servono a richiamare le regole sociali apprese e a rendere disponibili i processi decisionali. La persona verrebbe quindi trattata con indulgenza. Lo stesso "difetto" può tuttavia avere anche cause neuronali non visibili. La predisposizione genetica può avere generato

interconnessioni che rendono difficoltoso memorizzare o richiamare le regole sociali, oppure le regole sociali non sono state impresse puntualmente o sufficientemente in profondità, oppure sono state apprese regole che si discostano dalla norma, oppure la capacità di analisi razionale non si è caratterizzata in modo sufficiente a causa di un imprinting errato. L'elenco potrebbe allungarsi praticamente all'infinito. **Nessuno può essere diverso da quello che è**.

Questa cognizione potrebbe portare a una valutazione più umana e meno discriminante dei nostri simili che hanno avuto la sfortuna di essere divenuti adulti con un organo la cui architettura funzionale non consente loro di tenere comportamenti adeguati. **Giudicare negativamente** o reputare cattive le persone con disposizioni comportamentali problematiche **significa né più né meno giudicare il risultato di uno sviluppo ineluttabile di un organo che determina il nostro essere**.

Se il comportamento erroneo supera il limite di tolleranza, **vengono minacciate sanzioni**. Interessante notare come queste misure diventino **tanto più drastiche quanto più riteniamo che il reo fosse consapevole** delle variabili su cui si è basata la decisione. A quanto pare, vengono punite in modo particolarmente severo le infrazioni commesse ai danni di quanto esplicitamente noto, quindi contro ordini di valori ancorati nella memoria dichiarativa tramite i processi educativi. Ciò viene motivato attribuendo alle decisioni consapevoli un certo grado di libertà e ne deduciamo **imputabilità**, **responsabilità** e **necessità di ripercussioni**.

12. Difesa tramite privazione della libertà

Poco cambierebbe in questa prassi una visione maggiormente differenziata dei processi decisionali imposti dalle cognizioni neurobiologiche. **La società non deve desistere dalla valutazione dei comportamenti**. Naturalmente, deve perseverare nel tentativo di influenzare i processi decisionali attraverso **educazione**, **ricompensa e sanzioni** in modo che le decisioni indesiderate diventino meno probabili; deve garantire al reo l'opportunità di prendere decisioni più adeguate tramite l'apprendimento e, se ogni tentativo si dimostra vano, **deve difendersi con la privazione della libertà**. Solo la linea argomentativa risulterebbe diversa. Terrebbe conto delle cognizioni neurofisiologiche, sostituirebbe l'assegnazione conflittuale di responsabilità e "libertà" graduata con i processi consapevoli e inconsapevoli, aprendo così la strada al giudizio e alla **valutazione di comportamenti "normali" e "anomali" senza pregiudizi**. Verrebbe così superata la dicotomia difficilmente documentabile di un individuo in componenti liberi e non liberi.

Verrebbe sempre chiesto conto all'individuo nel suo complesso di ciò che sente, pensa e compie, e questa valutazione comprenderebbe in egual modo i fattori inconsapevoli e consapevoli. Questo approccio terrebbe conto della semplice nozione secondo cui **un individuo compie le azioni che compie perché nel momento in questione non avrebbe potuto agire diversamente**, dato che altrimenti avrebbe fatto altro.

Poiché nel caso specifico non è possibile avere una visione completa degli elementi che possono determinare una decisione, la giurisprudenza si orienterà sempre secondo sistemi di regole pragmatici. Potrebbe tuttavia rivelarsi utile verificare la coerenza della prassi vigente alla luce delle conoscenze provenienti dalla ricerca sul cervello.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Riflessione

I dati della paura, la paura dei dati

Negli ultimi anni sono state approvate norme con impronta sanzionatoria sempre più accentuata, giustificate con l'allarme sociale indotto dalle condotte oggetto di riprovazione. Ma i dati statistici sono coerenti con le risposte date dal legislatore?

di Paolo Della Sala

Abstract. *Il settore penale è fatto oggetto di riforme di impronta sempre più repressiva e l'informazione che riguarda i fenomeni criminali è marcatamente invasiva. L'allarme sociale che ne consegue è giustificato dai numeri? Si analizza in dettaglio il fenomeno del c.d. "omicidio stradale" e si ripercorrono alcuni passaggi dell'*iter *parlamentare che ha portato all'introduzione dell'art. 589* bis *c.p. raffrontando il contenuto della riforma coi dati statistici. Si pongono in relazione i risultati ottenuti con altri spunti statistici (in particolare riferiti all'omicidio volontario) per concludere che l'utilizzo della statistica (quantomeno nei suoi risultati di più facile comprensione) ridurrebbe il rischio di interventi normativi inutili e, a lungo termine, nocivi.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una piccola verifica di carattere empirico: l'omicidio stradale. – 2.1. I dati e le serie storiche. – 2.1.1. Le vittime della strada nel corso del tempo. – 2.1.2. Uno sguardo (sia pure limitato) ai lavori parlamentari. – 3. Ripartendo dalle premesse. – 4. L'idiosincrasia per i dati. – 5. Conclusioni: diamo i numeri.

«Moralisti lo siamo di continuo, diceva il dott. Johnson, ma geometri per caso»

Claudio Magris - Danubio

1. Premessa.

Negli ultimi tempi si sono intensificate manifestazioni di estemporanea protesta all'esito della lettura in udienza del dispositivo da parte dell'organo giudicante.

L'aspetto preoccupante è che il fenomeno non colpisce, come forse sarebbe più logico attendersi, sentenze di condanna considerate "ingiuste", bensì riceve una copertura mediatica di grande rilievo quando a dolersi delle decisioni sono le parti civili, che protestano nonostante l'intervenuta condanna degli imputati o di parte di essi[1].

Parallelamente queste notizie vengono corredate di commenti non sempre pertinenti da parte di importanti esponenti politici e di governo.

Sembra si possa leggere in questo fenomeno, al momento circoscritto ma significativo, un pericoloso scivolare verso aspettative connotate da un sempre più acritico giustizialismo subordinato all'equazione "giustizia = condanna".

Altrettanto scivolosa è la china su cui si sedimentano affermazioni fortemente censurabili per il linguaggio utilizzato e che provengono dalle più alte cariche dello Stato.

Il tutto correlato ad un caotico e disorganico susseguirsi di interventi che, nel solo 2019, hanno toccato – viene da dire, ad oggi 18 aprile, perché domani chissà – una serie molto lunga di istituti di diritto sostanziale e processuale privi di correlazione sistematica sia ridisegnando l'esistente che introducendo nuove ipotesi di reato.

In particolare:

1. la l. 9 gennaio 2019, n. 3 (G.U. n. 13 del 16 gennaio 2019) recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici»[2];
2. Il 28 marzo 2019, il Senato ha approvato il disegno di legge recante «Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa» (in attesa della promulgazione)[3];
3. il 2 aprile 2019 il Senato ha altresì approvato il disegno di legge n. AS 925 (legge in attesa di promulgazione)[4];
4. all'esame del Senato vi è inoltre il disegno di legge n. 14455-A (di recente approvato dalla Camera) recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*[5].

Sarebbe certamente utile l'analisi di un linguista che possa confermare o meno se, fra le cause di questa deriva normativa[6], vi sia il "linguaggio" veicolato negli ultimi anni con

[1] Si vedano, a titolo esemplificativo D. Del Porto, *Strage bus Avellino: l'amministratore di Autostrade Castellucci assolto*, in *Repubblica.it*, 1 gennaio 2019; G. Colucci, *Strage del bus, si muove la Digos: filmate le minacce al giudice*, in *Il Mattino.it*, 19 gennaio 2019.

[2] Si tratta della c.d. legge "Spazza-corrotti" con la quale è stata introdotta l'estensione dell'art. 4 *bis* o.p. ai delitti contro la Pubblica Amministrazione; è stata riformata totalmente la prescrizione (come noto, la modifica più significativa riguarda la previsione della sospensione del corso della prescrizione dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna); è stata, altresì, introdotta per alcuni tra i più significativi reati contro la Pubblica Amministrazione, la possibilità di utilizzazione dell'agente sotto copertura.

[3] Si tratta della riforma della legittima difesa domiciliare che inasprisce il trattamento sanzionatorio di alcuni dei reati tipicamente perpetrati all'interno del domicilio (violazione di domicilio, furto in abitazione, rapina) ed amplia i confini di applicazione della scriminante di cui all'art. 52 c.p.

[4] Si tratta della normativa che esclude l'accesso al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

[5] È il disegno di legge definito nel linguaggio veicolato dai media "codice rosso", così alludendo alla corsia d'urgenza da esso prevista per i procedimenti in materia. Ove approvato, introdurrebbe quattro nuove fattispecie incriminatrici: Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387 *bis* c.p.); Costrizione o induzione al matrimonio (art. 558 *bis* c.p.); Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583 *quinquies* c.p.); Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (ormai noto come "*revenge porn*"; art. 612 *ter* c.p.).

[6] Ci si riferisce a quest'ultima, ma il fenomeno è risalente.

(cc) BY-NC-ND

insistenza da ogni settore della società in materia di giustizia.

Un antico caposaldo della linguistica recita che «il principio di alterazione si fonda sul principio di continuità»[7]; facendo nostro questo efficace concetto di sintesi è lecito sospettare che il continuo martellamento (piuttosto privo di contraddittorio) abbia lasciato percolare in uno strato ampio della popolazione un'ansia indotta spingendola verso posizioni sempre più reattive anche se, altrettanto frequentemente, poco fondate. Con ciò alterando l'originario stato di "(semi)quiete".

«La componente dell'insicurezza derivante dalla rappresentazione della criminalità è un dato strutturale che caratterizza l'informazione televisiva italiana»[8] tanto che «osservando cosa accade al di fuori dell'Italia, ci si accorge che **il TG1 – in alcuni anni – ha 3 volte in più le notizie del telegiornale britannico e 44 volte di quello tedesco. Dal confronto con i principali notiziari pubblici europei, si conferma un'anomalia tutta italiana sia per quantità sia per tipo ai fatti criminali** (enfasi nel testo originale)»[9].

Laddove, ovviamente, il TG1 è indicato in via esemplificativa essendo il fenomeno comune a tutte le testate[10] tanto che si può affermare che l'informazione italiana ha scelto di «prendere le distanze dalla realtà», dando visibilità a crimini, come gli omicidi per esempio, che, secondo le statistiche ISTAT, sono in costante calo[11].

Sono ormai molti anni che una parte attenta e sensibile della dottrina sottolinea l'evidente pericolosità di questo meccanismo[12].

E questo fenomeno di "panico morale"[13], analizzato con chirurgica precisione, ha evidenziato come la disinformazione nella gestione dell'opinione pubblica possa passare non solo dalla carenza di informazione (dato *quantitativo*) ma anche (fra l'altro) dalla alterazione di dati e/o contenuti (dato *qualitativo*)[14].

Le parole, ripetute in modo unidirezionale, hanno ormai raggiunto un effetto – nel breve termine – irreversibile e gli stessi operatori della Giustizia, ai loro più alti livelli, non si sottraggono a questo continuo richiamare un processo troppo garantista, le sanzioni troppo leggere, la differenza fra parti buone (il pubblico ministero) e interessate (le parti private) sino ad arrivare a sostenere, letteralmente, che nei tanti casi di risarcimenti per ingiusta detenzione «**in buona parte non si tratta di innocenti, ma di colpevoli che l'hanno fatta franca** (enfasi nostra). Di norma le prove raccolte nelle indagini non valgono in dibattimento. Ciò allontana il giudice dalla verità»[15].

---

[7] F. de Saussure, *Corso di linguistica generale*, Laterza, 1983, p. 93.
[8] P. Barretta, A. Nizzoli, *Sintesi dei principali risultati. 2. La rappresentazione*, a cura dell'Osservatorio di Pavia, in *L'Europa sospesa tra inquietudine e speranza. X Rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa*, a cura di Demos&Pi, Unipolis e Osservatorio di Pavia, Febbraio 2017, p. 20.
[9] *Idem*, p. 21 (il testo, nell'originale riporta il numero di 44 riferito al rapporto tra TG1 e telegiornale tedesco; è possibile si tratti di un refuso e che il numero corretto sia 4);
[10] *Ibidem*.
[11] *Ibidem.*
[12] V. per tutti: G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 101; Aa.Vv., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista (Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016.
[13] Riprendo il concetto in senso generale; per un'analisi: R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di* mass media *e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffré, 2018, pp. 315 ss.
[14] Si veda R. Bianchetti, *La paura del crimine*, cit., in particolare Cap. V, pp. 269 ss., ove l'Autore offre una panoramica della letteratura scientifica sul tema.
[15] V. l'intervista a Piercamillo Davigo, *In Italia pochi in galera. L'Autorità anticorruzione è solo fumo negli occhi*, in *La Stampa*, 23 febbraio 2019, p. 7. Il tutto nello spettrale silenzio di quasi tutti gli operatori della Giustizia.

(cc) BY-NC-ND

Il che equivale a dire che persone che hanno sofferto una detenzione ingiusta accertata con un giudicato, condizione di massima sconfitta di un sistema giudiziario efficiente e civile, invece di meritare le scuse della nazione, meritano di essere additati con le stimmate dei furbi.

Concetto tanto più paradossale tanto più in un ordinamento che, notoriamente, non è di "manica larga" nella concessione delle riparazioni per ingiusta detenzione tanto che si è, del tutto condivisibilmente, affermato che «la lettura restrittiva del disposto normativo, peraltro, oltre a favorire un'incontrollabile dilatazione delle ipotesi ostative alla riparazione, offusca la fisionomia costituzionale del rimedio di cui si discute»[16].

Oltre al linguista servirebbe, dunque, un antropologo culturale perché quanto sta accadendo meriterebbe un'analisi diversa e più profonda di quella meramente ricognitiva che ciascuno di noi potrebbe fare.

Vale forse la pena, più per puntiglio che per speranza, richiamare qualche dato ed evocare la "forza" dei numeri per cercare di cogliere qualche spunto di riflessione e, senza alcuna pretesa di mettere ordine nel *caos*, evidenziare almeno che nel *caos* siamo ormai precipitati.

2. Una piccola verifica di carattere empirico: l'omicidio stradale.

In data 23 marzo 2016 è stata promulgata la l. n. 41 che, fra l'altro, ha introdotto il reato di omicidio stradale rubricato all'art. 589 *bis* del codice penale.

Il tema che si vuole introdurre prescinde da un'analisi sulla scelta di carattere generalpreventivo e anche dalla struttura del reato e dalla disciplina sanzionatoria adottata.

Si è, inoltre, privilegiato questo tema per evitare uno stigma critico alla sola attualità (che, per la verità, sembra fare di tutto per meritarselo) e, altresì, per evitare un'analisi che comportasse possibili strumentalizzazioni: l'argomento scelto, per quanto delicato e doloroso, ha una sfumatura "ideologica" neutra.

Sin dai primi commenti, tuttavia, è stato chiaro che ci si trovasse di fronte ad una delle sempre più frequenti scelte *trend topic* «delle società liquide che aggregano identità a palinsesto. È il diritto penale che percola dall'emergenza permanente […] propellente di eruzioni emergenziali transitorie, contingenti, più o meno effimere, che si affiancano o sovrappongono alle emergenze perenni della mafia, del terrorismo, della c.d. droga (ecc.). È pura emergenza che fluttua, quindi, tra le diverse "regioni" del diritto penale man mano che l'attenzione dei media e l'irritazione sociale di riflesso si focalizzano su questo o quel gruppo di reati»[17].

Il tema che si vuole introdurre riguarda la esistenza o meno di una correlazione statistica fra le presunte emergenze e le risposte date dal legislatore.

---

[16] M.G. Coppetta, *La riparazione per l'ingiusta detenzione, punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, pp. 1315 ss. L'Autrice scrive esplicitamente: «un nutrito orientamento giurisprudenziale […] è ricorso ad esegesi restrittive del diritto in questione, che dilatano molto i contenuti del "dolo" e della "colpa grave", attestandosi su concetti che evocano, sia pure con incertezze e incoerenze, forti connotazioni civilistiche» (la giurisprudenza è indicata alla nota 17).

[17] G. Losappio, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali" - Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2016, p. 2. In questo lavoro l'Autore esamina con chiarezza e lucidità gli aspetti di più immediata evidenza del fenomeno di differenziazione della risposta penale in materia colposa, ricostruisce sinteticamente l'evoluzione storica della normativa sugli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p. e ne mette in luce le coordinate dogmatiche con spunti critici estremamente puntuali.

BY-NC-ND

Sul piano metodologico, tuttavia, si porranno quesiti più che offrire soluzioni e di ciò mi scuso con il lettore.

2.1. I dati e le serie storiche.

A ben vedere i rilievi critici rispetto ad una "nuova" disciplina possono coinvolgere più profili e, particolarmente rispetto ad una disciplina intimamente connessa a temi di carattere amministrativo come quella in esame, questi profili possono coinvolgere più settori del diritto seguendo trame non sempre evidenti.

In presenza, ad esempio, di interventi normativi giostrati su più livelli sarebbe interessante osservare e "rendicontare" quali, fra gli interventi posti in essere, abbiano avuto un'incidenza nell'indirizzare il dato statistico in una piuttosto che in un'altra direzione.

Un legislatore accorto, ad esempio, potrebbe trarre utili insegnamenti ed utili suggerimenti da una lettura meticolosa dei dati: potrebbe, in ipotesi, realizzare che una certa risposta di tipo amministrativo (p.es. immediata sospensione della patente) ha avuto un effetto depressivo rispetto ad un comportamento deviante molto più efficiente rispetto a quello atteso dalla introduzione di inasprimenti sanzionatori o di nuove fattispecie penalmente sanzionate.

La domanda che pongo, quindi, è: il legislatore del 2016 è intervenuto all'apice di un fenomeno criminale (sia pure di tipo colposo) così da efficacemente "stroncarne" le cause attraverso l'aumento della più severa tra le sanzioni, quella detentiva?

Per porre la domanda e lasciare a chi legge e a studiosi più competenti la strutturazione di una risposta sembra utile lasciare qualche spazio ai numeri che scandiscono nel tempo la consistenza del fenomeno "omicidio stradale" (*rectius*: morti per incidenti stradali, posto che il primo dei due insiemi, di necessità, è una specificazione dell'altro).

2.1.1. Le vittime della strada nel corso del tempo.

In un documento di semplice lettura elaborato da A(utomobile) C(lub) I(talia) e ISTAT[18] sono presentati alcuni dati di base che possono costituire un punto di partenza per un'analisi più approfondita. In particolare risulta chiaro che, pur con un parco veicoli nettamente inferiore anche in rapporto alla popolazione, sarebbe stato molto ragionevole utilizzare toni allarmistici negli anni '70, quando il tasso di mortalità aumentava in proporzioni geometriche sino a raggiungere il picco di 11.078 morti per incidente stradale nel 1972 (4090 nel 2010 e, come si vedrà, 3378 nel 2017).

A partire dalla fine degli anni '80 si sedimenta nel linguaggio quotidiano il concetto di "strage del sabato sera" tanto da indurre, nel 1994, il Ministero degli Interni a istituire un *Osservatorio permanente stragi del sabato sera* in coordinamento fra Polizia Stradale e Carabinieri.

L'adozione di una articolata serie di misure preventive[19], il miglioramento delle tecnologie, una più accurata rete di controlli mirati contribuiscono a determinare un progressivo

[18] *http://www.aci.it/fileadmin/documenti/studi_e_ricerche/dati_statistiche/incidenti/Incidenti_Stradali_dal_1930.pdf*

[19] Gli interventi normativi sono molteplici ed in molte direzioni, a partire dall'adozione del nuovo Codice della Strada (d.lgs. 30.4.1992 n. 285) ed ai numerosi interventi correttivi ad esso apportati nel corso del tempo e, principalmente, sino al 2010.

(cc) BY-NC-ND

raffreddamento del fenomeno tanto da indurre anche le associazioni più sensibili al problema a considerare (nel 2012) che «il fenomeno degli incidenti dei giovanissimi nelle notti del fine settimana, pur ancora grave, è stato molto ridimensionato e che la mortalità stradale e dei giovani, oggi riguarda anche altri orari della giornata e altre tipologie di mezzi, in particolare le due ruote»[20].

Contestualmente il fenomeno nel suo complesso, pur con inevitabili scostamenti marginali e ferma restando la gravità del sacrificio in termini di vite umane, subisce, fortunatamente, un costante declino: si passa, infatti, dai **7.096 morti**, 373.286 feriti in 263.100 incidenti del 2001, ai 4.114 morti, 304.720 feriti in 212.997 incidenti del 2010 sino ai **3.419 morti**, 246.050 feriti in 173.892 incidenti del 2015[21]. Meno della metà dei morti in 15 anni.

Tutto ciò accadeva mentre erano in corso di discussione i disegni di legge sulla modifica al codice penale per l'introduzione del reato di omicidio stradale e lesioni personali stradali.

In particolare si fa riferimento ad una delle sedute più importanti del Senato, laddove venne, di fatto, dato decisivo impulso alla nuova normativa attraverso la discussione dei disegni di legge 859, 1357, 1378, 1484 e 1553 nel testo unificato proposto dalla Commissione Giustizia[22].

2.1.2. Uno sguardo (sia pure limitato) ai lavori parlamentari.

L'aspetto più interessante, secondo la prospettiva di questa circoscritta riflessione, è che la platea degli interventi (trasversale rispetto alle forze politiche), pur con sfumature lessicali, linguistiche e, in alcuni casi, grammaticali significativamente differenti, ha tenuto un tendenziale minimo comune denominatore abbastanza evidente, quello di "convergere" verso l'opinione pubblica ed il «grido di dolore forte e intenso»[23] così che la risposta dovesse essere di «estremo rigore»[24], con «sanzioni esemplari»[25] in grado di dare una «risposta alle famiglie delle vittime»[26] sino ad un emblematico: «il legislatore è quindi obbligato ad individuare minimi di pena molto alti, per garantire almeno dei periodi minimi di effettiva detenzione in carcere. In Italia, senza pene minime elevate, non si va in prigione»[27].

Qualche prudente tentativo in controtendenza[28] trova uno sbocco di razionalità nella icastica osservazione che «tutto questo è irragionevole. Un legislatore saggio non discute con la pancia, non ragiona soltanto con le associazioni delle vittime […] ma deve mettersi in una posizione terza e soprattutto ha il dovere di capire quali sono le conseguenze»[29].

---

[20] L'Asaps (Associazione Amici della Polizia Stradale) si occupa da tempo del problema, monitorando settimanalmente il fenomeno. Nel luglio del 2012 è stato reso noto un compendio di rilievi da cui è tratta la citazione (accessibile a questo *link*) e che, a fronte dell'analisi qualitativa dei dati da cui emergeva una significativa riduzione del coinvolgimento dei giovanissimi, sottolineava l'opportunità di «una attenta lettura dei dati ai fini dei costi assicurativi, spesso elevatissimi proprio per le fasce giovanili».

[21] Rapporto del 19 luglio 2016 ACI – ISTAT, *Incidenti stradali. Anno 2015. Dati provvisori*, p. 2 (il rapporto è reperibile a questo indirizzo).

[22] Senato della Repubblica, XVII Legislatura, *Resoconto Stenografico della 46ª seduta pubblica*, 9 giugno 2015.

[23] Sen. Lumia, in *Resoconto,* cit., p. 12.

[24] Sen. Stefani, in *Resoconto,* cit., p. 16. L'intervento della Senatrice Stefani chiosa con un emblematica richiesta di "tolleranza zero".

[25] Sen. Scilipoti Isgrò, in *Resoconto,* cit., p. 27.

[26] Sen. Tosato, in *Resoconto,* cit., p. 30.

[27] Sen. Cappelletti, in *Resoconto,* cit., p. 40.

[28] Sia pure da prospettive opposte e con contenuti lessicali assai diversi, in via esemplificativa: Sen. De Cristofaro, Sen. Giovanardi, Sen. Lo Moro, in *Resoconto,* cit., rispettivamente pp. 34, 37 e 44.

[29] Sen. Lo Moro, *ibidem*. Peraltro, in isolata controtendenza rispetto ad altre voci del suo gruppo parlamentare.

(cc) BY-NC-ND

A parte qualche generico riferimento ai *trend* in discesa e qualche altrettanto generico riferimento alle cause[30], stupisce la totale assenza di relazione fra affermazioni e dati non solo negli interventi in Aula ma, altresì, nella stessa Relazione di accompagnamento al testo unificato presentato dalla Commissione Giustizia[31].

Si deve, cioè, prendere atto che, quantomeno nella fase della discussione in Aula, nessuno ha considerato opportuno o utile richiamare in termini "fattuali" e oggettivi la correlazione fra riforma e cause fondanti di essa.

Se così si fosse fatto, ad esempio, si sarebbe potuto vedere che, tendenzialmente, «l'azione di controllo dello stato psicofisico del conducente e di repressione della guida in stato di ebbrezza alcoolica (come sanzionata agli artt. 186 e 186 *bis* del codice della strada) o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti o psicotrope (cfr. art. 187 c.d.s.)», effettuata nelle ore notturne del sabato e della domenica, dimostra che, a sostanziale parità di conducenti controllati, nell'ordine, staticamente significativo, delle decine di migliaia di controlli, i conducenti risultati positivi all'etilometro nelle fasce di età 18-22 anni e 23-27 anni sono meno della metà o poco oltre la metà di quelli appartenenti alla fascia di età più elevata[32].

Ciò anche a smentire una certa retorica della prevenzione e della sensibilizzazione «soprattutto dei giovani che decidono di mettersi alla guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti»[33].

3. Ripartendo dalle premesse.

Questo "carotaggio" mirato ad uno specifico aspetto degli interventi legislativi degli ultimi anni sembra confermare con nettezza l'affermazione che il nostro legislatore «è stato più attento ai flussi emotivi dei consociati che alle concrete problematicità della giustizia penale o dei fenomeni criminali»[34].

L'esame di questa incompleta radiografia offre lo spunto per una riflessione di fondo che, forse, meriterebbe qualche attenzione: ci stiamo, cioè, avvicinando pericolosamente ad una soglia di non ritorno magistralmente evocata da Fiandaca laddove ammonisce sui rischi della «svalutazione quasi preconcetta sia della dimensione tecnica della legiferazione penale, sia dei profili garantistici»[35] perché, come si è sostenuto nell'Aula del Senato, «ai magistrati, alle Forze dell'ordine, agli avvocati spetta il compito di perseguire i colpevoli[36] e di applicare le giuste sanzioni e pene; ma a noi spetta il compito di fare buone leggi che consentano ai cittadini di avere più fiducia nelle istituzioni, nelle regole, nella giustizia giusta»[37].

Ed in effetti è stato chiaramente messo in evidenza che la normativa sull'omicidio

[30] Non senza significativi errori metodologici laddove, ad esempio, si è ragionato in termini di numeri assoluti (numero di morti per nazione) senza correlarlo alla popolazione: ne consegue, evidentemente, che l'Italia ha un numero assoluto di decessi molto più alto della Lettonia, della Lituania o del Lussemburgo ma, rispetto a questi, come a molti altri Stati europei, ha un'incidenza per milione di abitanti inferiore (dati Eurostat 2018 o, rispetto all'epoca, Rapporto del 19 luglio 2016 ACI – ISTAT, *Incidenti stradali*, cit., p. 4).
[31] Testo integrale della relazione del senatore Cucca sul disegno di legge n. 859-1357-1378-1484-1553, Allegato B al *Resoconto*, cit.
[32] Ministero dell'Interno, Osservatorio Permanente "stragi del sabato sera", *Controlli e servizi effettuati da Polizia Stradale e Arma dei carabinieri*, anno 2018, p. 2 (in particolare, nel 2018, 3,4% di positivi su 42.489 controlli per la fascia 18-22; 4,9% di positivi su 47.044 controlli per la fascia 23-27 e 7,0% su 54.209 controlli per la fascia *over* 32).
[33] Sen. Albano, in *Resoconto*, cit., p. 25. Ma si veda anche Stefani, in *ivi*, p. 15.
[34] R. Bianchetti, *La paura del crimine*, cit., p. 517.
[35] G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., p. 101.
[36] C'è forse una qualche criticabile confusione sul ruolo dell'avvocato, ma, verrebbe da dire, anche di altri soggetti.
[37] Sen. Pezzopane, in *Resoconto*, cit., p. 29.

(cc) BY-NC-ND

stradale «sta a significare, evidentemente, come obiettivo primario del legislatore sia stato quello di un notevole innalzamento del carico sanzionatorio, chiaramente a scopo "promozionale", che però rischia di alterare la sistematica sanzionatoria in materia di reato colposo»[38].

In buona sintesi, la domanda che vado a porre è se il circuito tenda a mettere in sequenza un rapporto di reciproca influenza fra variabili quali informazione, opinione pubblica ed esigenze politiche che, prescindendo dalla realtà oggettiva dei fatti e dalla evidenza scientifica che ne dovrebbe supportare la valutazione, generino un meccanismo incontrollabile di normazione nel settore penale svincolato da esigenze concrete e/o da obbiettivi razionali e lucidi.

Rapporto, peraltro, che, come ogni cerchio, è tragicamente perfetto, senza inizio e senza fine.

Il meccanismo circolare è plasticamente descritto da uno studioso tedesco, Harald Kania, secondo cui due fattori, ragionevolmente, influenzano l'opinione "distorta" della gente: la scarsità di esperienze personali di contatto col crimine e la credibilità attribuita ai *media*, «da qui il fatto che le concezioni individuali sulla criminalità risultano essere molto più un prodotto della rappresentazione mediatica piuttosto che di *reali* esperienze personali di reati»[39].

Accade dunque che «quando avvertono una paura del crimine da parte delle persone (cioè dei loro elettori) i politici si sentono subito stimolati all'azione»[40].

Con ciò realizzando «due prototipi della simbolicità penale»[41]: 1) il conio di nuove fattispecie ostentate come "imprescindibili" quando «le nuove non offrono prospettive di sostanziale miglioramento in ottica preventiva ovvero di salvaguardia del bene» e 2) la scorciatoia «dell'aumento edittale delle sanzioni: una "tentazione" non giustificabile con l'effetto "ansiolitico" recato alla società in generale o a gruppi particolarmente interessati al problema»[42].

Pare, quindi, sia condivisibile il timore che «se è vero – come è vero – che la rappresentazione mediatica del crimine contribuisce, mediante la formazione e l'interpretazione della "opinione pubblica" sulla criminalità, a orientare la produzione legislativa in materia, ciò significa che siamo in presenza di un problema di democrazia»[43].

L'illustre Autore sottolinea, del resto, come il rischio di una "deriva" verso «forme di democrazia *sostanziale* a scapito delle tradizionali regole formali della democrazia sia rappresentativa che costituzionale» si accentua quanto più questa comunicazione mediatica diventa massiva, con specifico riferimento ai *social network*[44].

---

[38] A. Manna, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in A.a.V.v., *La società punitiva*, cit., p. 11.
[39] H. Kania, *La rappresentazione televisiva del crimine e la costruzione delle realtà soggettive*, in G. Forti, M. Bartolino (a cura di) *La televisione del crimine: atti del convegno "la rappresentazione televisiva del crimine"*, Vita e pensiero, 2005, p. 365.
[40] *Idem*, p. 366.
[41] S. Bonini, *Funzione "strumentale" e funzione "simbolica" del diritto penale, fra discorsività "critica" e discorsività "dialogica"*, in A.a.V.v., *La società punitiva*, cit., p. 28.
[42] *Ibidem.*
[43] F. Palazzo, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume*), in *Riv. Dir. dei Media*, n. 3/2018, pp. 2-3.
[44] *Ibidem.*

BY-NC-ND

4. L'idiosincrasia per i dati.

«Incredibile ma vero: nel 2016 il numero degli omicidi commessi nel nostro Paese è ancora diminuito. È sorprendente innanzitutto perché la decrescita è iniziata nel lontano 1992 e non si è mai arrestata. Nel 1991 ce ne furono 1.916 (3,4 per 100mila abitanti), nel 2016 invece sono stati 397 (0,65 per 100mila). È sorprendente, in secondo luogo, perché nell'ultimo anno il calo è stato ancora più forte del solito: -15%. È sorprendente, infine, perché nell'ultimo ventennio l'Italia ha avuto un tasso di omicidio più basso del Regno Unito e della Francia, che per secoli sono stati, da questo punto di vista, paesi più sicuri. Dunque, l'Italia non solo non ha più, per l'alto livello di criminalità, un «vero primato, che non è quello sognato dal Gioberti», come scriveva ironicamente, nel 1883, Filippo Turati, ma «si trova decisamente alla testa degli altri Paesi nella tendenza al declino di questo delitto»[45].

Possiamo, rispetto a questo dato assolutamente non controvertibile, correlarci ad una elaborazione Eurostat che compara i dati sugli omicidi volontari denunciati nei paesi UE per 100.000 abitanti, stilando una sorta di "classifica".

Ebbene, l'Italia è tra i fanalini di coda (nel senso positivo) con un tasso inferiore o nettamente inferiore a paesi ritenuti estremamente più sicuri, come la Danimarca, la Germania, la Svezia[46], tanto che il dato può essere considerato «tra i più bassi a livello europeo»[47].

Si noti, peraltro, che l'omicidio volontario rappresenta un indice di riferimento ad alto tasso di affidabilità: in paesi di normale stabilità, infatti, esso rappresenta un elemento sostanzialmente certo nei numeri (omicidi denunciati) e nella qualità (l'omicidio volontario ha una definizione giuridica sostanzialmente coincidente nei vari sistemi giuridici).

Penso, tuttavia, di poter essere esentato dal dover dimostrare l'esistenza di una ossessiva e diffusa ridondanza a livello mediatico di qualsivoglia fatto di sangue che, nel sistema, resta "in circolo" come un'infezione e con la tendenza quasi maniacale a trasformare ogni vittima in un'eroe/eroina da chiamare per nome, in una sorta di apparentamento silente e pervasivo che ci rende tutti genitori, fratelli, figli di queste persone uccise.

Ma le valutazioni della gente, anche in ragione del meccanismo mediatico sopra richiamato, sono, quantomeno per l'omicidio, notevolmente lontane dalla realtà statistica: le persone – soggette ad intervista – sovrastimano il numero annuale di omicidi e sottostimano il tasso di loro soluzione[48].

«La percezione del rischio di criminalità influisce negativamente sul senso di smarrimento e di disagio che i cittadini avvertono»[49] e, tra il 2008/2009 ed il 2015/2016, «ritiene di vivere in una zona molto o abbastanza a rischio di criminalità il 33,9% della popolazione con più di 14 anni, dato decisamente in aumento rispetto alla rilevazione precedente (+11,9%)»[50].

Naturalmente, accanto a reati in forte decrescita, ve ne sono altri che hanno avuto un'impennata e che contribuiscono ad alimentare, su basi più motivatamente "realistiche", il

[45] M. Barbagli, A. Minello, *L'inarrestabile declino degli omicidi,* in *lavoce.info,* 16 maggio 2017.
[46] Il dato è rinvenibile su *http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do*
[47] *Delitti, imputati e vittime dei reati (una lettura integrata delle fonti su criminalità e giustizia*), in *Temi*, a cura di ISTAT, 2018, p. 9.
[48] H. Kania, *La rappresentazione*, cit., p. 379.
[49] *La percezione della sicurezza (anni 2015-2016)*, in *Statistiche Report*, p. 7 (www.istat.it).
[50] *Ibidem*.

(cc) BY-NC-ND

senso di preoccupazione dei cittadini: in particolare taluni tipi di furto ed altri reati predatori come le rapine[51] pur se si tratta di un andamento sinusoidale con un *trend* positivo tra il 2010 ed il 2014 ed un'inversione di tendenza nella fase successiva[52]. Tanto da portare il dato complessivo delle rapine da 43.754 nel 2013 a 28.612 nel 2017 e quello dei furti da 1.573.213 a 1.198.892 in pari periodo[53].

Resta il fatto che «considerando gli omicidi in cui la vittima è una donna, l'Italia esprime un valore del tasso molto basso (0,5 omicidi per 100 mila donne), lievemente superiore al minimo registrato in Lussemburgo e Austria (0,4 omicidi per 100 mila donne)»[54].

È appena il caso di sottolineare che un solo omicidio, in una lettura civile dei rapporti sociali, è già troppo, ma il punto su cui si chiede una riflessione o, per meglio dire, rispetto al quale si formula un auspicio è che i dati statistici vengano presi in considerazione e utilizzati prima di effettuare interventi normativi di tipo securitario del tutto improvvidi.

L'utilizzo del fatto di cronaca come grimaldello per entrare nel labirinto delle paure collettive e orientarne le decisioni è un esercizio, a lungo termine, irresponsabile: «gli italiani hanno paura: non più legata esclusivamente al timore di rimanere vittima di reato, la paura è diventata uno dei tratti fondamentali del nostro tempo, alimentata dall'insorgere di un insieme di insicurezze di diversa natura»[55].

5. Conclusioni: diamo i numeri.

Dobbiamo, dunque rassegnarci a convivere con questa produzione normativa disancorata dalla realtà e stimolata artificialmente? Una «legislazione penale compulsiva»[56] sempre «più incline alla *punitività* e al populismo che […] ha portato all'affastellamento delle norme penali e alla configurazione di un sistema irrazionale, sproporzionato e caotico»[57]?

Sperabilmente no. Ciò che, forse, si può provare a fare è stimolare la riflessione sui dati di realtà, senza enfatizzarne l'importanza (i dati statistici non sono e non possono essere l'unica chiave di interpretazione dei fenomeni); si può tuttavia ritenere che una più meditata valutazione dei fatti, anche veicolata dallo studio analitico delle condotte devianti, possa contribuire a una inversione di tendenza.

È pur vero che «la politica cerca risposte volte principalmente a coagulare consenso»[58], è altrettanto vero che le opinioni possono mutare e i comportamenti rendersi più virtuosi, come testimonia l'ampliamento, impensabile pochi decenni addietro, del perimetro di persone positivamente orientate all'attenzione sui temi ecologici e disposte ad operare concretamente perché i sottostanti obbiettivi siano soddisfatti.

Non resta, dunque, che, di tanto in tanto, *dare i numeri* così da realizzare attraverso una locuzione gergale che richiama il concetto di follia un percorso volto a stimolare un senso di legalità collettivo; perché una delle patologie del Paese, insegnava Calamandrei, è il «discredito

[51] *Idem*, p. 16.
[52] Fonte ISTAT: *www.istat.it/it/files/2017/12/cap07.pdf* , p. 112.
[53] *1° Rapporto sulla filiera della sicurezza in Italia*, a cura di Censis e Federsicurezza, 2018, p. 8. Il dato sul 2017 di furti e rapine viene dato come non consolidato, ma certamente è indicativo di una diminuzione significativa.
[54] Fonte ISTAT: *www.istat.it/it/files/2017/12/cap07.pdf* , p. 110.
[55] *1° Rapporto sulla filiera,* cit., p. 4.
[56] Si legga R. Bianchetti, *La paura del crimine,* cit., pp. 541 ss. (con ampi richiami di dottrina).
[57] *Idem*, p. 543.
[58] D. Pulitanò, *Intervento*, in Aa.Vv., *La società punitiva*, cit., p. 3; nello stesso senso: G. Insolera, *Intervento*, in *ivi*, pp. 36-37.

BY-NC-ND

delle leggi» determinato dalla slealtà del legislatore «che faceva leggi fittizie, truccate, meramente figurative, colle quali si industriava di far apparire come vero attraverso l'autorità del legislatore ciò che in realtà tutti sapevano che non era vero e non poteva esserlo»[59].

Nella stessa sede, il grande Costituente ebbe a citare Ugo Foscolo che, incaricato di preparare un progetto di Codice penale militare si ripromise, nella relazione introduttiva, di compilare tutta l'opera «in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole […]. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana»[60].

Ugo Foscolo, il capitano Ugo Foscolo, nel 1801.

[59] P. Calamandrei, *Intervento all'assemblea costituente*, 4.3.1947, seduta pomeridiana, p. 10 del pdf.
[60] *Idem*, p. 2 del pdf.

BY-NC-ND

DIRITTO PENALE E UOMO

Riflessione

L'impiego delle tecniche di *neurofeedback* nell'ambito del trattamento degli autori di reati

di Susanna Arcieri

***Abstract**. Negli ultimi decenni, sono stati condotti diversi studi sperimentali volti a testare l'efficacia di una particolare tecnica di addestramento diretto delle funzioni cerebrali, il cd.* neurofeedback*, su gruppi di criminali violenti o affetti da disturbi mentali, come forma di trattamento finalizzato a ridurre i rischi di recidiva e contrastare le tendenze antisociali.*

Tra i numerosi possibili sviluppi di questo relativamente nuovo campo di ricerca, vi è l'ambizione di arrivare a sostituire – o, più realisticamente, almeno per il momento, ad accompagnare –, la terapia fondata sul neurofeedback *alla pena detentiva di stampo tradizionale.*

Nel presente contributo saranno passati rassegna alcuni dei più significativi studi in materia di impiego di tecniche di neurofeedback *in sede di trattamento degli autori di reati, con particolare attenzione ai metodi impiegati, ai principali risultati ottenuti e a limiti connessi a ogni singola indagine.*

Sommario: 1. Premessa e generalità. – 2. Gli studi di *biofeedback* e *neurofeedback* di Douglas Quirk sulla recidiva. – 3. Il *neurofeedback* come forma di trattamento dei criminali tossicodipendenti: la proposta di David Eagleman. – 4. (segue) L'esperimento di Margarita Roso con i detenuti spagnoli. – 5. *Neurofeedback* e criminalità minorile: lo studio di Peter Smith e Marvin Sams. – 6. *Neurofeedback* e criminali psicopatici: uno studio tedesco. – 7. Il *neurofeedback* come strumento di controllo e riduzione della rabbia: i casi presentati dal dott. D. Corydon Hammond. – 8. Prime conclusioni provvisorie.

1. Premessa e generalità.

Si assiste negli ultimi trent'anni a una sempre crescente attenzione nei confronti di una terapia psicofisiologica nota come ***neurofeedback*** (**NFB**) o *neurotraining*.

BY-NC-ND

Questa tecnica, nata negli Stati Uniti come variante del ***biofeedback***[1], una pratica in uso già dagli anni '60, consiste in una sorta di "**addestramento diretto**" dei circuiti neurali che sfrutta i risultati delle analisi cerebrali (da cui il nome "neuro" e "*feedback*") e consente al paziente di intervenire, con l'aiuto di un esperto, direttamente e personalmente **sul proprio cervello**, per modificarne l'attività e gli assetti[2].

Si tratta di una procedura relativamente semplice, a base psicofisiologica e non farmacologica, a carattere non invasivo e apparentemente priva di effetti collaterali, durante la quale il paziente viene sottoposto a un **ciclo di sessioni** di vero e proprio *training* cerebrale: nel corso di ogni sessione, di durata variabile (solitamente dai quaranta ai sessanta minuti), il soggetto è collegato a un **elettroencefalografo** e può visualizzare **in tempo reale** la propria attività cerebrale, mentre un professionista gli spiega che cosa deve fare per intervenire su ciò che vede, allo scopo di **modificare** in senso correttivo **le onde cerebrali**.

Più in particolare, durante ogni sessione il paziente viene posto davanti allo schermo di un computer che **proietta** le sue onde cerebrali registrate dall'elettroencefalogramma in corso. Il "come" concretamente viene visualizzata l'attività cerebrale varia a seconda del disegno dello studio (spesso è rappresentata in forma di musica o di animazioni; nel caso in cui il paziente sia un bambino, il tutto può assumere le sembianze di un videogioco)[3].

Durante la procedura, l'esperto si limita a dare istruzioni e fornire chiarimenti di carattere tecnico; deve essere infatti il paziente a intervenire sul suo cervello, con l'obiettivo di incrementare o – a seconda dello scopo del trattamento – ridurre l'attività elettrica[4].

La tecnica del *neurofeedback*, oltre che per l'ambito prettamente **medico** (già da tempo la procedura viene usata per curare patologie come il disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività o **ADHD**[5], o l'**emicrania**[6]) presenta un impatto significativo anche per il diritto penale, specie nell'ottica di fornire nuove opportunità di **trattamento dei criminali** violenti attraverso un intervento diretto sui meccanismi cerebrali coinvolti nella gestione dell'**impulsività** e dei **comportamenti aggressivi**, allo scopo di ridurre le tendenze violente e prevenire condotte recidivanti.

---

[1] Il *biofeedback* (cd. "retroazione biologica") è una tecnica psicoterapeutica finalizzata a consentire al paziente di influire significativamente, o addirittura di controllare volontariamente, i processi fisiologici che normalmente si svolgono al di fuori della coscienza, come ad esempio la frequenza del battito cardiaco, o su quelle generalmente controllabili ma che, a causa di una malattia o di un evento traumatico, suggono nel caso specifico ai normali meccanismi regolatori.

[2] Per ulteriori approfondimenti sui protocolli e le procedure impiegate nell'ambito dei trattamenti mediante NFB. Si vedano, tra gli altri, H. Marzbani, H.R. Marateb, M. Mansourian, *Neurofeedback: A Comprehensive Review on System Design, Methodology and Clinical Applications*, in *Basic ClinNeurosci*., 7(2), 2016, pp. 143 ss.; C.B. Yucha, D. Montgomery, *Evidence-based practice in biofeedback and neurofeedback*, in *Faculty Publications (N)*, 1 2008, pp. 1 ss; G. Sabato, *Addestrare il cervello*, in *Mente & Cervello*, n. 151, luglio 2017, pp. 54 ss., dai quali sono tratte le informazioni riportate nel presente paragrafo.

[3] D.Z. Blandon, J.E. Muñoz, D. Lopez, O. Henao, *Influence of a BCI neurofeedback videogame in children with ADHD. Quantifying the brain activity through an EEG signal processing dedicated toolbox*, 2016, pp. 1 ss.

[4] Cfr. M. Muhm, *Libero arbitrio ed imputabilità*, in *Arch. pen*., n. 1, 2016, p. 22.

[5] Cfr., ad es., M. Schönenberg et al., *Neurofeedback, sham neurofeedback, and cognitive-behavioral group therapy in adults with attention-deficit hyperactivity disorder: a triple-blind, randomised, controlled trial*, in *Lancet Psychiatry,* 4, 2017, pp. 673 ss.; K. Mayer et al., *Neurofeedback of slow cortical potentials as a treatment for adults with attention-deficit/hyperactivity disorder*, in *ClinNeurophysiol,* 127, 2016, pp. 1374 ss.; M. Arns, W. Drinkenbur, J.L. Kenemans, *The effects of QEEG-informed neurofeedback in ADHD: an open-label pilot study*, in *ApplPsychophysiol Biofeedback*, 37, 2012, pp. 171 ss.; T. Fuchs et al., *Neurofeedback treatment for attention deficit/hyperactivity disorder in children: A comparison with methylphenidate*, in *Applied Psychophysiology and Biofeedback*, 28, 2003, pp. 1 ss.; V.J. Monastra, D.M. Monastra, S. George, *The effects of stimulant therapy, EEG biofeedback, and parenting style on the primary symptoms of attention-deficit/hyperactivity disorder*, in *Applied Psychophysiology & Biofeedback*, 27(4), 2002, pp. 231 ss.

[6] Cfr., ad es., M.P. Jensen et al., *Neurofeedback treatment for pain associated with complex regional pain syndrome*, in *Journal of Neurotherapy*, 11(1), 2007, pp. 45 ss.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Per valutare la percorribilità di questa strada, negli ultimi anni sono stati condotti diversi **esperimenti con detenuti** per testare l'efficacia delle tecniche di NFB a scopo di contrasto alla criminalità e riduzione del rischio di recidiva.

Proponiamo di seguito una **rassegna** di alcuni di questi studi e dei relativi risultati.

2. Gli studi di *biofeedback* e *neurofeedback* di Douglas Quirk sulla recidiva.

Lo psicologo canadese **Douglas Quirk** ha lavorato per diversi anni presso **l'istituto penitenziario dell'Ontario**, nei pressi di Toronto, e fin dal **1959** ha dedicato gran parte del suo tempo allo studio delle potenzialità delle tecniche di *biofeedback* e *neurofeedback* nel trattamento di vari disturbi.

Negli ultimi 20 anni della sua vita, l'attenzione di Quirk si è concentrata sul trattamento di detenuti affetti da **disturbi epilettici** accompagnati da **tendenze aggressive**. Trattamento che non risulta affatto semplice, secondo lo psicologo[7], in ragione dell'estrema difficoltà a individuare con precisione le variabili alla base della **pericolosità sociale**, il che, evidentemente, rende a sua volta difficile «identificare coloro che più probabilmente manifesteranno in futuro tale attribuito»[8] e, in generale, impostare un programma di trattamento efficace rivolto ai criminali ritenuti socialmente pericolosi.

Nel tentativo di fare chiarezza su questo tema, Quirk ha voluto indagare l'esistenza di un **legame tra la pericolosità** dei detenuti – intesa come la probabilità di commissione di crimini violenti – e specifici **meccanismi cerebrali** connessi alla loro patologia.

L'ipotesi di Quirk era infatti che lo sviluppo del disturbo epilettico dipendesse dalla stimolazione di una particolare zona dell'encefalo, denominata ***drive center***.

Spiega infatti lo psicologo che, secondo quanto emerso da studi condotti in precedenza sugli animali, «stimolando elettricamente alcune parti di questa zona» – appunto, il *drive center* – il soggetto «risponde come se provasse **rabbia**, **eccitazione sessuale, fame, sazietà o piacere**»[9].

Inoltre, «se la stimolazione del *drive center* è condotta su soggetti ospedalizzati, le possibili reazioni sembrano includere anche **comportamenti fuori controllo** o **pericolosi**; condotte cioè che non sono regolate dagli ordinari processi della corteccia e che sfuggono alla nostro controllo razionale. A seconda dell'area stimolata, le reazioni potrebbero tradursi in "furia cieca" (violenze e aggressioni volontarie), atti sessuali inappropriati (violenza sessuale), un comportamento alimentare sregolato, un incremento della violenza o di forme di dipendenza [...] Per ragioni fisiologiche, o a causa di incidenti, alcune persone hanno subito una stimolazione di quelle zone del cervello: si tratta di persone soggette a gravi episodi di epilessia»[10].

---

[7] D.A. Quirk, *Composite Biofeedback Conditioning and Dangerous Offenders: III*, in *Journal of Neurotherapy: Investigations in Neuromodulation, Neurofeedback and Applied Neuroscience*, 1:2, 1995, pp. 44 ss.

[8] *Idem*, p. 44 («*identify people who will manifest this attribute*» – la presente traduzione, così come le successive riportate nel presente contributi, sono a cura dell'autrice).

[9] *Idem*, p. 45 («*responds as though it was experiencing rage, sexual arousal, hunger, satiety, or pleasure-reinforcement*»).

[10] *Ibidem* («*if electrical stimulation of the drive center were to be achieved in ambulatory human subjects, it seems possible that the results might include dangerous or uncontrolled behaviors, that is, acts unregulated by the usual organizing effects of conscious cortical processing. Depending on the location stimulated, the actions might include "blind rages" (assaults, malicious damage?), inappropriate sexual acts (sex offenses?), unexplained over- or under-eating, or escalating violent or addictive behaviors.* [...] *Nature*

Per verificare la fondatezza della sua ipotesi, Quirk ha selezionato un campione di **77 detenuti** del penitenziario dell'Ontario – una struttura che ospita individui con disturbi mentali o squilibri emotivi che necessitano particolari forme di trattamento – le cui condizioni (lesioni cerebrali, storie personali caratterizzate da abusi, disturbi dell'attenzione o del comportamento) suggerivano fossero **affetti da epilessia**.

Lo psicologo ha sottoposto parte di loro al **programma di *neurofeedback*** – con un numero di sessioni variabile, della durata di un'ora e mezza l'una a frequenza settimanale o bisettimanale, impiegando protocolli basati sulla GSR (risposta galvanica della pelle)[11] e sul SMR (ritmo senso motorio)[12] –; un secondo gruppo di detenuti, invece, non ha sperimentato alcuna forma di *training* cerebrale.

I soggetti sottoposti a NFB hanno proseguito il trattamento per **tutta la durata della pena**, fino al momento del rilascio o del trasferimento in altra struttura. L'osservazione di ciascun soggetto si è protratta per i primi **diciotto mesi successivi** all'uscita di prigione.

Da tale osservazione è risultato che **il 65%** di coloro che **non avevano beneficiato** del trattamento (o non avevano svolto più di quattro sessioni di NFB) hanno commesso **nuovi reati** dopo il rilascio; percentuale che **scendeva al 20%** nell'ambito del gruppo di coloro che avevano completato **34 o più sessioni** di *neurofeedback*.

Il dettaglio dei risultati dell'osservazione successiva al rilascio è indicato nella seguente **tabella**.

Tassi di recidiva in rapporto al n° di sessioni di NFB					
N° sessioni	N° detenuti	Età media	Durata follow-up	Recidiva	
				N° soggetti recidivi	% soggetti recidivi
0 - 4	17	25	16 mesi	11	65%
5 - 10	17	24	20 mesi	8	47%
11 - 16	15	23	19 mesi	6	40%
17 - 33	18	24	17 mesi	7	39%
> 34	10	24	18 mesi	2	20%

Tabella 1 – Rielaborazione della Table 1, a p. 51 dello studio di Quirk

Nonostante una serie di **limiti** dell'esperimento, che l'Autore espressamente riconosce e che rendono necessari ulteriori approfondimenti di ricerche e nuovi studi[13], i risultati ottenuti sembrano consentire di **concludere**, almeno preliminarmente, che «un gruppo di autori di reati

and accident have arranged for just such electrical stimulation in some human subjects. These are some of the people who are subject to deep-brain epileptic events»).

[11] Si tratta di una procedura di *biofeedback* che consente di registrare i livelli di sudorazione. Attraverso alcuni elettrodi posti sul palmo e sul dorso della mano viene misurata la conduttanza elettrica della pelle, associata con l'attività delle ghiandole sudoripare e indice dello stato di ansia del soggetto.

[12] Il ritmo sensomotorio è un particolare ritmo cerebrale, registrato tramite EEG, che interferisce con il controllo motorio/esecutivo.

[13] Tra i punti deboli dello studio, Quirk ricorda ad esempio i problemi i limiti di *budget* che hanno precluso la possibilità di effettuare una valutazione diagnostica dei soggetti coinvolti, la mancanza di informazioni in ordine alla durata della permanenza nel penitenziario dei singoli detenuti (il che avrebbe permesso di valutare l'eventuale ruolo svolto da altre forme di trattamento subite dai soggetti nella produzione dei risultati osservati); cfr. D.A. Quirk, *Composite Biofeedback Conditioning*, cit., p. 52.

pericolosi può essere correttamente identificato, studiato e trattato con successo»[14] grazie al ricorso a tecniche di *biofeedback*.

3. Il *neurofeedback* come forma di trattamento dei criminali tossicodipendenti: la proposta di David Eagleman.

Tra coloro che negli ultimi anni si sono interrogati sulle potenzialità dell'impiego delle tecniche di *neurofeedback* in sede penale come possibile **alternativa** alle tradizionali forme di **punizione**, vi è un gruppo di scienziati americani del Center for Science and Law di Houston, di cui fa parte anche il neuroscienziato statunitense **David Eagleman**[15].

Nell'ambito della sua proposta volta a costruire un "sistema penale neurocompatibile"[16], Eagleman suggerisce il ricorso alle tecniche di NFB nell'ambito del trattamento degli autori di reato, come forma di intervento sulle specifiche aree cerebrali che la scienza ha dimostrato essere strettamente correlate al comportamento criminale. In quest'ottica, un terreno sul quale il *neurofeedback* potrebbe risultare particolarmente efficace è, secondo Eagleman e il suo *team*, quello dei reati di **droga**[17]. In un articolo del **2010**, Eagleman e colleghi osservano infatti che «le idee più innovative che si profilano all'orizzonte offrono nuove prospettive per procedere a un vero e proprio **trattamento della tossicodipendenza**, invece di concentrarsi sulla punizione»[18].

Nel trattamento della tossicodipendenza, evidenziano gli Autori, il primo problema che affligge coloro che ne sono affetti, e che occorre trattare, è quello del **desiderio** quasi invincibile che spinge al consumo della sostanza (***craving***).

Pertanto, uno dei principali obiettivi del trattamento di NFB dovrà essere in questo caso quello di **ridurre l'intensità** del desiderio, intervenendo sulle aree del cervello responsabili della pulsione ad assumere la sostanza.

A tal proposito, spiegano gli Autori, «decine di studi di *neuroimaging* funzionale, condotti principalmente su soggetti affetti da dipendenza da nicotina e cocaina, hanno mostrato un **incremento di attività** in corrispondenza di **alcune aree** del cervello», ossia la corteccia orbitofrontale, la corteccia dorsolaterale, la corteccia cingolata anteriore, lo striato e la corteccia insulare, «in presenza di **stimoli** legati alla droga»[19].

---

[14] *Idem*, p. 53 («*A subgroup of dangerous offenders can be identified, understood and successfully treated*»).
[15] Per altri spunti sul tema si rinvia a A. Bell, V. Jann, A. Valsecchi, *Intervista a David Eagleman. P.te 1, L'allenamento del lobo prefrontale. Come funziona?*, in *questa rivista*, 2 aprile 2019.
[16] Cfr. D. Eagleman, S.I. Flores, *Defining A Neurocompatibility Index for CriminalJustice Systems: A Framework to Align Social Policy with Modern Brain Science*, in *Law of the Future Series,* No. 1, 2012, pp. 161 ss.
[17] Tra le precedenti pubblicazioni in tema di impiego di tecniche di NFB nei confronti di soggetti tossicodipendenti v. T.M. Sokhadze, R. Cannon, D.L. Trudeau, *EEG biofeedback as a treatment for substance use disorders: Review, rating of efficacy and recommendations for future research*, in *Applied Psychophysiology and Biofeedback*, 33, 2008, pp. 1 ss.; D.L. Trudeau, *EEG Biofeedback for addictive disorders - The state of the art in 2004*, in *Journal of Adult Development*, 12, 2005, pp. 139 ss.
[18] D.M. Eagleman, M.A. Correro, J. Singh, *Why Neuroscience Matters for Rational Drug Policy*, originariamente pubblicato in *Minn. J.L. Sci. &Tech.,* 11 7, 2010, p. 20 («*cutting-edge ideas on the horizon offer new hope for directly treating drug addiction rather than focusing on punishment*»); più di recente, v. anche P.A. Ormachea et al., *The role of neuroscience in drug policy: Promises and prospects*, originariamente pubblicato in *Journal of Science and Law*, 2, 2016, pp. 1 ss. Entrambi gli articoli in parola sono stati ripubblicati su questa rivista (cfr. Redazione, *L'impiego delle tecniche neuroscientifiche per la comprensione e il contrasto del fenomeno della tossicodipendenza*, in *questa rivista*, 2 aprile 2019.
[19] D.M. Eagleman, M.A. Correro, J. Singh, *Why Neuroscience Matters*, cit., p. 18 («*dozens of functional neuroimaging studies, mostly in nicotine and cocaine-dependent individuals, have highlighted a distributed network of brain regions that show increased activity in response to drug-related cues*»).

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Non a caso, si tratta delle stesse zone connesse al **circuito della ricompense**, ai **processi decisionali** e, specie per quanto riguarda l'insula, all'elaborazione delle **risposte emotive**.

«L'attivazione dell'insula» proseguono Eagleman e colleghi «è fortemente legata al desiderio di diversi tipi di sostanze stupefacenti […]. È interessante notare che i danni all'insula eliminano completamente la voglia di fumare, senza alcuna ripercussione su altri comportamenti […]. Questi dati portano a ritenere che un intervento su tale rete neurale (e sull'insula in particolare) possa consentire di ridurre il desiderio alla base della tossicodipendenza»[20].

Vi sarebbe poi **un'altra caratteristica** comune a tutti i casi di tossicodipendenza, oltre alla difficoltà nella gestione dell'intensità del desiderio, rappresentata da una **ridotta capacità di controllo degli impulsi**: anche sotto questo secondo profilo, le acquisizioni delle neuroscienze offrono spunti interessanti per un efficace trattamento tramite *neurofeedback*.

«Il *neuroimaging* ha rivelato **una rete di aree** coinvolte nel **controllo cognitivo**, tra cui le zone della corteccia orbitofrontale (OFC), la corteccia cingolata anteriore (ACC) e la corteccia prefrontale dorsolaterale (DLPFC)» osservano gli studiosi.

> «Ad esempio, i tossicodipendenti assuefatti alla cocaina mostrano un'**attività anomala** della OFC e dell'ACC, è una **diminuita** attività della DLPFC, che va di pari passo con una ridotta capacità di autocontrollo e una scarsa capacità di adempiere a compiti che richiedono l'inibizione delle risposte impulsive. […]. Questi dati suggeriscono la necessità di **interventi terapeutici mirati**, volti a migliorare il controllo cognitivo nei tossicodipendenti»[21].

Le considerazioni del *team* di scienziati di Houston sono state confermate da alcuni **studi sperimentali** degli anni successivi, che hanno mostrato l'efficacia delle sessioni di *training* di NFB nella riduzione degli impulsi connessi, in particolare, all'assunzione di **metanfetamine**[22], **oppio** ed **eroina**[23].

4. (segue) L'esperimento di Margarita Roso con i detenuti spagnoli.

A mente le proposta di Eagleman, risulta particolarmente interessante un recente studio spagnolo condotto da **Margarita Roso**, psicologa specializzata in *neurofeedback* e ricercatrice presso l'Università di **Barcellona**.

Si tratta di una ricerca a carattere **sperimentale** incentrata sul trattamento dei responsabili di **reati** legati a condizioni di **tossicodipendenza** mediante tecniche di NFB. Più in dettaglio, nella prima metà del **2016** la Roso ha sottoposto un gruppo di detenuti del DAE (*Departamento de Atención Especializada*)[24] dell'istituto penitenziario "Brians 2" di Barcellona a un ciclo di sessioni di NFB, per poi confrontarne le condizioni e il quadro clinico con un altro gruppo di

---

[20] *I dem*, pp. 18-19 («*activation of the insula is strongly correlated with drug craving across different classes of drugs* [...] *Interestingly, damage to the insula disrupts subjective urges to smoke, without changing the motivation of other behaviors* [...] *These data point to the distributed neural network involved in craving (and the insula in particular) as prime targets for craving-reduction*»).

[21] *Ibidem* («*for example, cocaine addicts show abnormal OFC and ACC activity, as well as diminished DLPFC activity, hand-in-hand with diminished self-control and poor performance on tasks that require inhibition of impulsive responses.* [...] *These data suggest direct therapeutic interventions should be used to enhance cognitive control in drug addicts*»).

[22] P. Hashemian, *The Effectiveness of Neurofeedback Therapy in Craving of Methamphetamine Use*, in *Open Journal of Psychiatry*, 5, 2015, pp. 177 ss.

[23] F. Dehghani et al., *Neurofeedback training for opiate addition: improvement of mental health and craving*, in *Applied Psychophysiology and Biofeedback*, 38(2), 2013, pp. 133 ss.

[24] Si tratta della la struttura interna all'istituto destinata ai criminali tossicodipendenti.

detenuti, quanto più possibile omogeneo, che invece non aveva preso parte ad alcun tipo di *training*[25].

Ciascuno dei **due gruppi** (quello "**di trattamento**" e quello di controllo, denominato "**dei collaboratori**") si componeva di **dieci membri**[26].

Tutti e venti i detenuti hanno seguito un identico percorso: anche i collaboratori, infatti, sono stati sottoposti allo stesso numero di sessioni somministrate all'altro gruppo (40 in totale, a frequenza bisettimanale, della durata di 45 minuti), con la supervisione dei medesimi professionisti e con il supporto dello stesso psicoterapeuta; con l'ovvia differenza, però, che nel caso dei collaboratori l'intera **procedura** era solo **simulata**.

Onde evitare il rischio che eventuali influenze terze finissero col viziare i risultati dell'esperimento, nessuno, all'interno del penitenziario, con la sola eccezione del responsabile del progetto, era stato messo a conoscenza di quali soggetti facessero parte di quale gruppo. Per la stessa ragione, particolare cura è stata dedicata alla **selezione dei membri** dei due gruppi, allo scopo di garantire la massima omogeneità possibile (con riguardo a età, tipo di reato, caratteristiche comportamentali, tipo di sostanza stupefacente assunta, ecc.) dei detenuti e **favorire** così **il confronto** finale dei dati.

L'**obiettivo** dell'indagine era quello di **valutare l'efficacia** del NFB rispetto alla terapia-placebo, innanzitutto, «nel trattamento delle condotte aggressive e impulsive degli internati» e, secondariamente, «nella riduzione del desiderio di consumo si stupefacenti [e] nella cura dei sintomi di ansia e depressione»[27].

Una volta formati i due gruppi – e dopo aver raccolto il consenso di tutti i partecipanti – ha preso avvio l'esperimento vero e proprio, iniziato a **febbraio 2016** e concluso nel **luglio successivo**.

Nell'arco di quei mesi, ciascuna coppia di detenuti si è sottoposta a circa **40 sessioni** – reali o simulate – di *neurofeedback*.

Prima dell'inizio del *training* (effettivo o simulato) e a dopo l'ultima sessione a tutti i partecipanti è stato somministrato un **questionario** per verificare l'esistenza di una serie di **disturbi** (d'ansia, ci controllo degli impulsi, di aggressività, ecc.) e misurarne l'intensità attraverso precise **scale di valutazione**[28].

---

[25] M.C. Roso, *Programa-Tratamiento con Neurofeedback para un grupo de internos del Departamento de Atención Especializada de un centro penitenciario*, Estudio encargado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (Spanish version), 2016.

[26] Nel corso dell'esperimento, tuttavia, due collaboratori hanno lasciato il programma per problemi di cattiva condotta, così portando a otto il numero finale dei membri del gruppo.

[27] M.C. Roso, *Programa-Tratamiento con Neurofeedback*, cit., p. 9 («*como terapia para el comportamiento agresivo e impulsivo, en los internos* […] *en la disminución del deseo de consumo* […] *como terapia para los síntomas de ansiedad y depresión*»).

[28] Ricordiamo in particolare le valutazioni seguenti – si tratta dei sintomi per i quali l'esperimento ha dato i maggiori risultati, e su cui riteniamo pertanto opportuno soffermarci con più attenzione, sia nella descrizione dei relativi strumenti di valutazione sia con riguardo ai risultati della stessa (v. *infra* la tabella 2) –:

a) Lo *State-Trait Anxiety Inventory* (STAI), che consente di valutare lo stato di ansia distinguendo tra l'ansia-tratto (lo stato d'ansia generale, che rispecchia un tratto stabile della personalità del soggetto) e l'ansia-stato (legata al momento), a ciascuna delle quali è assegnato un punteggio da 1 a 4;

b) La *Hamilton Depression Rating Scale* (HDRS), che indaga le diverse aree emotive (es. senso di colpa, pensieri suicidi, insonnia, agitazione, sintomi somatici, ipocondria, sintomatologia paranoide od ossessiva) determinanti per la valutazione dello stato depressivo del soggetto. In questo caso, il punteggio assegnato alla singola componente va da un minimo di uno a un massimo di 5;

c) La valutazione del livello di aggressività (verso se stessi e verso gli altri, nei suoi diversi aspetti: aggressività diretta o fisica, indiretta o contro le cose, verbale, irritabilità, negativismo, risentimento, sospettosità, senso di colpa), misurato attraverso il questionario BDHI (*Buss Durkee Hostility Inventory*);

Il **risultato** delle suddette valutazioni, con il **confronto** delle risposte fornite dai membri dei due gruppi è stato il seguente:

		Gruppo trattato		Gruppo collaboratori	
		Pre	Post	Pre	Post
Sintomi legati ad ansia e depressione	Ansia-tratto	29,4	19,4	28,1	26,87
	Ansia-stato	28,6	19,1	30,4	17,34
	Depressione	17,2	4,2	18,7	6,38
	Condotta aggressiva	45,1	33,7	51,7	43,43
	Impulsività	49,1	37,9	57,4	49,87
ADHD	Difficoltà di attenzione	10,22	6,3	12,3	11,88
	Iperattività	15,67	11,5	19,9	17,63
	Impulsività	12,67	9,2	15,9	14,38
	Bassa autostima	7	4,8	8,2	7,63
	Fragilità emotiva	8	5,2	10,4	7,63

Tabella 2 – Rielaborazione delle tabelle da 3 a 12, pp. 25 ss. dello studio della Roso

Come si vede, la Roso ha **innanzitutto** riscontrato un generale **abbassamento** dei livelli di **depressione** e di **ansia-stato** (l'ansia, cioè, legata al singolo momento) in entrambi i gruppi, a seguito del trattamento. Peraltro, i soggetti realmente sottoposti a *neurofeedback* hanno riferito anche un notevole calo del livello di **ansia-tratto** (intesa come stato di malessere generale).

Questa diminuzione è stata registrata sia attraverso le risposte ai questionari sia grazie alle rilevazioni effettuate durante le sessioni di trattamento, che hanno mostrato altresì – anche qui, solo nei soggetti realmente trattati – un progressivo abbassamento dei livelli di **insonnia**, di **disagio fisico** e di **irrequietezza**.

Tali risultati assumono un significato ancora maggiore se si considera che, nel corso del trattamento, i soggetti (di entrambi i gruppi, ma specialmente di quello di trattamento) hanno progressivamente **ridotto** l'assunzione dei **farmaci** che, fino a prima dell'esperimento, venivano somministrati loro regolarmente spesso proprio per abbassare i livelli di ansia e stabilizzare l'umore[29].

d) La *Barratt Impulsivity Scale* (BIS), che indaga i livelli sia dell'impulsività generale sia dei singoli aspetti di essa – cognitiva, motoria e non pianificata – su una scala compresa tra 0 (assenza di disturbo) a 3;
e) Le *Conners Adult ADHD Rating Scales* (CAARS), ossia le scale che consentono di misurare – con punteggi da 1 a 4, dove 1 corrisponde a un'intensità e frequenza minime del problema – i sintomi tipici del disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività (difficoltà di concentrazione, iperattività, impulsività, fragilità emotiva, bassa stima di sé).
Tra gli altri *deficit* e tratti comportamentali indagati – per i quali, però, il confronto tra la situazione dei due gruppi prima e dopo il trattamento non ha mostrato significative differenze – ricordiamo lo stato d'ira, il livello di empatia (cognitiva e affettiva) e quello di intelligenza emotiva (si vedano le pp. 14 ss. dello studio in esame).

[29] I farmaci prescritti ai soggetti dell'esperimento erano prevalentemente ansiolitici, antidepressivi, stabilizzatori dell'umore, neurolettici, antipsicotici e amfetamine.

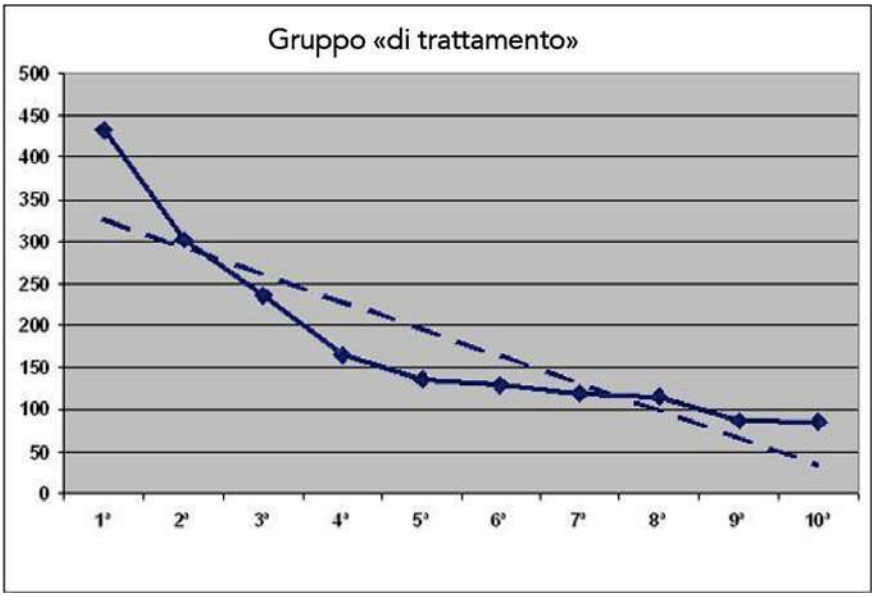
In secondo luogo, anche con riguardo all'**aggressività** la situazione è **migliorata** in entrambi in gruppi, ma in quello dei soggetti effettivamente trattati con il NFB la riduzione delle tendenze aggressive è apparsa decisamente superiore (specie per quel che attiene i livelli di irritabilità e di violenza fisica e verbale).

In terzo luogo, i soggetti trattati hanno riferito una consistente diminuzione anche dei livelli di **impulsività**, soprattutto quella **non pianificata** – che riflette la tendenza ad agire senza un'adeguata valutazione delle conseguenze – per la quale non sono state invece registrate differenze importanti tra i collaboratori prima e dopo il *training* simulato.

Infine, per quanto riguarda il disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività (**ADHD**), i problemi legati alla difficoltà di attenzione e alla bassa autostima sono generalmente **migliorati** all'interno del gruppo sottoposto al trattamento, nel quale è stata riscontrata altresì una **minore fragilità emotiva** inferiore rispetto all'inizio del trattamento (quest'ultima tendenza, peraltro, è stata registrata anche tra i collaboratori)[30].

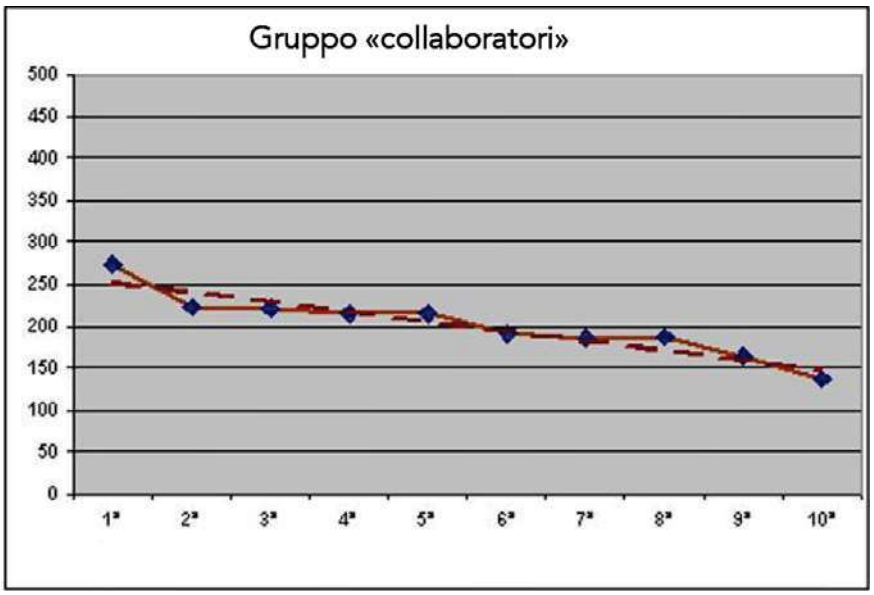
In estrema sintesi, afferma la psicologa, «dal confronto con il gruppo dei collaboratori, il trattamento con NFB ha dato risultati più consistenti (più costanti e più duraturi nel tempo) con riguardo ai seguenti sintomi: ansia (fisica e mentale); insonnia, tendenza depressiva dell'umore, instabilità emotiva, irritabilità, reazioni rabbiose, impulsività (generale), difficoltà di concentrazione»[31].

Il confronto dell'evoluzione complessiva dei sintomi nei due gruppi può essere così graficamente rappresentata:



[30] Al contrario, non sono state evidenziate differenze nei livelli di iperattività registrati prima e dopo il NFB.

[31] M.C. Roso, *Programa-Tratamiento con Neurofeedback*, cit., p. 58 («*en comparación, el tratamiento con NFB ha dado unos resultados más consistentes (más continuados y sostenidos en el tiempo) con el grupo colaborador, sobre los siguientes grupos de síntomas: 1) ansiedad (de tipo físico o psíquico), 2) Insomnio, 3) estado de ánimo depresivo, 4) inestabilidad emocional, 5) irritabilidad, 6) reacciones de rabia o ira, 7) impulsividad (en general), 8) dificultades de atención*»).



Grafici 1 e 2 –
Rielaborazione del Grafico 21, a p. 59 dello studio in esame. I valori di pendenza, calcolati nei due gruppi a partire dall'evoluzione dei sintomi nel corso dell'esperimento, sono risultati pari a - 4,8% (nel gruppo di trattamento) e a -13,7% (in quello dei collaboratori)

All'esito del suo lavoro, Roso trae le seguenti **conclusioni**:

> «1) Il NFB è **superiore al trattamento placebo** nell'aumentare la flessibilità cognitiva e favorire l'apprendimento dei cambiamenti di condotta;
> 2) il trattamento con NFB riduce il livello di attivazione cerebrale (*arousal*), **migliora la sintomatologia affettiva** con una riduzione dell'ansia, dei sintomi della depressione e dell'instabilità emotiva;
> 3) il NFB favorisce una **riduzione delle reazioni aggressive e impulsive** e favorisce il **ragionamento** precedente all'azione;
> 4) il NFB migliora la **capacità di attenzione**»[32].

5. *Neurofeedback* e criminalità minorile: lo studio di Peter Smith e Marvin Sams.

Un altro esempio di impiego delle tecniche di NFB nei confronti di soggetti responsabili di reati violenti è rappresentato dal lavoro dello **psicologo** americano **Peter Smith**, descritto in un articolo del **2005**[33] pubblicato assieme al collega **Marvin Sams**.

Lo scopo dello studio era quello di testare l'efficacia delle tecniche di *neurofeedback* nell'ambito della lotta alla **delinquenza giovanile**. Gli studiosi hanno così sottoposto cinque

---

[32] M.C. Roso, *Programa-Tratamiento con Neurofeedback*, cit., p. 82 («*1) La NFB es superior al placebo en la flexibilización de las funciones cerebrales y ha facilitado el aprendizaje y el cambio de la conducta. 2) El tratamiento con NFB reduce la activación (arousal) y mejora la sintomatología afectiva: disminuye la ansiedad, los síntomas depresivos y la inestabilidad emocional. 3) La NFB disminuye las respuestas agonistas de tipo impulsivo y agresivo y facilita el pensamiento previo a la acción. 4) La NFB mejora la capacidad de atención*»).

[33] P.N. Smith, M.W. Sams, *Neurofeedback with Juvenile Offenders: A Pilot Study in the Use of QEEG-Based and Analog-Based Remedial Neurofeedback Training*, in *Journal of Neurotherapy: Investigations in Neuromodulation, Neurofeedback and Applied Neuroscience*, 9:3, 2005, pp. 87 ss.

ragazzi responsabili di condotte violente (plurimi arresti per **reati sessuali**, **aggressioni**) e di reati di **droga**, di età compresa tra i **tredici** e i **diciassette anni**, a diverse sessioni di NFB, da 20 a 40, durante le quali potevano vedere la propria attività cerebrale registrata tramite elettroencefalografia quantitativa (**QEEG**) analogica[34].

Ogni sessione di *training* – suddivisa in più intervalli di circa cinque minuti, secondo il particolare protocollo adottato nello studio – iniziava con un **confronto** tra l'attività cerebrale registrata in quel momento e nella **sessione precedente**. Subito dopo, su indicazione e con l'assistenza degli esperti, i ragazzi venivano invitati a intervenire direttamente sul proprio cervello e **modificare le onde cerebrali**, mentre giocavano al videogioco "Tetris" su un dispositivo elettronico.

Al termine del percorso di *training*, i ricercatori hanno confrontato i dati raccolti prima e dopo il l'inizio del trattamento, riscontrando «**significative differenze** nei quozienti di attenzione uditiva (AAQ) e visiva (VAQ)»[35].

Infatti, «per tutti i ragazzi sottoposti a *training* […], il confronto tra i livelli di attenzione registrati prima e dopo ha mostrato consistenti miglioramenti dopo 20 sessioni»[36] sotto il profilo della capacità cognitive e del livello di attenzione.

Inoltre, tre ragazzi su cinque (quelli che si sono sottoposti al maggior numero di sessioni, da 34 a 40) hanno mostrato notevoli progressi sotto il profilo comportamentale, completando con successo il programma di *probation* cui avevano avuto accesso, senza commettere alcun reato per l'intera durata della prova[37].

In conclusione, osservano gli Autori, «diversi studi hanno dimostrato che un'alta percentuale della popolazione carceraria soffre di *deficit* o disfunzioni cerebrali, con problemi comportamentali, disturbi dell'attenzione e dell'apprendimento. Questo studio clinico, insieme a un numero crescente di risultati e ricerche, suggeriscono che il *neurofeedback* può essere validamente impiegato per il trattamento di molte di queste condizioni.

D'altre parte, anche in ragione di una serie di **limiti** connaturati all'indagine in esame[38], Smith e Sams sottolineano «la necessità di **nuove** e ben progettate **ricerche** per esplorare l'uso di tecniche di *neurofeedback* (e di altre procedure di *biofeedback*) sia con gli adulti sia con i minori», con l'auspicio che il proprio lavoro «possa incoraggiare altri in futuro ad approfondire le

---

[34] La procedura del QEEG veniva effettuata applicando sulla testa dei soggetti una sorta di cuffia contenente alcuni elettrodi, in grado di misurare i *pattern* elettrici che giungono dal cervello. Il *training* è stato preceduto dalla raccolta dei dati sulle onde cerebrali dei ragazzi effettuata tramite elettroencefalogramma. In particolare, la suddetta misurazione preliminare dell'attività cerebrale veniva effettuata in tre diverse condizioni: mentre il paziente teneva gli occhi chiusi, mentre li teneva aperti, e mentre era impegnato in un gioco elettronico. Inoltre, i ragazzi sono stati sottoposti a T.O.V.A (*Test of Variables of Attention*) e I.V.A. (*Intermediate Visual and Auditory Continuous Performance Test*) per la verifica dei livelli e della capacità di attenzione.

[35] P.N. Smith, M.W. Sams, *Neurofeedback with Juvenile Offenders*, cit., p. 95 («*significant differences were found for Auditory Attention Quotients (AAQ) and Visual Attention Quotients (VAQ)*»).

[36] *Idem*, p. 88 («*for all of the youth trained,* [...] *pre vs. post-audio and visual attention testing demonstrated significant improvement within 20 remedial sessions*»).

[37] I medesimi miglioramenti comportamentali non hanno invece riguardato gli altri due soggetti, per i quali il *training* è stato meno intenso (solo 20 sessioni).

[38] I predetti limiti sono individuati, ad esempio, nelle dimensioni ridotte del campione considerato, nell'assenza di un gruppo di controllo, nella variabilità della durata del numero di sessioni somministrate ai ragazzi e nella mancata valutazione dell'eventuale contributo causale prodotto da altre forme di trattamento offerte ai partecipanti dalle istituzioni parallelamente al *training* di NFB.

conoscenze in ordine ai possibili benefici del *neurofeedback* nella prevenzione della recidiva e per consentire la riabilitazione dei soggetti ritenuti più problematici per la società»[39].

6. *Neurofeedback* e criminali psicopatici: uno studio tedesco.

Più di recente, l'efficacia dell'impiego delle tecniche di NFB è stata testata anche su un gruppo di criminali affetti da **psicopatia** e responsabili di condotte violente.

Come noto, la personalità psicopatica si caratterizza per una serie di ***deficit* della sfera emotiva**, problemi d'impulsività, tendenze aggressive e scarsa capacità di autocontrollo. Tutti problemi che, secondo un gruppo di **medici e ricercatori tedeschi**[40], possono essere gestiti e controllati direttamente dal soggetto, attraverso una particolare forma di *training* di NFB con condizionamento dei "**potenziali corticali lenti**" (*Slow Cortical Potentials* – SCP), che sono **le risposte** generate dal sistema nervoso centrale o periferico agli **stimoli sensoriali** e che vengono registrati a mezzo di un esame specifico, con l'uso di elettrodi[41].

In particolare, spiegano gli studioso tedeschi, «i SCP riflettono le **variazioni dell'attività** negli strati corticali superiori e controllano l'eccitabilità a livello delle cellule della corteccia cerebrale»[42].

Numerosi studi precedenti[43] avevano accertato una stretta **correlazione** tra i **livelli di attività** registrati dai SCP e lo sviluppo dei tratti più tipici della **personalità psicopatica** – scarso controllo di sé, incapacità di pianificazione, eccessiva aggressività –: lo studio del cervello dei criminali psicopatici tramite i SCP aveva infatti rivelato che, nei soggetti affetti da tale patologia, erano spesso assenti gli incrementi di attività cerebrale registrati nei cervelli sani in risposta agli stimoli sensoriali[44].

Per testare l'efficacia del NFB sui SCP ai fini del trattamento della psicopatia, i ricercatori hanno selezionato **14 individui** psicopatici con precedenti penali per crimini violenti (**omicidio, violenza sessuale, rapina**) reclusi presso alcuni **istituti psichiatrici** tedeschi di massima sicurezza.

L'obiettivo e l'ipotesi di partenza dello studio sono così presentati dagli Autori: «abbiamo voluto […] verificare se i criminali con tratti psicopatici marcati siano in grado di imparare a **controllare la propria attività cerebrale** grazie al *neurofeedback* e se le caratteristiche della psicopatia – come la disinibizione, l'aggressività e gli aspetti comportamentali tipici della malattia

---

[39] *Idem*, p. 97 («*there is a pressing need for well-designed research studies to explore the use of neurofeedback (and other biofeedback procedures) with both adult and juvenile offenders* [...]. *Will encourage others to explore the possible benefit of neurofeedback in preventing recidivism and rehabilitating some of society's most troubled individuals*»).

[40] L. Konicar et al., *Brain self-regulation in criminal psychopaths*, in *Sci. Rep*., 5, 9426, 2015, pp. 1 ss.

[41] Più in particolare, I potenziali corticali lenti sono un tipo di potenziali evocati (PE), ossia segnali bioelettrici del cervello ottenuti ("evocati", appunto) grazie a stimoli di natura interna al soggetto (ad esempio, un movimento) o esterna (ad esempio uno stimolo sensoriale). I potenziali corticali lenti si caratterizzano per il fatto di essere evocati tramite stimoli sensoriali correlati ad un processo psicologico e comportamentale, e sono definiti "lenti" in quanto sono registrabili in un *range* temporale che va da una ad alcune centinaia di millisecondi (od anche alcuni secondi) dopo lo stimolo evocatore.

[42] L. Konicar et al., *Brain self-regulation*, cit., p. 1 («*SCPs reflect changes in the activity level of the upper cortical layers and regulate thresholds of excitability in cortical cell assemblies*»).

[43] R. Veitet al., *Deficient fear conditioning in psychopathy as a function of interpersonal and affective disturbances*, in *Front. Hum. Neurosci*., 7, 706, 2013, pp. 1 ss.; N. Birbaumer et al., *Slow potentials of the cerebral cortex and behavior*, in *Physiol. Rev*., 70, 1990, pp. 1 ss.

[44] A.E. Forth, R.D. Hare, T*he contingent negative variation in psychopaths*, in *Psychophysiology*, 26, 1989, pp. 676 ss.; J.W. Jutai, R.D. Hare, *Psychopathy and selective attention during performance of a complex perceptual-motor task*, in *Psychophysiology*, 20, 1983, pp. 146 ss.

– risultino **meno accentuate** a seguito del *training*. Inoltre, abbiamo ipotizzato che una migliore capacità di autoregolazione corticale produca effetti positivi sul processo di elaborazione degli errori e sul controllo dell'impulsività legata all'attenzione»[45].

Nel corso dell'esperimento, i livelli di attività cerebrale dei soggetti sono stati misurati tramite SCP e visualizzati su uno schermo posto di fronte al singolo detenuto, il quale veniva invitato, e appositamente addestrato, a intervenire attivamente su di essi allo scopo di modificarli.

Le sessioni di *training* (25 in totale, divise in due blocchi intervallati da una pausa di due settimane) duravano un'ora ciascuna e si svolgevano in questo modo: le onde cerebrali del soggetto venivano registrate tramite EEG e visualizzate sul *monitor* in forma di **oggetti** diversi (ad es. un pesce, una luna, ecc.) che i soggetti potevano **spostare** sullo schermo; a ogni spostamento **corrispondeva una variazione** – incremento o diminuzione – **dell'attività cerebrale**[46].

Prima e dopo ogni sessione, i soggetti erano invitati a rispondere a un **questionario** per verificare la propria personale **percezione** del loro livello di **aggressività**.

Dall'esame dei **risultati** ottenuti al termine del *training*, gli studiosi hanno potuto osservare «una **riduzione** delle **tendenze aggressive** e dell'impulsività, assieme a una **migliorata capacità di controllo** del comportamento e a una maggiore **sensibilità corticale** nel processo di analisi dell'errore»[47].

Hanno inoltre riscontrato «miglioramenti a **livello neurofisiologico**, **comportamentale** e **personale** nei soggetti con gravi forme di psicopatia a seguito del *training*», il quale, pertanto potrebbe costituire «una **nuova forma di trattamento** a base neurobiologica per quei criminali psicopatici resistenti ad altre forme di cura»[48].

Anche per quanto riguarda i risultati dei questionari, il confronto tra le risposte date in occasione delle prime e delle ultime sessioni di *training* hanno mostrato una significativa riduzione nell'auto-valutazione del livello di aggressività, direttamente proporzionale all'efficacia delle tecniche di manipolazione delle onde cerebrali.

7. Il *neurofeedback* come strumento di controllo e riduzione della rabbia: i casi presentati dal dott. D. Corydon Hammond.

Nel **2010**, **Corydon Hammond, psicologo** americano e professore presso la University of Utah School of Medicine di Salt Lake City, **specializzato** nell'uso di tecniche di

[45] L. Konicar et al., *Brain self-regulation*, cit., p. 2 («*we* […] *investigated if highly criminal psychopaths are able to learn to control their brain activity via neurofeedback, and moreover if psychopathic characteristics like disinhibition, aggression and related behavioral approach tendencies will decrease after neurofeedback training. Furthermore we hypothesized that improved cortical self-regulation skills will improve error processing and attention-related impulsivity*»).

[46] A questo primo esercizio seguiva un momento di pausa nel quale il soggetto, pur restando collegato all'elettroencefalografo, vedeva solo uno schermo blu e non aveva modo di intervenire sulla propria attività cerebrale. La sessione terminava quindi con una terza fase di attività, identica alla prima.

[47] L. Konicar et al., *Brain self-regulation*, cit., p. 1 («*reduced aggression, impulsivity and behavioral approach tendencies, as well as improvements in behavioral-inhibition and increased cortical sensitivity for error-processing*»).

[48] *Ibidem* («*a novel neurobiologically-based treatment for a seemingly change-resistant group of criminal psychopaths*»).

neurofeedback, ha pubblicato i risultati di un trattamento di NFB somministrato a **due pazienti** affetti da gravi problemi di **controllo e gestione della rabbia**[49].

L'incapacità di controllare gli impulsi rabbiosi, osserva Hammond, è un problema che viene spesso trattato mediante *neurofeedback*, ma sempre solo come sintomo di una patologia più complessa (ad esempio, il disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività, la schizofrenia o il disturbo bipolare) e mai, invece, come **obiettivo esclusivo** del trattamento.

I due casi clinici oggetto dello studio di Hammond – i pazienti si chiamavano **David** e **Alan**, entrambi con una **storia** personale di **violenza**, condotte aggressive e disturbi cronici del comportamento – rappresentano così il **primo caso documentato** di impiego di tecniche di NFB allo scopo specifico di ridurre i problemi comportamentali legati alla rabbia.

Prima di dare avvio al trattamento vero e proprio, Hammond ha **misurato i livelli di rabbia** di entrambi i pazienti attraverso un *test* denominato *State-Tait Anger Expression Inventory-2* (**STAI-2**), che serve a valutare una serie di componenti connesse a questa condizione emotiva, ossia:

- la "**rabbia di stato**", che indica l'intensità della rabbia provata dal paziente in uno specifico momento e comprende a sua volta di tre componenti[50];
- la "**rabbia di tratto**", che sostanzialmente misura *quanto spesso* il soggetto versa in condizioni di rabbia nel corso della vita[51];
- la "**espressione della rabbia** all'esterno", verbalmente o fisicamente (*Anger Expression–Out*) e "all'interno"(*Anger Expression–In*),nel caso in cui la rabbia, pur chiaramente percepita dal soggetto, rimane inespressa o viene soffocata;
- il "**controllo della rabbia** all'esterno" (*Anger Control-Out*), che indica quanto spesso il paziente riesce a trattenere una reazione rabbiosa, e "all'interno" (*Anger Control-In*), che misura la capacità del soggetto di calmarsi e abbassare i livelli d'ira;
- "**l'indice di espressione della rabbia**" (*Anger Expression Index*), che fornisce una misura riassuntiva delle modalità di espressione e gestione della rabbia: più altro è l'indice, minore è la capacità di controllo esercitata dal soggetto sulla propria emozione.

Dopo aver valutato i livelli di rabbia dei due pazienti, Hammond ha dato inizio al trattamento, che in entrambi i casi è consistito in una particolare tecnica di ***neurofeedback*" passivo**" nota come *Low Energy Neurofeedback System* (**LENS**)[52].

Il primo paziente si chiamava **David**, un ragazzo di diciotto anni con una diagnosi di **ADHD**; la sua storia clinica comprendeva tre episodi di **ferite alla testa** e all'inizio del trattamento presentava gravi problemi di concentrazione e di controllo della rabbia uniti a una

---

[49] C. Hammond, *LENS Neurofeedback Treatment of Anger: Preliminary Reports*, in *Journal of Neurotherapy: Investigations in Neuromodulation, Neurofeedback and Applied Neuroscience*, 14:2, 2010, pp. 162 ss.

[50] Le tre componenti sono: "sentire rabbia" (*Feeling Angry*), che misura l'intensità dell'emozione avvertita dal paziente in quel momento, "sentire come esprimere rabbia verbalmente" (*Feel Like Expressing Anger Verbally*), incentrata sulla forza dell'emozione in relazione alla sua espressione verbale, e "sentire come esprimere rabbia fisicamente" (*Feel Like Expressing Anger Physically*) che indica il livello di rabbia attualmente percepita in rapporto alla sua manifestazione fisica.

[51] Anche la rabbia di tratto può essere scomposta in due elementi: la "rabbia temperamento" (*Angry Temperament*), ossia l'emozione si presenta senza che vi sia stata provocazione, e la "rabbia reazione" (*Angry Reaction*), che si accompagna a sentimenti di frustrazione o risentimento.

[52] La tecnica è stata sviluppata nei primi anni '90 dallo psicologo californiano LenOchs e consiste in una forma passiva di NFB, che non richiede alcuna azione da parte del paziente e risulta perciò più semplice da attuare, specie nell'ambito del trattamento di soggetti con soglia di attenzione eccezionalmente bassa. Il numero e la durata delle sessioni di LENS sono inoltre generalmente inferiori rispetto a quelle della terapia tradizionale (non più di venti sessioni, della durata di appena 3-4 minuti ciascuna).

forte impulsività, che si erano tradotti in diversi **provvedimenti disciplinari** a scuola e a **un arresto** per comportamento aggressivo.

«La zia ha decritto la sua storia in questi termini», racconta il Prof. Hammond: «durante tutto il periodo scolastico, mostrava **tendenze distruttive** e aveva problemi comportamentali in classe [...]. Era estremamente arrabbiato e impulsivo. Il che lo portava a esplosioni d'ira della peggior specie nei momenti più inopportuni»[53].

Già dopo le prime sessioni di LENS (28 in totale) si sono visti i primi **miglioramenti** nel comportamento di David; al termine del trattamento, gran parte dei **sintomi** risultavano significativamente **attenuati**, se non completamente **spariti**.

Nel confrontare le valutazioni dei livelli di rabbia effettuate prima e dopo il trattamento, Hammond ha osservato che «il livello di rabbia di stato è passato da una misura del 65% al 50% […] I valori di rabbia di tratto erano estremamente elevati, […] e sono **scesi dal 95% al 10%**»; per quanto riguarda la rabbia temperamento, è stato registrato un calo «**dal 98% al 25%** […]; la rabbia reazione si è ridotta **dal 60% al 10%**. Nei successivi 4 mesi di *follow up* l'osservazione quasi quotidiana da parte della zia ha confermato la stabilità dei miglioramenti»[54].

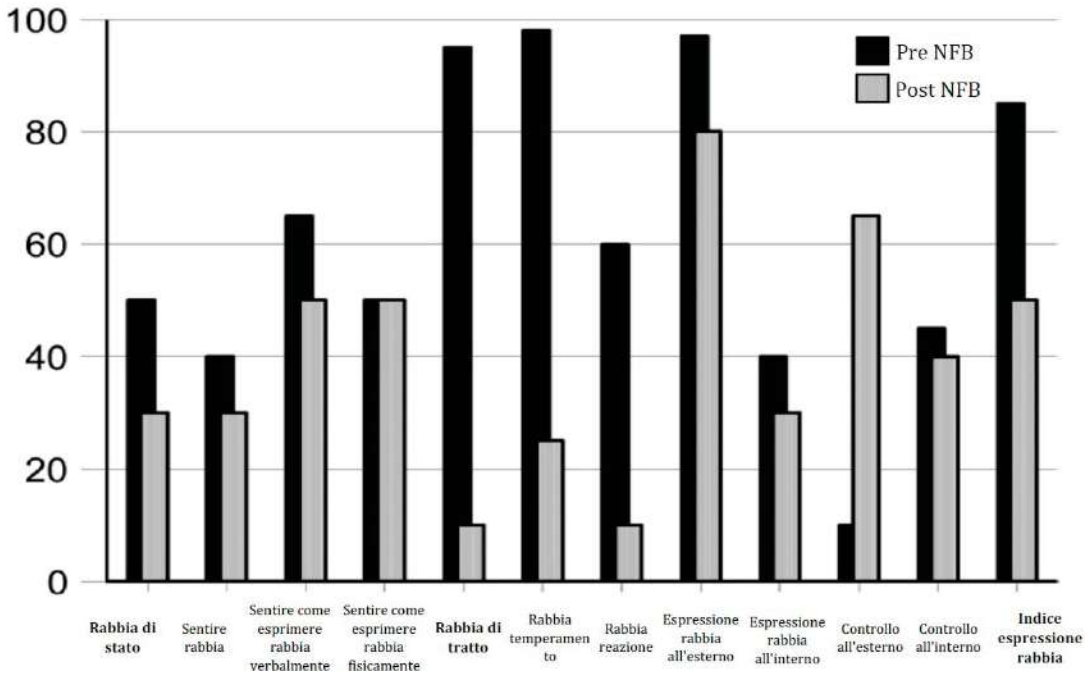


Grafico 3 – Rielaborazione della Figure1, a p. 166 dello studio di Hammond – Risultati STAI-2 di David prima e dopo il trattamento

[53] C. Hammond, *LENS Neurofeedback Treatment of Anger*, cit., p. 164 («*his aunt described his history in these words:* [...]. *Throughout his time in school, he was also disruptive and exhibited behavioral issues in the classroom* [...]. *He was extremely angry and impulsive. This led to outbursts of the worst kind at inopportune times*»).

[54] *Idem*, pp. 165-166 («*his one state anger pretreatment elevation* [...] *declined from the 65th percentile to the 50th percentile [...]; trait anger was extremely high* [...] *This declined from the 95th percentile to the 10th percentile [...]; angry temperament [...] decreasing from the 98th percentile to the 25th percentile, and Angry Reaction* [...] *reduced from the 60th percentile to the 10th percentile.* [...] *A 4-month follow-up with the patient's aunt, who continues to see him almost daily, validated that treatment improvements are being maintained*»).

Anche il trattamento del secondo paziente, **Alan**, ha dato risultati del tutto simili, pur a fronte di una situazione di partenza **più complessa** di quella di David: come spiega il Prof. Hammond, infatti, Alan aveva 30 anni e una storia personale segnata da **alcoldipendenza** e **tossicodipendenza**, **violenza** in famiglia e **sindrome depressiva**. I suoi problemi di rabbia, presenti fin dall'infanzia, gli erano valsi la perdita di vari posti di lavoro e la rottura di due matrimoni.

«Aveva scoppi di rabbia imprevedibili», scrive lo psicologo, «e riferiva che frustrazioni anche minime "lo mandavano su tutte le furie, facendolo urlare urla, colpire le pareti, e lanciare oggetti"»[55].

Anche i risultati del test sulla rabbia erano molto diversi tra i due pazienti: Alan, infatti, mostrava **livelli straordinariamente alti** di rabbia di stato (96%) e di tratto e (97%), oltre che di espressione della rabbia sia all'interno (90%) sia all'esterno (96%).

Livelli che, però, sono **significativamente diminuiti** a seguito delle 26 sessioni di LENS cui Alan è stato sottoposto: in particolare, Hammond sottolinea che «il livello di rabbia di stato si è ridotto **dal 96% al 40%,** e le sue varie componenti si collocano [dopo il trattamento] in un *range* compreso tra il 40 e il 50%. […] La rabbia di tratto era ancora molto elevata, e l'espressione della rabbia all'esterno è rimasta pari al 96% […] Ciononostante, l'espressione della rabbia all'interno è scesa da 90% a 55%, il che indica che, pur continuando a percepire la rabbia, [Alan] ha smesso di sopprimerla»[56].

[55] *Idem*, pp. 167 («*he would unpredictably become explosive and said that little frustrations would send him ''on the rampage, screaming, hitting walls, and throwing things"*»).
[56] *Idem*, p. 168 («*his state anger had declined from the 96th percentile to the 40th percentile, and his other state anger measures were in the 40 to 50th percentile range.* [...] *His trait anger remained very elevated. The* [...] *scale remained at the 96th percentile* [...] *However, his AX-I scale declined from the 90thpercentile to the 55th percentile, suggesting that although he may still experience angry feelings, he no longer suppresses them as much*»).

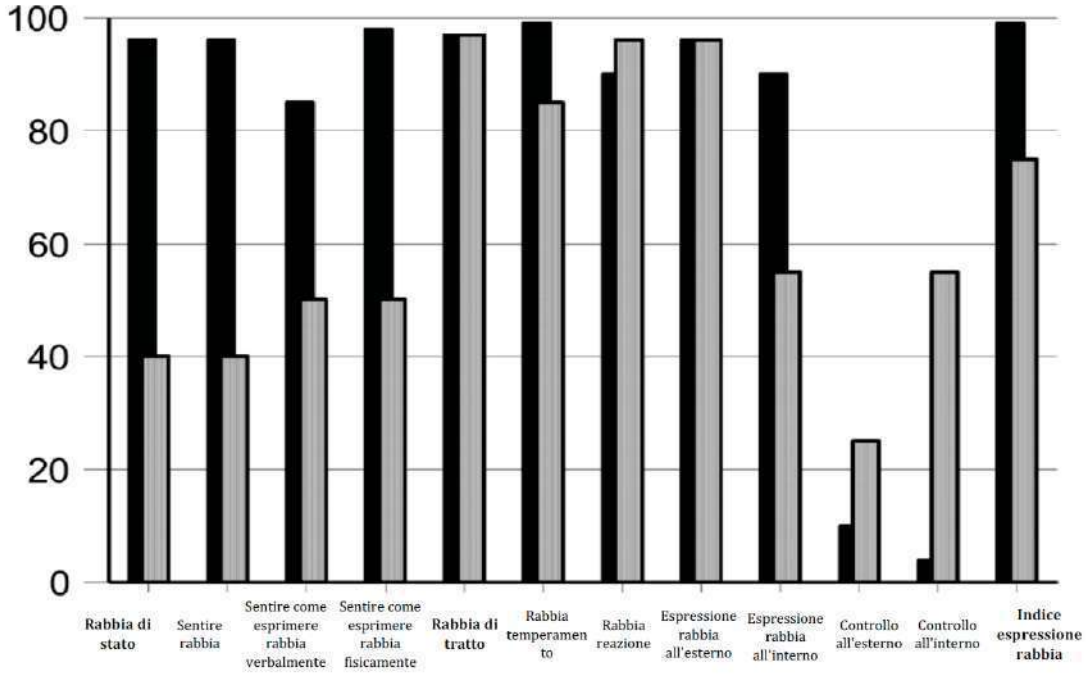


Grafico 4: Rielaborazione della Figure 2, a p. 167 dello studio di Hammond – Risultati STAI-2 di Alan prima e dopo il trattamento

«Nonostante si tratti di risultati assolutamente **preliminari** e **non controllati**» conclude l'Autore, i dati osservati «offrono **suggerimenti incoraggianti** in merito alle potenzialità del *neurofeedback* per risolvere i problemi legati alla gestione della rabbia. Ciò presenta implicazioni importanti per diverse tipologie di situazioni personali, dai casi di trauma cranico al trattamento riabilitativo di adulti e minori, agli episodi di violenza domestica»[57].

8. Prime conclusioni provvisorie.

Allo stato attuale delle conoscenze, **non siamo ancora in grado** di dire se, e fino a che punto, il trattamento tramite NFB possa rappresentare una valida alternativa ai tradizionali istituti di prevenzione e trattamento degli autori di crimini violenti che la giustizia penale mette oggi a disposizione.

Sul punto, infatti, **gli studiosi sembrano dividersi** tra coloro che spendono parole ottimistiche per l'efficacia del *neurofeedback* e auspicano una sempre maggiore diffusione della pratica in esame nell'ambito del trattamento dei criminali violenti, e coloro che, all'opposto, manifestano più di qualche riserva sulla bontà o sulla reale percorribilità di questa strada.

8.1. Così, da una parte troviamo posizioni come quella sostenuta da un gruppo di ricercatori tedeschi e olandesi che, all'esito una meta-analisi delle evidenze disponibili sulla cura dei sintomi di ADHD mediante NFB condotta nel **2009**, hanno concluso che «il trattamento con *neurofeedback* per l'**ADHD** può essere considerato "**efficace e specifico**" con una dimensione

[57] *Idem*, p. 169 («*although these results are very preliminary and uncontrolled, they provide encouragement that neurofeedback has potential to produce significant improvements in anger problems. This has implications for a wide range of diagnostic populations including TBI, juvenile and adult correctional populations, and domestic violence*»).

dell'effetto (*effect size*) grande rispetto al *deficit* di attenzione e all'impulsività e media con riguardo all'iperattività»[58].

Del pari, sempre con riferimento alla cura dell'ADHD, una *review* di qualche anno dopo (**2013**) ha incluso il *neurofeedback* nell'elenco degli interventi apparentemente in grado di produrre **miglioramenti statisticamente significativi** nei pazienti affetti da questo disturbo[59]; il dato è stato confermato poi nel **2014**, all'esito di un'altra meta-analisi avente a oggetto cinque studi (per un totale di 146 pazienti) in materia di *neurofeedback* e disturbo di ADHD nei **bambini**. Sulla base delle valutazioni del comportamento dei pazienti sottoposti trattamento da parte dei genitori e degli insegnanti, i ricercatori hanno riscontrato, nei cinque studi esaminati, un **complessivo miglioramento** dei sintomi legati a impulsività, disattenzione e iperattività[60].

8.2. Dall'altra parte, non sono tuttavia mancate considerazioni **scettiche o addirittura critiche** in merito alle reali potenzialità del *neurofeedback* per la cura e il trattamento dei disturbi psichici. In tal senso, è stato recentemente sottolineato che la relativa **scarsità di studi** sperimentali oggi esistenti e (soprattutto) l'estrema **variabilità dei protocolli** impiegati dai ricercatori lasciano residuare numerosi nodi ancora da sciogliere[61].

Non è chiaro, ad esempio, se i miglioramenti del quadro sintomatico osservati al termine del trattamento siano realmente dovuti a quest'ultimo e non, piuttosto, ad **altre cause,** comunque connesse alla pratica di NFB (come la sensazione di auto-efficacia percepita dal paziente, o l'effetto benefico della relazione instaurata con il terapeuta) ovvero del tutto indipendenti da essa (come nel caso di pazienti contestualmente sottoposti ad altri trattamenti di cura presso l'istituto di provenienza)[62].

Neppure è chiaro come debba essere strutturato il programma, dal momento che ogni indagine prevede un **diverso *iter* trattamentale**, con un numero di sessioni e relativa durata anche sensibilmente diversi da uno studio all'altro: si va infatti da una media di 30 sessioni nel caso del trattamento dell'ADHD, alle 20 o anche 10 sessioni somministrate ai pazienti schizofrenici[63]. Per ottenere risultati conclusivi, dunque, occorrerebbe prima di tutto **definire un protocollo chiaro**, unitario e condiviso, che renda così confrontabili i dati emersi nelle diverse indagini[64].

Un altro grosso limite che è stato evidenziato in letteratura è rappresentato, inoltre, dal fatto che la maggior parte delle indagini esistenti non ha fatto ricorso a un **gruppo di controllo**

---

[58] M. Arns et al., *Efficacy of Neurofeedback Treatment in ADHD: The Effects on Inattention, Impulsivity and Hyperactivity: A Meta-Analysis*, in *Clinical EEG and neuroscience: official journal of the EEG and Clinical Neuroscience Society (ENCS)*, 40(3), 2009, p. 180 («*neurofeedback treatment for ADHD can be considered "Efficacious and Specific" (Level 5) with a large ES for inattention and impulsivity and a medium ES for hyperactivity*»).

[59] E.J. Sonuga-Barke et al., *Nonpharmacological interventions for ADHD: systematic review and meta-analyses of randomized controlled trials of dietary and psychological treatments*, in *Am J Psychiatry*, 2013, 170(3), pp. 275 ss.

[60] J.A. Micoulaud-Franchi, *EEG neurofeedback treatments in children with ADHD: an updated meta-analysis of randomized controlled trials*, in *Front Hum Neurosci*., 8:906, 2014, pp. 1 ss.

[61] S. Fielenbach et al., *Neurofeedback Training for Psychiatric Disorders Associated with Criminal Offending: A Review*, in *ivi*, 8, 2018, pp. 1 ss.

[62] S. Fielenbach et al., *Neurofeedback Training for Psychiatric Disorders*, cit., p. 9.

[63] *Idem*, p. 8.

[64] S. Cortese et al., *Neurofeedback for Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder: Meta-Analysis of Clinical and Neuropsychological Outcomes From Randomized Controlled Trials*, in *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*, 55(6), 2016, pp. 444 ss. Considerazioni analoghe sono state presentate anche in un altro studio, anch'esso del 2016, nel quale gli autori, dopo aver osservato come le prove disponibili non consentano di ritenere dimostrata l'efficacia di questo tipo di trattamento, aggiungono che esso «è costoso, richiede molto tempo e i suoi benefici non durano a lungo; inoltre potrebbero volerci mesi per mostrare i miglioramenti desiderati» (v. H. Marzbani, H.R. Marateb, M. Mansourian, *Neurofeedback: A Comprehensive Review*, cit. p. 154: «*it is an expensive procedure which is not covered by many insurance companies. It is also time-consuming and its benefits are not long-lasting. Finally, it might take several months to see the desired improvements*»).

come termine di riferimento per valutare gli effetti dei trattamenti sperimentali, il che lascia sussistere dubbi in relazione al possibile effetto placebo delle pratiche di *neurofeedback*. Del resto, già nel 1990 lo psicologo canadese **Barry Beyerstein** aveva definito il *neurofeedback* una forma di "**neuromitologia**", le ragioni del cui successo dipendevano essenzialmente dalla mera convinzione, in capo ai pazienti, che il trattamento avrebbe funzionato[65]. Il tema è stato ripreso anche di recente, e in particolare in uno studio del **2011** che ha messo a confronto i risultati osservati in due gruppi di bambini affetti da ADHD sottoposti, rispettivamente, a sessioni di NFB reali e **meramente simulate**[66].

«Le analisi hanno rivelato significativi miglioramenti dei sintomi di ADHD nel tempo, ma i **cambiamenti erano simili** per entrambi i gruppi»[67] si legge nel predetto studio. D'altra parte, gli autori precisano altresì che, in ragione di alcuni limiti dell'indagine, specie le dimensioni ridotte del campione esaminato, «riteniamo prematuro concludere che l'addestramento tramite *neurofeedback* EEG individualizzato non rappresento un trattamento efficace dei sintomi di ADHD»[68].

Ancora, in uno studio pilota condotto nel **2013** sempre in tema di ADHD, sono stati paragonati gli effetti del *neurofeedback* con quelli dei **farmaci stimolanti**: in quel caso, i ricercatori hanno riscontrato che, mentre i pazienti sottoposti alla terapia farmacologica avevano sperimentato una riduzione significativa dei sintomi della malattia, coloro che erano stati trattati con il NFB non avevano mostrato analoghi miglioramenti[69]. Il che ha portato gli autori a ipotizzare che «il successo clinico riferito in diversi studi di NFB può essere dovuto a **fattori terapeutici non specifici**, come la selezione dei pazienti, la frequenza delle sessioni, forme di allenamento supplementare svolto a scuola o a casa, o il ricorso a nuovi strumenti»[70].

Un ulteriore problema di non poco conto è rappresentato dal fatto che, spesso, gli studi sperimentali non sono vengono condotti **in cieco** e dunque non consentono di escludere con sicurezza eventuali influenze esercitate dal **condizionamento** dei pazienti, o degli stessi sperimentatori, sul risultato finale[71].

Senza contare il fatto che, generalmente, i pazienti psichiatrici con precedenti penali «presentano **plurimi disturbi**, incontrano numerose **difficoltà** ad aderire a protocolli di trattamento a lungo termine a causa degli scarsi livelli di motivazione»[72], il che, evidentemente, non fa che aggiungere ulteriori ostacoli al successo della terapia nei confronti degli autori di reato con patologie mentali.

---

[65] B.L. Beyerstein, *Brainscams: Neuromythologies of the New Age*, in *International Journal of Mental Health Systems*, 19(3), 1990, pp. 27 ss.
[66] M.M. Lansbergen, *ADHD and EEG-neurofeedback: a double-blind randomized placebo-controlled feasibility study*, *in J Neural Transm* (Vienna), 118(2), 2011, pp. 275 ss.
[67] *Idem*, p. 275 («*analyses revealed significant improvements of ADHD symptoms over time, but changes were similar for both groups*»).
[68] *Idem*, p. 283 («*We believe it is preliminary to conclude that individualized EEG-neurofeedback training is not effective in improving ADHD symptoms*»).
[69] G. Ogrim, K.A. Hestad, *Effects of Neurofeedback Versus Stimulant Medication in Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder: A Randomized Pilot Study*, in *J Child Adolesc Psychopharmacol*., 23(7), 2013, pp. 448 ss.
[70] G. Ogrim, K.A. Hestad, *Effects of Neurofeedback*, cit. p. 455 («*clinical success reported in several NF studies may be related to nonspecific therapeutic factors, patient selection, frequency of sessions, supplementary training in school or home, and explicit use of new skills*»).
[71] S. Fielenbach et al., *Neurofeedback Training for Psychiatric Disorders*, cit., p. 7.
[72] *Idem*, p. 3 («*usually present with multiple disorders, have difficulties adhering to long-term treatment modalities due to low levels of treatment motivation*»).

DIRITTO PENALE E UOMO

Articolo

Alcune riflessioni sulle valutazioni di cancerogenicità da parte della IARC (International Agency for Research on Cancer)

di Carlo Zocchetti[*]

***Abstract**.Il lavoro esamina il programma delle monografie IARC (International Agency for Research on Cancer) sulla valutazione del rischio cancerogeno per l'uomo delle sostanze chimiche, dalla sua origine (1971) fino ai giorni nostri, per individuare i criteri che hanno portato l'Agenzia a concludere che una determinata sostanza (mansione, lavorazione, tipo di industria) causa il cancro nell'uomo.*

Dopo avere ricordato che per la IARC le valutazioni proposte, il cui percorso metodologico è sempre esplicitamente descritto in un documento (preambolo) posto all'inizio di ogni volume delle monografie, hanno lo scopo di assistere le autorità nazionali ed internazionali nel formulare decisioni che riguardano misure di prevenzione, il lavoro segnala che, strettamente parlando, l'Agenzia non ha mai definito formalmente un concetto di causa, limitandosi a precisare, nel tempo, che un agente è definito cancerogeno se è capace di aumentare l'incidenza delle neoplasie maligne, ridurre la loro latenza, o aumentare la loro gravità o molteplicità.

La criteriologia valutativa della IARC si è modificata ed allargata nel corso degli anni, ed oggi prevede tre criteri per l'interpretazione causale di una associazione: devono essere escluse la presenza del caso, dei bias, *e del confondimento. Inoltre suggerisce di considerare cinque elementi la cui ricorrenza può aumentare la confidenza nell'inferire una associazione causale: forza della associazione, concordanza di più studi, esistenza di una relazione dose-risposta, riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione, specificità della associazione.*

L'intero processo di valutazione viene discusso e vengono commentati gli elementi specifici della criteriologia.

[*] RESISS, Ricerche e Studi in Sanità e Salute s.a.s. (Via Assisi, 40/D, 21013 Gallarate (VA); tel.: 338.7308595; e-mail: carlo.zocchetti@libero.it.

(cc) BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Lo schema di classificazione della Agenzia prevede cinque categorie: gruppo 1 (l'agente è cancerogeno per l'uomo), gruppo 2A (l'agente è probabilmente cancerogeno per l'uomo), gruppo 2B (l'agente è possibilmente cancerogeno per l'uomo), gruppo 3 (l'agente non è classificabile quanto alla sua cancerogenicità per l'uomo), gruppo 4 (l'agente è probabilmente non cancerogeno per l'uomo).

Il lavoro si conclude discutendo un esempio pratico di valutazione, proposto piuttosto di recente e relativo alla cancerogenicità per il polmone dell'industria della gomma, evidenziando nel caso specifico, da una parte, le difficoltà riscontrate nella applicazione dei criteri enunciati e, dall'altra, la distanza tra le affermazioni di principio (la criteriologia) e la loro pratica attuazione.

L'esplicitazione della criteriologia IARC e delle sue difficoltà applicative hanno lo scopo di evidenziare le differenze con le criteriologie usate abitualmente nell'ambito del diritto.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I primi 16 volumi delle monografie: 1972-1978. – 3. Dal 1978 al 1982. – 4. Dal 1982 ai giorni nostri. – 5. Quindi? – 5.1. Obiettivi del programma. –5.2. Concetto di causa. – 5.3. Criteri per la causalità. – 6. Un esempio di valutazione. –6.1. Il caso. – 6.2. I *bias*. – 6.3. Il confondimento. – 6.4. Forza dell'associazione. – 6.5. Concordanza di più studi. – 6.6. Esistenza di una relazione dose-risposta. – 6.7. Riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione. – 6.8. Specificità dell'associazione. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

La IARC (International Agency for Research on Cancer)[a] di Lione, Agenzia della WHO (World Health Organization), è probabilmente il più noto organismo internazionale che nel mondo effettua valutazioni di cancerogenicità per l'uomo di sostanze e lavorazioni. Il suo progetto più importante (non il solo) è il programma delle cosiddette "monografie", un percorso che a partire dal 1971 ha portato l'Agenzia a produrre revisioni estensive della letteratura scientifica e valutazioni di cancerogenicità che hanno rappresentato un riferimento non solo per chi si occupa di mestiere dell'argomento ma anche, più in generale, per il singolo cittadino e gli organi di informazione di massa.

Da tempo le valutazioni proposte dalla IARC sono entrate a pieno titolo negli ambienti giudiziari e costituiscono un punto di ancoraggio in tutti i tipi di procedimento (penale, civile e amministrativo) che si occupano di atti illeciti legati al lavoro o all'ambiente, sia quando si vuole concludere che una sostanza (o lavorazione) produce il cancro sia quando si vuole sostenere la tesi contraria.

La IARC non è la sola Agenzia che propone valutazioni di cancerogenicità[b] ma il percorso da essa adottato l'ha portata ad essere l'organismo cui spesso vanno le preferenze degli operatori, con un cammino valutativo che è esplicitamente descritto nelle introduzioni ai singoli

[a] https://www.iarc.fr.

[b] Una lista completa degli Enti/Agenzie che effettuano valutazioni di cancerogenicità eccede gli scopi del presente contributo. Tra le fonti più rappresentative e citate in letteratura si possono indicare almeno le seguenti: il National Toxicology Program (NTP) dello U.S. Department of Health and Human Services negli Stati Uniti (https://ntp.niehs.nih.gov); le valutazioni di cancerogenicità della U.S. Environmental Protection Agency (USEPA) sempre negli Stati Uniti (https://www.epa.gov); il comitato scientifico JMPR (Joint Meetings on Pesticide Residues) della Food and Agriculture Organization (FAO) delle Nazioni Unite e della World Health Organization (WHO) sul tema specifico dei pesticidi (https://www.who.int/foodsafety/areas_work/chemical-risk/jmpr/en); le attività della European Food Safety Authority (EFSA) per quanto riguarda in particolare l'Europa (https://www.efsa.europa.eu/it); la European Chemicals Agency (EChA) sempre con riferimento all'Europa (https://echa.europa.eu/it/home); oltre a tutte le commissioni nazionali di cui si sono dotati molti stati: per l'Italia, la Commissione Consultiva Tossicologica Nazionale (CCTN).

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

volumi che sono stati pubblicati (si tratta di oltre 100 volumi che hanno esaminato un migliaio circa di sostanze e lavorazioni)[c].

Il lavoro, in senso generale, condotto dall'Agenzia non è in discussione, anche se le sue valutazioni talvolta hanno suscitato perplessità, disaccordi e discussioni all'interno della comunità scientifica mondiale[d]. Non è tra gli scopi di questo contributo ricostruire la storia delle valutazioni condotte e delle decisioni prese (si pensi solo, a titolo di esempio, al clamore ed alle reazioni suscitate dalla decisione, abbastanza recente, che attribuisce il titolo di cancerogeno alle carni insaccate ed alle carni rosse)[e], ma si vuole proporre una riflessione metodologica sul percorso che (nel tempo) ha adottato l'Agenzia per condurre le sue valutazioni e, soprattutto, sui criteri che da essa vengono utilizzati per arrivare a concludere che una determinata sostanza (o esposizione) causa il cancro nell'uomo.

Proporremo questa riflessione metodologica con una duplice attenzione: da una parte ripercorrendo la storia delle monografie e delle modificazioni che i criteri di valutazione hanno subito con il passare del tempo (una finestra temporale che ha superato i 45 anni di ampiezza), e dall'altra tenendo fisso l'obiettivo di avere come *target* applicativo il contesto giudiziario e le vicissitudini (in termini di dottrina e giurisprudenza) che lo caratterizzano. Non è invece preoccupazione di questo contributo effettuare valutazioni in merito a specifiche sostanze o a casi giudiziari concreti.

Il filo conduttore del presente lavoro, pertanto, è il concetto di causa, perché tale concetto dovrebbe essere il cuore delle valutazioni condotte dalla IARC, valutazioni che (attraverso una graduazione che si specificherà meglio in seguito) devono arrivare a dire se la sostanza (o l'esposizione) in esame causa il cancro nell'uomo, e poiché il concetto di causa rappresenta un elemento di forte dibattito e discussione in tutti i contesti in cui viene proposto ed utilizzato, è evidente l'importanza e la necessità di conoscere i principi fondamentali cui l'Agenzia fa riferimento nel momento in cui raggiunge le sue conclusioni sulla cancerogenicità (o meno) di una sostanza[f].

2. I primi 16 volumi delle monografie: 1972-1978.

Il programma delle "*Monographs on the evaluation of carcinogenic risk of chemicals to man*" inizia alla fine degli anni '60 del secolo scorso grazie al lavoro di un gruppo di tecnici coordinati da Lorenzo Tomatis (1929-2007), ed prende le mosse da un volume che ha esaminato diverse sostanze: inorganiche (berillio, ossido di ferro, sali di piombo), idrocarburi clorurati (cloroformio, tetracloruro di carbonio), ammine aromatiche (durammina, benzidina, 4-amminobifenile, o-toluidina), alcuni composti azotati (nitrosometilurea e nitrosoetilurea) e prodotti naturali (aflatossine)[1].

---

[c] Per una rassegna di tali volumi si veda ancora: https://monographs.iarc.fr.

[d] In considerazione dei molti e diversi portatori di interesse che hanno a che fare con le valutazioni proposte dalla IARC (o da altri Enti ed Agenzie) è naturale che ogni valutazione possa suscitare perplessità, disaccordi e discussioni. Una loro specifica rendicontazione richiederebbe uno spazio eccessivo. A titolo di esempio è sufficiente ricordare i due argomenti di valutazione IARC più recenti attorno ai quali il dibattito è stato molto intenso e vario: la cancerogenicità delle carni rosse e la cancerogenicità del glifosato.

[e] International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risk of chemicals to humans. Red Meat and Processed Meat. Volume 114*, International Agency for Research on Cancer, 2018.

[f] Occorre sottolineare, prima di proseguire oltre, come, nel tempo, il programma delle Monografie abbia sottoposto a valutazione singole sostanze, gruppi di sostanze, mansioni, lavorazioni, tipi di industrie, e così via. Si tratta di oggetti molto diversi nella loro natura e complessità; tuttavia, considerati gli obiettivi del presente contributo, per semplificare il linguaggio faremo prevalentemente riferimento al termine "sostanza" o "esposizione" o "agente", avendo però bene in mente che tali termini sono solo i rappresentanti di tutta la varietà di situazioni che la IARC ha sottoposto a valutazione.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Perché queste sostanze e non altre (e, più in generale, con quali criteri sono selezionate le sostanze da valutare) non è importante per quanto segue anche se, in ogni introduzione ai volumi delle monografie, la IARC ha cercato di indicare una regola generale che ha guidato la scelta delle sostanze da sottoporre a giudizio (ad esempio, per il primo volume[1], p. 9: «priorità è stata assegnata principalmente a sostanze chimiche per le quali esisteva evidenza di cancerogenicità sperimentale o per le quali vi era evidenza di esposizione nell'uomo»)[g], mentre è importante per i nostri obiettivi lo scopo del programma delle monografie, che nella introduzione al primo volume viene espresso nel modo che segue (p. 8)[1]: «obiettivo di questo programma è sia quello di raggiungere una valutazione bilanciata di dati attraverso i giudizi di un gruppo internazionale di esperti in cancerogenesi chimica e di inserire in una prospettiva l'attuale stato delle conoscenze con l'obiettivo finale di valutare i dati in termini di possibile rischio per l'uomo, sia di indicare le necessità cui indirizzare gli sforzi della ricerca»(vedremo come evolverà questa impostazione nel tempo).

Fin dall'inizio, quindi, il percorso di valutazione è stato caratterizzato da alcuni elementi di fondo che si sono mantenuti negli anni senza sostanziali modifiche:

a) viene esaminata, attraverso uno scrutinio ampio ed approfondito, la letteratura scientifica disponibile, decidendo però di esaminare solo gli articoli già pubblicati o accettati per pubblicazione;

b) l'esame della letteratura porta alla stesura della prima bozza della monografia, redatta a cura del personale interno dell'Agenzia (vincolo che col tempo sarà superato);

c) viene costituito un gruppo di lavoro formato da esperti (chiamati in quanto esperti scientifici e non come rappresentanti dei governi e delle istituzioni cui sono affiliati) i quali, ritrovandosi per circa una settimana presso la sede di Lione, hanno il compito di rivedere la bozza della monografia (previo esame della letteratura) e di finalizzarne la valutazione;

d) viene stabilita la struttura generale della monografia, che prevede i seguenti capitoli: dati chimici e fisici relativi alla sostanza; uso e occorrenza; dati biologici rilevanti per la valutazione del rischio cancerogeno per l'uomo; commenti sui dati e valutazione. A sua volta la sezione sui dati biologici prevede un paragrafo relativo agli studi sugli animali, un paragrafo sul metabolismo sia nell'animale che nell'uomo, ed un paragrafo con osservazioni nell'uomo; ed anche la sezione finale di commenti e valutazioni prevede due separati paragrafi per l'animale e per l'uomo.

Venendo alle tematiche specifiche della valutazione, sono proposte le riflessioni che seguono.

a) Si osserva innanzitutto che una stessa sostanza può dare luogo a volte allo stesso tumore sia nell'uomo che nell'animale (esempio, 2-naftilammina e tumore della vescica: nell'uomo, nella scimmia, nel cane, nel criceto) e, altre volte, a tumori diversi nelle differenti specie (esempio, benzidina: tumore del fegato nel ratto, tumore della vescica nell'uomo).

b) Si accenna alla importanza della esistenza di una relazione dose-risposta nella valutazione degli effetti cancerogeni, ed in successive monografie si precisa che «la confidenza con cui può essere stabilita la presenza di un effetto cancerogeno è rafforzata dalla osservazione dell'aumentare dell'incidenza di tumore all'aumentare della esposizione» (p. 10)[2].

c) Il progetto delle monografie tiene conto del fatto che, a quel tempo, non esistevano criteri oggettivi per estrapolare dati di cancerogenesi dall'animale all'uomo, il che era ritenuto

[g] Tutti i volumi delle Monografie sono scritti in inglese: le traduzioni in italiano che sono proposte nel presente contributo sono responsabilità dello scrivente.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

un problema fondamentale per superare il quale vennero prese due decisioni: da una parte si diede mandato ad un gruppo di lavoro IARC di elaborare alcuni principi guida per l'estrapolazione dei dati dall'animale all'uomo, e dall'altra nella stesura delle monografie si decise di non fare nessun tentativo di interpretazione dei dati sugli animali in assenza di dati sull'uomo ai fini della valutazione dei rischi sull'uomo. Questa esigenza di tenere conto dei dati sull'animale per valutare la cancerogenicità per l'uomo aveva la sua motivazione in due diverse osservazioni: da una parte la scarsità di studi epidemiologici nell'uomo a fronte invece di una maggiore numerosità degli studi sperimentali; dall'altra la considerazione che nella maggioranza delle circostanze esaminate la cancerogenesi sperimentale trovava conferma nei dati sull'uomo.

d) Le monografie accennano brevemente ai diversi modelli di studio epidemiologico esistenti (descrittivo, prospettico, retrospettivo, caso-controllo) ed alle loro capacità informative, perché l'evidenza che una particolare sostanza sia cancerogena nell'uomo dipende largamente dai dati epidemiologici. L'osservazione diventa peraltro più forte in successive monografie, dove si afferma che «la valutazione del rischio cancerogeno per l'uomo […] si basa su studi puramente osservazionali» (p. 11)[2].

e) Viene richiamata l'attenzione dei valutatori sul tema del confondimento («si deve avere cura in analisi di escludere l'influenza di variabili diverse dall'agente che è sospetto di indurre il tumore allo studio» – p. 12)[1] e si fa l'esempio del fumo di sigaretta nella relazione tra amianto e tumore del polmone (esempio successivamente rivelatosi errato perché nel caso in questione il fumo di sigaretta non è risultato agire da confondente bensì da modificatore di effetto).

f) Da ultimo si indica che se nell'uomo si sviluppa un tumore a causa di una specifica esposizione, la rimozione della stessa esposizione dall'ambiente dovrebbe essere seguita dalla evidenza epidemiologica di un declino nella frequenza della neoplasia.

Tutte queste considerazioni sono esplicitamente rappresentate nella "Introduzione" a ciascuna delle prime sedici monografie: non vi è altra descrizione dei percorsi e dei criteri che sono stati utilizzati per la valutazione di cancerogenicità.

A solo titolo di esempio di come il percorso individuato ed i criteri utilizzati abbiano funzionato operativamente, si possono riportare due esempi di valutazione contenuti nella prima monografia, una riferita al berillio e la seconda ad ematite ed ossido di ferro:

a) Berillio: «sono stati condotti diversi studi epidemiologici sulla possibile relazione tra esposizione a composti del berillio ed insorgenza di tumori nell'uomo. Questi studi non hanno fornito evidenza della esistenza di tale relazione» (p. 25)[1].

b) Ematite e ossido di ferro: «sulla base dell'evidenza epidemiologica, l'esposizione a polvere di ematite può essere considerata aumentare il rischio di sviluppo di tumore del polmone nell'uomo. Il rischio è manifesto in chi lavora sotto terra ma non in chi lavora in superficie, e non è noto se l'eccesso di rischio sia dovuto alla radioattività nell'aria delle miniere, alla inalazione di ossido di ferro o di silice, o ad una combinazione di questi o di altri fattori. Non vi è evidenza che l'ematite o l'ossido di ferro influenzino l'incidenza di tumori in sedi diverse dal polmone» (p. 36)[1].

Questa introduzione, a parte qualche limatura di frase o integrazione e specificazione (si veda, ad esempio, la aggiunta di informazioni su mutagenesi e teratogenesi non presenti nelle primissime monografie), prosegue inalterata per i primi sedici volumi, con la sola variazione della precisazione in cinque punti dei compiti del gruppo di lavoro (*a)* verificare la completezza dei dati; *b)* selezionare i dati rilevanti; *c)* permettere al lettore di seguire il ragionamento del

comitato; *d)* giudicare il significato dei risultati degli studi; *e)* emettere una valutazione di cancerogenicità).

Che commenti si possono fare su quanto fin qui delineato?

Il primo, e di maggior rilievo, fa riferimento agli assunti di base: si pretende di esprimere una valutazione di causalità (la sostanza è cancerogena, la sostanza causa il cancro) senza avere nemmeno fornito un qualsiasi concetto (per quanto vago e poco definito) di cosa si debba intendere con il termine "causa".

Bisogna subito osservare che a quel tempo erano sì già state proposte delle criteriologie in merito (si pensi a quella più nota, ed ancora oggi utilizzata, proposta nel 1965 da Bradford-Hill[3] con i suoi nove elementi[h]) mentre un approccio tipicamente epidemiologico al tema della causalità comincia a farsi più chiaro solo alla metà degli anni '70 con il seminale articolo di Rothman del 1976[4]. Senza lo sviluppo di un concetto di causa o di una specifica criteriologia per la valutazione di cancerogenicità diventa assai difficile ipotizzare che le valutazioni dell'Agenzia possano diventare strumento utile ed efficace in quei contesti (come quello giudiziario) che fanno proprio del dibattito sul tema della causalità uno dei pilastri fondamentali del proprio approccio. Eppure, nonostante questo difetto originale le valutazioni di cancerogenicità della IARC iniziano a diventare un elemento di riferimento anche per la giurisprudenza del nostro paese.

Non c'è, nelle prime 16 monografie IARC, la definizione di un concetto di causa. Tuttavia si possono trovare alcuni indizi ed anticipazioni di criteri di valutazione che diventeranno più espliciti e formalizzati in seguito. Se, da una parte, rimane incomprensibile a chi scrive il mancato riferimento alle indicazioni di Bradford-Hill, dall'altra si riscontrano però almeno tre criteri che possono indirizzare verso una interpretazione di tipo causale delle relazioni osservate (criteri che in parte sono presenti anche nella formulazione di Bradford-Hill). Questi sono: il riferimento al tema del confondimento e quindi (potremmo dire) della eliminazione delle spiegazioni alternative; la maggiore confidenza nella interpretazione causale che deriva dalla osservazione di una relazione dose-risposta tra l'esposizione e l'effetto cancerogeno; l'evidenza epidemiologica di un declino nella frequenza di tumori a seguito della rimozione della esposizione al cancerogeno.

Riprenderemo più avanti una valutazione di questi criteri-indizi.

Alla luce di quanto fin qui argomentato ne consegue che la valutazione di cancerogenicità proposta da IARC è una valutazione strettamente descrittiva, narrativa, non supportata da elementi criteriologici per includere nel (o escludere dal) giudizio di cancerogenicità, e non è presente alcuna valutazione quantitativa o almeno graduata di tale giudizio.

In termini generali, e soprattutto con riferimento a quanto la IARC preciserà essere negli anni successivi il compito delle monografie, il percorso e le valutazioni proposte dall'Agenzia di Lione segnano un passaggio importante nella storia della cancerogenesi.

---

[h] I nove elementi proposti sono i seguenti: 1. Forza della associazione; 2. Consistenza della associazione (ripetizione in tempi, luoghi, circostanze, persone); 3. Specificità della relazione; 4. Temporalità della relazione (chi è il cavallo, chi è il carretto); 5. Gradiente biologico (curva dose-risposta); 6. Plausibilità biologica; 7. Coerenza con quanto noto; 8. Evidenza sperimentale; 9. Analogia.

Infatti, inizia una attenzione sistematica al tema della valutazione, per quanto i criteri proposti dimostrino diversi elementi di debolezza; si consolida l'idea della importanza di condurre revisioni estensive della letteratura scientifica affidate a gruppi di esperti; emerge la necessità di sviluppare un percorso esplicito, pubblico (nel senso che sono noti al pubblico gli elementi che lo costituiscono), per arrivare a concludere che una determinata esposizione provoca il cancro nell'uomo; si innalza il livello dell'attenzione alle problematiche della cancerogenesi da sostanze chimiche. Tutti elementi questi, tra altri la cui discussione (per quanto di interesse) ci porterebbe al di fuori degli obiettivi specifici del presente contributo, che fanno giudicare altamente meritoria l'iniziativa delle monografie.

D'altra parte,pur con i numerosi pregi che vanno riconosciuti alle monografie (ed a ciò che da esse è scaturito), per quanto riguarda il tema specifico di questo contributo bisogna anche segnalare quello che, a parere di chi scrive, è il loro *vulnus* fondamentale, già presente nella impostazione originaria e mai superato (come dimostreremo) nelle edizioni successive nonostante lo sforzo ripetuto dall'Agenzia di esplicitare, in uno specifico capitolo introduttivo di ogni monografia chiamato "Preambolo", il percorso ed i criteri di valutazione: è proprio il tema della causalità, di quale concetto di causa stia alla base delle valutazioni condotte, di cosa si debba intendere con la frase «causa il cancro nell'uomo», e così via.

È un difetto di origine piuttosto importante, direi decisivo, e che ha trovato negli anni successivi una soluzione del tutto insoddisfacente (sempre a parere di chi scrive): ciò limita e circoscrive l'uso delle valutazioni all'interno di alcuni specifici contesti (prevenzione, regolamentazione, sanità pubblica, programmazione di interventi sulla popolazione, ecc.) e si espone a significative critiche tutte le volte che il concetto di causa ha bisogno di una formulazione esplicita e forte (come, ad esempio ma non solo, nel contesto giudiziario).

3. Dal 1978 al 1982.

Il successo che ottengono le prime monografie (successo che l'Agenzia sottolinea, ad esempio, nella monografia 17[5] con la seguente espressione – p. 12 –: «le Monografie IARC sono riconosciute come una sorgente autorevole di informazioni sulla cancerogenicità delle sostanze chimiche ambientali») porta l'Agenzia di Lione a riflettere sul percorso di valutazione fino ad allora utilizzato e sui criteri adottati. Nel mese di ottobre del 1977 viene formato un gruppo di lavoro congiunto IARC/WHO proprio con il compito di rivalutare il percorso ed i criteri guida, gruppo di lavoro che mette per iscritto le sue considerazioni nel Technical Report 77/002 del 1977[6] ed a partire dalla monografia 17 del 1978[5] i nuovi criteri vengono presentati in ogni volume all'interno di un capitolo introduttivo che assume il nome di "Preambolo" e che è presente (sostanzialmente invariato nella sua struttura ed organizzazione) anche nei volumi più recenti.

Il salto di qualità che il Technical Report del 1977 introduce è rilevante e molte sono le novità che vengono proposte.

Viene innanzitutto precisato il ruolo della valutazione: per la prima volta si dice, infatti, che «le valutazioni critiche dei dati fornite in queste monografie hanno l'intenzione di assistere le autorità nazionali ed internazionali nel formulare decisioni che riguardano misure di prevenzione» (p. 11)[5].

L'espressione non rappresenta, come potrebbe sembrare a prima vista, una semplice presa d'atto della capacità delle valutazioni espresse nelle monografie di interloquire con le

massime autorità nazionali ed internazionali in tema di cancerogenesi chimica, ma definisce esplicitamente un compito ed un ruolo e delimita un contesto: le valutazioni proposte sono indirizzate ad assistere le autorità nell'adottare decisioni che riguardano misure di prevenzione. La precisazione non è banale ed ha delle significative conseguenze perché, ad esempio, per mettere in opera misure preventive o per adottare politiche di prevenzione non è necessaria una nozione di causa "forte" ma è più che sufficiente una nozione di causa "debole" (ammesso che in tal caso si possa parlare ancora di causa) come quella veicolata dai criteri fin qui utilizzati dall'Agenzia.

Questa finalizzazione della valutazione all'indirizzo alle autorità nazionali ed internazionali affinché adottino politiche di prevenzione si trova immutata nelle monografie più recenti ed aiuta anche a comprendere perché per gran parte del suo percorso valutativo – si veda oltre – l'Agenzia non abbia ritenuto di esplicitare nel Preambolo a quale concetto di causa la valutazione si ispiri: si tratta infatti di indirizzi finalizzati ad attivare politiche preventive supportate dalle evidenze scientifiche che, di volta in volta e su specifiche esposizioni, le monografie mettono a disposizione.

Invariato, se non per minori dettagli e specificazioni, rimane invece il percorso che porta alla produzione delle singole monografie: raccolta di tutta la letteratura disponibile; stesura (da parte della IARC o di esperti esterni) del primo *draft* della monografia; invio di questa prima bozza a tutto il gruppo di lavoro; incontro del gruppo di lavoro (a Lione per 7-8 giorni) per discutere, finalizzare il testo e formulare le valutazioni; verifiche finali (rispetto alla letteratura originale), *editing* e produzione della monografia. Unica novità, interessante in termini di approccio generale ma totalmente irrilevante per quanto riguarda il risultato della valutazione, è la apertura del gruppo di esperti che prepara la monografia alla partecipazione ai lavori di osservatori provenienti da agenzie nazionali ed internazionali, da organismi di varia natura, ed anche dall'industria, osservatori che però non hanno titolo e ruolo ad intervenire per quanto riguarda il merito della valutazione, che rimane totalmente ed esclusivamente affidata al gruppo di lavoro.

Il tema della valutazione delle evidenze sperimentali continua a presentare importanti livelli di criticità, ed allora nel Technical Report del 1977[6] vengono precisati alcuni aspetti della valutazione ed interpretazione che devono essere considerati nell'esame della evidenza sperimentale: le condizioni sperimentali; la consistenza dei risultati tra specie e tipi di tumori; lo spettro di risposta delle neoplasie; lo stadio di formazione del tumore; e il possibile ruolo di agenti modificatori.

In tema di causalità vengono introdotti cinque criteri che possono rafforzare o indebolire «una interpretazione che implica causalità» (p. 18)[5]: assenza di *bias*; controllo del confondimento; associazione non dovuta al caso; associazione forte; presenza di una relazione dose-risposta[i]. Inoltre si specifica che «l'evidenza più convincente di causalità emerge quando diversi studi indipendenti condotti in differenti circostanze danno luogo a risultati positivi» (p. 18)[5].

Siamo ancora molto lontani da una definizione di causalità ma i criteri suggeriti sono ritenuti tali che il loro riscontro (o mancato riscontro) possa indirizzare verso (o detrarre da) una interpretazione che implica causalità. In termini generali ed astratti qualche criterio sembra possedere l'attributo della necessarietà (assenza di *bias* e confondimento, associazione non

[i] Per le definizioni di *bias*, confondimento, e caso, utilizzate da IARC si veda il successivo paragrafo 6, dove tali definizioni sono riprese tal quale dal preambolo alle monografie.

dovuta al caso), anche se l'argomento meriterebbe in realtà un approfondimento che deborda dagli obiettivi del presente contributo, e nessuno è invece sufficiente, ma poiché la verifica del criterio (ad esempio: assenza di confondimento) non è una operazione elementare e le modalità con cui la verifica deve essere condotta non sono esplicitate (né nel Technical Report del 1977[6] né nelle successive monografie che lo hanno applicato) ne consegue che il riscontro (o meno) dei criteri proposti viene necessariamente demandato all'adozione di generiche buone pratiche di comportamento (pratiche che per altro non sono mai indicate nello specifico e sono lasciate alla *expertise* o alla supposta autorevolezza del ricercatore e/o del gruppo di lavoro convenuto per la singola monografia). In nessuno studio epidemiologico osservazionale sull'uomo è possibile escludere in termini assoluti la presenza di *bias* e di confondimento: risulta così del tutto arbitrario identificare il valore (i valori) oltre (o entro) il quale si possa essere sufficientemente confidenti che i *bias* ed il confondimento non abbiano agito (o abbiano agito in maniera così poco rilevante da non togliere valore ai risultati dello studio che viene esaminato).

Considerazioni analoghe possono essere proposte con riferimento al terzo criterio (assenza di una associazione casuale), per il quale non vengono forniti né elementi di metodo (come fare) né elementi di giudizio (quando una associazione è o non è casuale). L'argomento meriterebbe poco meno di un accenno, se non fosse che proprio su questo punto (e come conseguenza delle differenti metodologie adottate e dei diversi criteri di valutazione utilizzati) in molti procedimenti penali svolti nel nostro paese i consulenti tecnici delle accuse e delle difese si sono esercitati in diatribe piuttosto rilevanti[j].

Si potrebbe dire molto anche sugli altri due criteri (forza dell'associazione e relazione dose-risposta) ma, non possedendo essi né l'attributo di necessarietà né quello di sufficienza, la discussione ci porterebbe fuori strada rispetto agli obiettivi che ci siamo proposti.

Anche l'ultimo criterio suggerito e che per l'Agenzia rappresenta l'evidenza più convincente (e cioè la concordanza di risultati positivi in diversi studi) non risulta di agevole applicazione (almeno negli anni in cui è stato formulato) perché (salvo qualche raro caso) normalmente l'evidenza scientifica presenta studi positivi e studi negativi riferiti alla stessa sostanza o esposizione e ne nasce l'esigenza di combinare opportunamente (o di tenerne conto in maniera adeguata) tali risultati. Il tema ha portato nel tempo allo sviluppo di un rilevante insieme di strumenti metodologici per condurre attività di meta analisi, ma all'epoca (1978) della stesura della monografia 17[5], cioè quella in cui sono stati formulati i criteri appena discussi, tali strumenti non erano ancora disponibili e la applicazione del criterio incontrava, quindi, elevate difficoltà applicative ed un importante livello di arbitrarietà.

Il suggerimento riferito al criterio della concordanza degli studi positivi ha fatto rendere conto, come si è appena evidenziato, che in realtà nella letteratura scientifica sono presenti anche studi non positivi o addirittura negativi[k]. Questa osservazione ha portato alla

[j] Le principali discordanze in proposito riguardano da una parte lo strumento tecnico da utilizzare per valutare l'azione del caso (ed in particolare il contrasto tra il ricorso al "p-*value*", piuttosto che all'intervallo di confidenza, o a metodi ancora più complessi e sofisticati dal punto di vista statistico), dall'altra il valore numerico da adottare per prendere una decisione: 80%, 90%, 95%, 99% (o qualsiasi altro valore ritenuto di interesse). Si veda anche il paragrafo 6.1

[k] Il dibattito su cosa si debba intendere con studio positivo, non positivo, o negativo, sarebbe troppo lungo da trattare anche solo in maniera semplificata. Per dare almeno una idea delle problematiche che la discussione comporta si può segnalare che viene considerato positivo uno studio epidemiologico che, avendo escluso l'azione di fattori come il caso, i *bias*, i confondenti, mostra l'esistenza di una associazione positiva tra una esposizione nociva ed un effetto (l'esposizione, o l'aumento della esposizione, aumenta la frequenza dell'effetto negli esposti, o nei più esposti): l'indicatore di effetto (esempio: Rischio Relativo) risulta superiore ad 1. Si considera invece non positivo uno studio epidemiologico che, per l'azione appunto di fattori come il caso, i *bias*, i confondenti, non riesce a mostrare l'esistenza di una associazione positiva tra una esposizione nociva ed un effetto: l'indicatore di effetto (esempio: Rischio Relativo) non si discosta da 1. Si considera negativo uno studio epidemiologico che, avendo escluso l'azione di fattori come il caso, i *bias*, i confondenti, non mostra l'esistenza di una associazione positiva tra una esposizione nociva

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

formulazione di criteri e requisiti che devono essere valutati per concludere che si è di fronte ad un vero studio negativo, requisiti in parte sovrapponibili a quelli riferiti agli studi positivi. Sul punto, da una lettura attenta non solo del Preambolo del volume 17[5] (e dei successivi) ma anche entrando nel merito delle valutazioni riferite a diverse sostanze od esposizioni, è difficile non aderire all'idea che la valutazione prodotta dalle monografie assegna una chiara preferenza agli studi che presentano risultati positivi rispetto a quelli che presentano risultati negativi: i criteri con cui vengono valutati questi ultimi sono decisamente più stringenti rispetto a quelli con cui sono valutati i primi (tra i quali spesso vengono inclusi anche studi con rischi relativi superiori ad 1 ma che andrebbero classificati come studi non positivi: si veda in proposito l'esempio riportato e discusso al termine di questo contributo). L'osservazione non deve sorprendere se si fa mente locale all'obiettivo eminentemente (per non dire esclusivamente) preventivo che ha la produzione delle monografie.

Da ultimo, la nuova impostazione del Preambolo ribadisce che «non sono disponibili adeguati criteri per interpretare i dati di cancerogenesi sperimentale direttamente in termini di potenziale cancerogeno per l'uomo»[5] (p. 19), ma aggiunge anche che «in assenza di adeguati dati sull'uomo è ragionevole per ragioni pratiche considerare tali sostanze chimiche [ndr: quelle che hanno mostrato una sufficiente evidenza di cancerogenicità nell'animale] come se fossero cancerogene per l'uomo» (p. 20)[5].

L'applicazione di questo principio si vede subito nella valutazione della prima sostanza presentata nella monografia 17: «vi è sufficiente evidenza di un effetto cancerogeno della N-nitroso-2n-butilammina in diverse specie negli animali da esperimento. Sebbene nessun dato epidemiologico sia disponibile la N-nitroso-2n-butilammina a fini pratici deve essere considerata come se fosse cancerogena per l'uomo» (p. 67)[5].

Ancora una volta viene esplicitamente documentato e ribadito come il percorso valutativo adottato dall'Agenzia di Lione è guidato da una attenzione al tema della prevenzione nonché dall'adozione di quell'atteggiamento che negli anni successivi ha trovato formale applicazione in termini di "principio di precauzione".

Il percorso di modifica del Preambolo (e di ciò che ne consegue) iniziato nel 1977 con il gruppo di lavoro che ha prodotto il Technical Report 77/002[6] ha il suo apice e raggiunge l'impostazione definitiva nel 1982 con la pubblicazione del Supplemento 4, un volume che propone una rivalutazione di tutte le sostanze ed esposizioni che erano state sottoposte a giudizio nei 29 volumi delle monografie fin lì pubblicate[7].

Il Preambolo del Supplemento innanzitutto afferma (p. 7) che «l'uso delle espressioni "per ragioni pratiche" e "come se presentassero un rischio cancerogeno" indica che al momento non può essere stabilita una correlazione tra cancerogenicità negli animali e possibile rischio nell'uomo su basi puramente scientifiche, ma solo pragmaticamente. Tale correlazione pragmatica può essere utile per le agenzie regolatorie nel prendere decisioni riferite alla prevenzione primaria dei tumori»[7]. Se c'era bisogno di una eventuale conferma del ruolo delle monografie e dei concetti causali che le caratterizzano l'espressione riportata ne è una dimostrazione più che evidente.

Dal punto di vista della valutazione causale vengono confermati sia i tre criteri principali («tre criteri devono essere rispettati prima di poter inferire una associazione causale»

ed un effetto (il Rischio relativo non si discosta da 1) oppure mostra l'esistenza di una associazione negativa tra una esposizione nociva ed un effetto (il Rischio relativo risulta inferiore a 1)

– p. 11[7]: assenza di *bias*, assenza di confondimento, associazione non dovuta al caso) sia i quattro elementi ulteriori («possono aumentare la confidenza nell'inferire una associazione causale» – p. 11[7]: concordanza di più studi, forza dell'associazione, esistenza di una relazione dose-risposta, riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione – p. 11)[7] già introdotti nelle precedenti monografie.

La vera novità consiste invece nella proposta (pp. 11-12)[7] di uno schema di classificazione in categorie per l'evidenza di cancerogenicità: 3 categorie per l'evidenza nell'uomo e 4 categorie per l'evidenza sperimentale.

Per l'uomo, la classificazione si sviluppa in:

a) «**evidenza sufficiente**» (c'è una relazione causale tra agente e tumore nell'uomo);
b) «**evidenza limitata**» (una interpretazione causale è credibile, ma spiegazioni alternative come caso, *bias* e confondimento, non possono essere adeguatamente escluse);
c) «**evidenza inadeguata**» (prevale una delle tre seguenti condizioni: *i)* c'erano pochi dati pertinenti; *ii)* gli studi disponibili non escludono caso, *bias* o confondimento; *iii)* vi sono studi che non mostrano evidenza di cancerogenicità).

Nel caso dell'animale, le categorie sono le seguenti:

a) «**evidenza sufficiente**» (aumentata incidenza in più specie o in più esperimenti o con una incidenza inusuale);
b) «**evidenza limitata**» (gli studi riguardano una sola specie o gli esperimenti hanno un dosaggio inadeguato o i tumori hanno una occorrenza spontanea);
c) «**evidenza inadeguata**»: (gli studi presentano limitazioni importanti);
d) «**nessun dato**» (assenza di dati disponibili al gruppo di lavoro).

Combinando l'evidenza nell'uomo con l'evidenza sperimentale si dà origine alla classificazione definitiva della sostanza o esposizione nei seguenti gruppi (pp. 13-14)[7]:

a) **Gruppo 1**: la sostanza è cancerogena per l'uomo. Solo quando vi è sufficiente evidenza da studi epidemiologici per supportare una associazione causale tra esposizione e tumore.
b) **Gruppo 2**: la sostanza è probabilmente cancerogena per l'uomo. È suddiviso in due gruppi, ossia:**2A** (esposizioni per le quali vi è almeno limitata evidenza nell'uomo) e **2B** (vi è evidenza inadeguata nell'uomo ma evidenza sufficiente negli animali).
c) **Gruppo 3**: la sostanza non può essere classificata quanto alla sua cancerogenicità per l'uomo.

In termini operativi, nel supplemento 4 la valutazione del gruppo di lavoro ha portato a classificare nel gruppo 1, cioè nella categoria per la quale le sostanze sono causalmente associate con il cancro nell'uomo, 7 processi industriali ed esposizioni occupazionali e 23 sostanze (e gruppi di sostanze) chimiche; nel gruppo 2 (probabilmente cancerogene per l'uomo) 61 tra sostanze, gruppi di sostanze, e processi industriali (14 nel gruppo 2A e 47 nel gruppo 2B); nel gruppo 3 (non classificabile per quanto riguarda la cancerogenicità nell'uomo) 64 tra sostanze, gruppi di sostanze, processi industriali ed esposizioni occupazionali[7].

Con la proposta di questo schema classificatorio termina la valutazione narrativa della cancerogenicità che ha caratterizzato la pubblicazione delle precedenti monografie ed inizia una

fase nuova in cui ogni sostanza sottoposta a valutazione viene inquadrata in una specifica classe: cancerogeno certo, cancerogeno probabile, cancerogeno non valutabile.

4. Dal 1982 ai giorni nostri.

Dalla pubblicazione del Supplemento 4 e fino ai giorni nostri l'attività delle monografie è proseguita senza soluzione di continuità producendo di volta in volta un aggiornamento del Preambolo posto all'inizio di ogni volume. E' una attività di manutenzione che si può considerare ordinaria e che ha prodotto nel tempo solo minori variazioni sia alla struttura che al suo contenuto. In questo percorso merita ancora una segnalazione specifica il Supplemento 7 del 1987[8], sia per la sua valenza di merito (sintesi delle valutazioni dei 42 volumi prodotti negli anni precedenti) sia per le ulteriori precisazioni introdotte nel Preambolo.

Viene lì infatti specificato (p. 18)[8] che «le monografie rappresentano il primo passo nella valutazione del rischio cancerogeno», mentre (p. 18)[8] «il secondo passo è la stima quantitativa del rischio» ma questa fase non fa parte del programma delle Monografie.

Nel precisare questa strada, il Preambolo offre però una considerazione che risulta particolarmente utile per il presente contributo (p. 18)[8]: «il primo passo nella valutazione del rischio cancerogeno implica l'esame di tutte le informazioni rilevanti al fine di valutare la forza dell'evidenza disponibile che un agente possa alterare l'incidenza specifica per età del tumore nell'uomo». Infatti, troviamo qui indicato per la prima volta, peraltro senza che sia nominato direttamente, il concetto di causa che fa da *background* alla impostazione odierna del percorso delle Monografie. Per la IARC un agente causa un tumore quando l'analisi dell'evidenza disponibile indica che tale agente altera l'incidenza specifica per età di quel tumore nell'uomo.

Nel grande dibattito sulla causalità che a partire soprattutto dall'articolo di Rothman del 1976[4] ha interessato il mondo degli epidemiologi (e che ha trovato uno dei momenti di massima espressione e sintesi nel volume "*Causal inference*" del 1988)[9] la IARC dimostra così di aderire alla impostazione teorica proposta da Susser[10-12] il quale, ponendosi la domanda su come può essere caratterizzata una causa risponde: «in primo luogo è forse più sicuro parlare di determinanti, e per determinanti io intendo qualunque cosa che fa una differenza su un effetto» (p. 161)[12].

In un paragrafo intitolato "Criteri per la causalità" il Supplemento 7 del 1987 fornisce le seguenti indicazioni:

a) una associazione forte (cioè un rischio relativo grande) è più probabile di una associazione debole per indicare la causalità, sebbene si riconosce che rischi relativi di ampiezza piccola non implicano mancanza di causalità;

b) associazioni che sono replicate in parecchi studi è più probabile che rappresentino una relazione causale rispetto ad osservazioni isolate di singoli studi. Inoltre si deve dare maggior peso agli studi di elevata qualità rispetto agli studi metodologicamente meno solidi;

c) se il rischio aumenta con l'aumentare della esposizione ciò è considerato come una forte indicazione di causalità, sebbene l'assenza di una risposta graduata non rappresenta necessariamente evidenza contraria ad una relazione causale;

d) la dimostrazione di un declino del rischio dopo la cessazione o la riduzione della esposizione supporta una interpretazione causale dei risultati;

e) la specificità di una associazione aggiunge plausibilità ad una relazione causale.

Pur senza essere esplicitamente nominata siamo sostanzialmente (anche se non formalmente) arrivati alla criteriologia di Bradford-Hill[3](si veda in precedenza la nota e), seppure in una versione semplificata.

La Monografia pone l'accento sulla necessità di valutare la qualità degli studi considerati, ed in particolare si richiama l'attenzione su alcuni elementi: definire bene la popolazione allo studio, le patologie e le esposizioni da esaminare; le variabili che possono agire da confondenti ed i corretti confronti da effettuare; alcune informazioni minime da riportare negli studi; nonché un adeguato resoconto delle analisi statistiche condotte. Si tratta, come si può notare, di niente di più che regole generali di buona pratica epidemiologica, ma sono indicazioni del tutto generiche ed insufficienti per escludere uno studio dal (o includerlo nel) percorso di valutazione causale.

Nello schema di classificazione delle evidenze, sia per l'uomo sia per gli animali, viene introdotta (p. 18)[8] una ulteriore categoria: «evidenza che suggerisce mancanza di cancerogenicità», categoria che viene attribuita quando «esistono diversi studi adeguati consistenti nel non mostrare una associazione positiva tra agente e tumore» (p. 18)[8]; e si suggerisce, inoltre, che in alcune situazioni i criteri di classificazione possano essere utilizzati non solo in termini generali (esempio: causa il cancro) ma anche per specifici organi o tessuti (esempio: causa il cancro al polmone).

Il Supplemento 7 è anche l'occasione per dettagliare ulteriormente lo schema di classificazione complessivo delle sostanze quanto alla loro cancerogenicità, da una parte attraverso la precisazione del contenuto dei gruppi 2A e 2B – riportati di seguito – e dall'altra con l'introduzione di un quarto gruppo nel quale vengono inseriti gli agenti che «probabilmente non sono cancerogeni per l'uomo» (p. 32)[8]:

a) 2A: l'agente è probabilmente cancerogeno. «Questa categoria è usata quando vi è limitata evidenza di cancerogenicità nell'uomo e sufficiente evidenza di cancerogenicità nell'animale. Eccezionalmente […] può essere utilizzata evidenza proveniente da altri dati rilevanti» (p. 31)[8];

b) 2B: l'agente è possibilmente cancerogeno. «Quando […] vi è evidenza limitata nell'uomo e assenza di evidenza sufficiente nell'animale. Oppure […] evidenza inadeguata nell'uomo, o mancanza di dati, ma evidenza sufficiente nell'animale. In alcune situazioni […] può essere utilizzata evidenza proveniente da altri dati rilevanti» (p. 32)[8].

Nelle monografie prodotte dopo il 1987 assume sempre maggiore importanza l'informazione derivante da altri dati: assorbimento, distribuzione, escrezione e metabolismo; tossicità; effetti genetici e ad essi correlati; effetti riproduttivi e sullo sviluppo: è frequente il loro uso per forzare alcuni livelli della classificazione che non potrebbero essere attribuiti alla sola luce delle informazioni epidemiologiche e sperimentali. Molta rilevanza viene assegnata al tema della comprensione del meccanismo di azione, al punto da essere diventato un compito aggiuntivo per il gruppo di lavoro (oltre ai 5 compiti storici).

Per sole ragioni di completezza di questo *excursus* diamo uno sguardo anche all'ultimo Preambolo disponibile[1]. Vi si ribadisce, innanzitutto, (p. 1)[13] che «attraverso il programma delle Monografie, IARC cerca di identificare le cause del cancro nell'uomo» e che ciò rappresenta «il primo passo per la prevenzione dei tumori» (p. 1)[13].

[1] Scaricato dal sito della IARC, nella sezione dedicata alle monografie ((https://monographs.iarc.fr), il 15 agosto 2018.

Il Preambolo costituisce «primariamente una affermazione di principi scientifici piuttosto che una specificazione di procedure di lavoro. Le procedure attraverso cui il gruppo di lavoro implementa questi principi non sono specificate in dettaglio» (p. 1)[13]. Questo rappresenta probabilmente uno degli aspetti più problematici dell'intero percorso di valutazione messo in pista dall'Agenzia di Lione (forse può essere un po' eccessivo e magari fuori luogo fare ricorso alla saggezza popolare, ma quando si entra nei dettagli di alcune valutazioni risulta difficile non concludere che "tra il dire ed il fare c'è di mezzo il mare").

Dopo avere effettuato la distinzione tra pericolo e rischio il Preambolo afferma che le monografie sono un esercizio sulla valutazione del pericolo, anche quando il rischio nelle attuali condizioni di esposizione è molto basso. In questo esercizio un agente è definito cancerogeno se è «capace di aumentare l'incidenza delle neoplasie maligne, ridurre la loro latenza, o aumentare la loro gravità o molteplicità» (p. 2)[13], ed in alcune circostanze anche l'induzione di tumori benigni può contribuire al giudizio che l'agente sia cancerogeno.

Con questa definizione viene precisato (in estensione) il concetto di causa, perché non ci si limita più solo all'idea che una sostanza (per essere giudicata cancerogena) aumenti l'incidenza di una neoplasia ma vi si aggiungono ulteriori alternative: è sufficiente che l'azione dell'agente si traduca in una riduzione della latenza (concetto non definito ma con elevata probabilità riconducibile alla distanza tra l'insorgenza della patologia e l'inizio della esposizione) o in un aumento della gravità (anche in termini di molteplicità patologica).

Vengono confermate sia una criteriologia della causalità riconducibile agli elementi di Bradford-Hill (anche se non del tutto coincidenti con essi) sia una criteriologia della non causalità (ovvero i requisiti che occorre riscontrare nel caso di studi che non indicano una associazione tra esposizione e tumore). Si confermano, inoltre, sia il ruolo della cancerogenesi sperimentale ed il suo utilizzo per la valutazione di cancerogenicità nell'uomo sia la necessità di considerare altri dati rilevanti (meccanismo, tossicocinetica, etc.).

Infine, con qualche ulteriore specificazione o dettaglio, vengono confermati lo schema di classificazione delle evidenze nell'uomo e nell'animale (sufficiente, limitata, inadeguata, assente) e la classificazione complessiva in gruppi: gruppo 1 (cancerogeno certo), gruppo 2A (cancerogeno probabile), gruppo 2B (cancerogeno possibile), gruppo 3 (non classificabile come cancerogeno), gruppo 4 (probabilmente non cancerogeno). Per essere più precisi, ma anche per evidenziare tutti gli elementi che sono direttamente considerati nel processo di valutazione, l'attuale classificazione prevede le seguenti motivazioni:

a) **Gruppo 1: l'agente è cancerogeno per l'uomo.** La categoria è utilizzata quando vi è sufficiente evidenza di cancerogenicità per l'uomo. Eccezionalmente, un agente può essere posto in questa categoria quando l'evidenza di cancerogenicità nell'uomo è meno che sufficiente ma vi è sufficiente evidenza di cancerogenicità negli animali da esperimento e forte evidenza negli uomini esposti che l'agente agisce attraverso un rilevante meccanismo di cancerogenicità;

b) **Gruppo 2: l'agente è probabilmente o possibilmente cancerogeno per l'uomo.** Questa categoria include agenti per i quali, ad un estremo, il grado di evidenza di cancerogenicità per l'uomo è quasi sufficiente, e quelli per i quali, all'altro estremo, non ci sono dati sull'uomo ma per cui vi è evidenza sufficiente di cancerogenicità negli animali da esperimento. Gli agenti sono assegnati al Gruppo 2A (probabilmente cancerogeno per l'uomo) o al Gruppo 2B (possibilmente cancerogeno per l'uomo) sulla base dell'evidenza epidemiologica

e sperimentale di cancerogenicità e sulla base di dati relativi al meccanismo o ad altri dati rilevanti. I termini probabilmente cancerogeno e possibilmente cancerogeno non hanno alcun significato quantitativo e sono usati semplicemente come descrittori di differenti livelli di evidenza di cancerogenicità per l'uomo, con probabilmente cancerogeno che significa un livello più elevato di evidenza rispetto a possibilmente cancerogeno;

b.1) **Gruppo 2A: l'agente è probabilmente cancerogeno per l'uomo.** Questa categoria è utilizzata quando vi è evidenza limitata di cancerogenicità per l'uomo ed evidenza sufficiente di cancerogenicità nell'animale da esperimento. In alcuni casi, un agente può essere classificato in questa categoria quando vi è evidenza inadeguata di cancerogenicità nell'uomo e evidenza sufficiente di cancerogenicità negli animali da esperimento ed una forte evidenza che la cancerogenicità è mediata da un meccanismo che opera anche nell'uomo. Eccezionalmente, un agente può essere posto in questa categoria solo sulla base di una evidenza limitata di cancerogenicità nell'uomo. Un agente può essere assegnato a questa categoria se esso appartiene chiaramente, sulla base di considerazioni relative al meccanismo di azione, ad una classe di agenti per i quali uno o più membri sia stato classificato nel Gruppo 1 o nel Gruppo 2;

b.2) **Gruppo 2B: l'agente è possibilmente cancerogeno per l'uomo.** Questa categoria è utilizzata per agenti per i quali vi è evidenza limitata di cancerogenicità per l'uomo e evidenza meno che sufficiente di cancerogenicità nell'animale da esperimento. Può essere utilizzata anche quando vi è evidenza inadeguata di cancerogenicità nell'uomo ma vi è evidenza sufficiente di cancerogenicità negli animali da esperimento. In alcuni casi può essere posto in questo gruppo un agente per il quale vi è evidenza inadeguata di cancerogenicità nell'uomo e evidenza meno che sufficiente di cancerogenicità negli animali da esperimento insieme ad evidenza di supporto relativa al meccanismo di azione e ad altri dati rilevanti. Un agente può essere classificato in questa categoria solamente sulla base di forte evidenza relativa al meccanismo di azione e ad altri dati rilevanti.

***c)* Gruppo 3: l'agente non è classificabile quanto alla sua cancerogenicità per l'uomo.** Questa categoria è usata più tipicamente per agenti per i quali l'evidenza di cancerogenicità è inadeguata nell'uomo e inadeguata o limitata negli animali da esperimento. Eccezionalmente, agenti per i quali l'evidenza di cancerogenicità è inadeguata nell'uomo ma sufficiente negli animali da esperimento possono essere posti in questa categoria quando vi è forte evidenza che il meccanismo di cancerogenicità negli animali da esperimento non opera nell'uomo. Agenti che non ricadono entro altri gruppi sono anche posti in questa categoria. Una valutazione nel Gruppo 3 non è una determinazione di non cancerogenicità o di sicurezza complessiva. Essa spesso significa che sono necessarie ulteriori ricerche, specialmente quando le esposizioni sono diffuse o i dati di cancerogenesi sono consistenti con differenti interpretazioni.

***d)* Gruppo 4: l'agente è probabilmente non cancerogeno per l'uomo.** Questa categoria è usata per agenti per i quali vi è evidenza che suggerisce mancanza di cancerogenicità nell'uomo e negli animali da esperimento. In alcuni casi possono essere classificati in questo gruppo agenti per i quali vi è evidenza inadeguata di cancerogenicità nell'uomo ma evidenza che suggerisce mancanza di cancerogenicità negli animali da esperimento, consistentemente e fortemente supportata da un ampio spettro di dati relativi al meccanismo di azione e di altri dati rilevanti.

La definizione (in estensione) del concetto di causa merita un commento, almeno con riferimento al tema della latenza. L'idea estesa di causa che la IARC suggerisce si riassume nella considerazione che l'azione cancerogena di una sostanza o di una lavorazione possa avere

esiti negativi plurimi: non solo l'insorgenza di una patologia neoplastica in un soggetto che ne era privo, ma anche la modifica di alcune caratteristiche della stessa patologia per quanto riguarda il suoi decorso, decorso esemplificativamente tradotto nei concetti di riduzione della latenza o aumento della gravità.

Premesso che il concetto di latenza andrebbe discusso specificamente per precisare cosa si debba intendere con esso (latenza convenzionale, latenza clinica, ecc.) e che l'accenno generico che la IARC fa vada ricondotto, come si è detto, all'idea di latenza cosiddetta convenzionale (cioè distanza tra l'insorgenza della patologia e l'inizio della esposizione), la riduzione della latenza esprime (in modo non del tutto proprio ed esaustivo) il concetto che la patologia, in presenza della esposizione, insorga in un soggetto in un tempo precedente rispetto al momento in cui (eventualmente) insorgerebbe in assenza di esposizione. È l'idea che la sostanza/lavorazione esercita il suo potere cancerogeno anticipando l'insorgenza della patologia neoplastica.

Non è questo il luogo per una discussione di dettaglio della materia (discussione ostica e complessa da tanti punti di vista, sia concettuali che pratici, e che presenta posizioni piuttosto diversificate all'interno della comunità scientifica)[m]: è però necessario almeno indicare, per le sue eventuali ricadute nel contesto penale, da una parte la impossibilità pratica di verificare nel singolo caso se il fenomeno della anticipazione (o della riduzione della latenza) si sia realizzato, e dall'altra la erroneità dell'affronto del problema attraverso il calcolo della latenza media in un gruppo di soggetti in cui è insorta la patologia.

L'estensione del concetto di causa alla riduzione della latenza introduce pertanto una difficoltà valutativa ulteriore: da una parte la necessità di risolvere un dibattito scientifico attorno al tema della esistenza (o meno) della anticipazione e del livello (individuale, di gruppo, di media, ecc.) a cui si pone e può essere calcolato tale fenomeno, dall'altra la impossibilità di verificare se detta anticipazione ha avuto luogo (o meno) in uno specifico individuo.

5. Quindi?

Dopo aver sviluppato la storia completa del programma delle monografie IARC con riferimento al tema metodologico della valutazione causale, vale la pena di riassumere e fissare in maniera sintetica gli aspetti che ad oggi risultano di maggiore rilevanza, almeno per quanto riguarda gli aspetti più teorici e concettuali.

---

[m] Il tema della riduzione della latenza (o anticipazione, o accelerazione dell'evento) come conseguenza di una esposizione nociva è molto presente nel contesto penale, soprattutto con riferimento all'insorgenza di mesotelioma a seguito di esposizione ad amianto. In termini concettuali il punto di svolta si può collocare nelle affermazioni della III Consensus Conference italiana sul mesotelioma del 2015 e negli articoli che ad essa hanno fatto seguito: in particolare, da una parte la conclusione secondo cui il calcolo della durata media della latenza in gruppi di soggetti con mesotelioma e con differente esposizione è una metodologia errata per valutare se l'esposizione (o il suo aumento) è associata con una riduzione della latenza (o anticipazione dell'evento), dall'altra il dibattito più generale su cosa sia la anticipazione e se (e come) possa (eventualmente) essere misurata. Per un approfondimento si vedano: G. Berry, *Relative risk and acceleration in lung cancer*, in *Stat Med*, 26, 2007, pp. 3511 ss.; C. Magnani et al., *III Italian Consensus Conference on malignant mesothelioma of the pleura. Epidemiology, public health and occupational medicine related issues. Final document. Epidemiology, public health and occupational medicine section. Detailed report. Supplementary material*, in *Med Lav*, 106(5), 2015, pp. 325 ss.; C. Zocchetti, *Il mesotelioma e la anticipazione degli eventi*, in *ivi*, pp. 431 ss.; M. Bugiani, R. Calisti, C. Magnani et al., *Commento su: Zocchetti C. Il mesotelioma e la anticipazione degli eventi. Med Lav 2015;106:431-446,* in *ivi,* 107, 2016, pp. 243 ss. C. Zocchetti, Risposta dell'Autore, in *ivi*, pp. 243 ss; A. Bell, L. Santa Maria, *La tesi del c.d. effetto acceleratore nei processi per le morti da amianto: storia di una "mistificazione concettuale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2017; C. Zocchetti, *Aumento della esposizione e anticipazione degli eventi*, in *Med Lav*, 108, 2017 pp. 197 ss.

5.1. Obiettivi del programma.

«Attraverso il programma delle Monografie, IARC cerca di identificare le cause del cancro nell'uomo» (p. 1)[13] e ciò rappresenta «il primo passo per la prevenzione dei tumori» (p. 1)[13], dove «il primo passo nella valutazione del rischio cancerogeno implica l'esame di tutte le informazioni rilevanti al fine di valutare la forza dell'evidenza disponibile che un agente possa alterare l'incidenza […] del tumore nell'uomo» (p. 18)[8].

Vi si aggiunge, inoltre, che «le valutazioni critiche dei dati fornite in queste monografie hanno l'intenzione di assistere le autorità nazionali ed internazionali nel formulare decisioni che riguardano misure di prevenzione» (p. 11)[5].

5.2. Concetto di causa.

Pur non essendo mai stato formalmente definito un concetto di causa, per il programma delle monografie IARC un agente è definito cancerogeno se è (p. 2)[13] «capace di aumentare l'incidenza delle neoplasie maligne, ridurre la loro latenza, o aumentare la loro severità o molteplicità», ed in alcune circostanze anche l'induzione di tumori benigni può contribuire al giudizio che l'agente sia cancerogeno[n].

5.3. Criteri per la causalità.

Per quanto riguarda la criteriologia per valutare se un agente è cancerogeno la IARC opera una distinzione di argomenti che lavorano a due livelli: da una parte indica (p. 11) che «tre criteri devono essere rispettati prima di poter inferire una associazione causale»[7] (e quindi per l'interpretazione causale devono essere escluse la presenza del caso, dei *bias* e del confondimento); dall'altra parte, suggerisce almeno cinque elementi la cui ricorrenza può «aumentare la confidenza nell'inferire una associazione causale» (p. 11)[7] (forza dell'associazione, concordanza di più studi, esistenza di una relazione dose-risposta, riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione, specificità dell'associazione).

La applicazione pratica dei criteri appena ricordati è interamente lasciata alla responsabilità del gruppo di lavoro che prepara ogni singola monografia, perché sebbene i principi ed i criteri indicati siano esplicitamente riportati in un paragrafo che introduce ogni volume (il Preambolo), tale paragrafo costituisce «primariamente una affermazione di principi scientifici piuttosto che una specificazione di procedure di lavoro. Le procedure attraverso cui il gruppo di lavoro implementa questi principi non sono specificate in dettaglio» (p. 1)[13].

Questo aspetto, apparentemente pratico, assume invece una rilevanza eccezionale al momento della valutazione di ciascun agente, perché da una parte si tratta di esaminare in ogni singolo studio analizzato se ricorrano (o meno) i tre criteri primari (assenza di caso, *bias*, e confondimento), e dall'altra si tratta poi di pesare gli elementi aggiuntivi (forza e specificità dell'associazione, concordanza tra studi, relazione dose-risposta, riduzione dell'incidenza dopo aver ridotto l'esposizione) per comprendere in che modo possa essere aumentata (o diminuita) la confidenza nell'inferire una associazione causale. È facile immaginare quanto tale attività possa essere esposta all'arbitrio dei valutatori.

[n] Per i dettagli si veda la Part B, *section* 3a (ed in particolare la p. 13), della voce bibliografica 13.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Avendo acquisito gli elementi di metodologia che abbiamo appena sintetizzato vale la pena di provare ad analizzare almeno un caso concreto di classificazione, per avere una idea di come gli elementi di teoria possono essere messi in pratica in un contesto in cui tutti i criteri suggeriti dal Preambolo possono essere valutati.

La logica con cui viene affrontato l'esempio che proponiamo non ha lo scopo di suggerire un giudizio complessivo di merito sulla attività della IARC e sul valore delle sue classificazioni di cancerogenicità (anche se inevitabilmente non se ne potranno non trarre anche delle conclusioni in proposito) bensì quello di indicare le difficoltà (e le possibili alternative) che sono insite nella applicazione pratica dei criteri selezionati. Conclusioni di tipo più generale sono al di fuori degli obiettivi del presente contributo, perché implicherebbero di ripetere l'analisi esemplificativa che segue su tutti gli agenti valutati da IARC.

6. Un esempio di valutazione.

A parere di chi scrive risulta piuttosto istruttiva la applicazione del percorso di valutazione fin qui indicato al caso dell'industria della gomma, comparto produttivo che è stato esaminato dalla IARC in tre circostanze: nel 1982[14], nel 1987[9], e nel 2012[15]. La valutazione ha riguardato diverse patologie (diverse sedi tumorali) e, volendo rimanere fedeli all'obiettivo di esemplificazione che ci siamo proposti, nel seguito sarà esaminato solo il percorso effettuato per l'ultima valutazione del 2012 e con riferimento esclusivo al caso del tumore del polmone.

A titolo informativo, ricordiamo che nel 1982[14] la valutazione del tumore del polmone veniva proposta come segue: «*lung cancer is positively related to a variety of jobs within the rubber industry. Attribution to specific factors in the workers' environment cannot be made*» (p. 228) e «*sufficient for excess occurrence in rubber workers; and limited for causal association with occupational exposures*» (p. 230).

Vale a dire: «il tumore del polmone è positivamente correlato con diverse mansioni all'interno dell'industria della gomma. La attribuzione a specifici fattori nell'ambiente lavorativo non può essere fatta» e «evidenza sufficiente per quanto riguarda un eccesso di occorrenza di casi nei lavoratori della gomma; ed evidenza limitata per quanto riguarda una associazione causale con le esposizioni occupazionali».

Nel 1987[9] la valutazione è stata invece la seguente: «*other cancers, including those of the lung, renal tract, stomach, pancreas, oesophagus, liver, skin, colon, larynx and brain, have been reported as occurring in excess in workers in various product areas and departments, but no consistent excess of any of these cancers is seen across the various studies*» (p. 332).

Ossia: «altri tumori, inclusi quelli del polmone, rene, stomaco, pancreas, esofago, fegato, pelle, colon, laringe e cervello, sono stati riportati in eccesso in lavoratori in varie aree produttive e dipartimenti, ma nessun consistente eccesso per nessuno di questi tumori è stato osservato attraverso i vari studi».

Si tratta di due valutazioni che, in termini temporali, sono da riferire ad un percorso metodologico che probabilmente non si era ancora completato (o perlomeno non si era ancora stabilizzato sui criteri che sono poi diventati costanti negli anni successivi), ma quando viene proposta la valutazione del 2012[15] il percorso metodologico che abbiamo tratteggiato in

precedenza possiamo dire che aveva raggiunto il suo culmine: da qui l'opportunità di osservarlo con particolare attenzione.

In termini sintetici la valutazione ha segnalato (p. 550)[15]: «*overall, the cohort studies suggest an increased lung-cancer risk among workers in the rubber-manufacturing industry. This conclusion is supported by the findings of population-based case-control studies. The Working Group concluded that there is evidence of excess lung cancer among rubber workers*».

Il che significa: «nel complesso, gli studi di coorte suggeriscono l'esistenza di un rischio aumentato di tumore del polmone nell'industria di produzione della gomma. Questa conclusione è supportata dai risultati di studi caso-controllo di popolazione. Il Gruppo di Lavoro concluse che vi era evidenza di un eccesso di tumore del polmone tra i lavoratori della gomma».

Ancora, nella medesima valutazione si legge: «*there is sufficient evidence in humans for the carcinogenicity of occupational exposures in the rubber-manufacturing industry. Occupational exposures in the rubber-manufacturing industry cause leukaemia, lymphoma, and cancers of the urinary bladder, lung, and stomach*» (p. 559)[15].

E cioè: «vi è sufficiente evidenza di cancerogenicità nell'uomo per l'esposizione professionale nell'industria di produzione della gomma. Le esposizioni occupazionali nell'industria di produzione della gomma causano leucemia, linfoma, e tumori della vescica urinaria, del polmone, e dello stomaco».

L'industria della gomma viene quindi classificata, per quanto riguarda il tumore del polmone, nel gruppo 1, cioè «l'agente è cancerogeno per l'uomo». Dovremmo quindi verificare che la valutazione proposta sia stata il frutto da una parte di avere escluso la presenza del caso, dei *bias* e del confondimento, e dall'altra di avere ragionato attorno ad almeno cinque ulteriori elementi (forza dell'associazione, concordanza di più studi, esistenza di una relazione dose-risposta, riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione, specificità dell'associazione) la cui ricorrenza può «aumentare la confidenza nell'inferire una associazione causale» (p.11)[7].

Per apprezzare al meglio i commenti che seguono è opportuno riportare per intero il percorso valutativo proposto nella monografia del 2012 (cfr. pp. 549-550)[15].

> «*2.4.1 Cohort studies. Kogevinas et al. (1998) noted that the more recently reviewed studies tended to confirm a moderate excess risk for lung cancer. Positive findings were reported in five cohort studies (Delzell & Monson, 1985a, in the curing department; Gustavsson et al., 1986; Zhang et al., 1989; Szeszenia-Dabrowska et al., 1991; Solionova & Smulevich, 1993). These risks were found among workers in tyre-curing departments, mixing and milling, in vulcanization workers, and in a study on jobs with high exposure to fumes or solvents. In three studies excess risks up to 1.5 were reported (Delzell & Monson, 1984b, in the aerospace-product department; Sorahan et al., 1989; Weiland et al., 1996), while in five cohort studies excess risks were not found (Norseth et al., 1983; Delzell & Monson, 1984a, 1985b, in industrial-products and reclaim departments; Bernardinelli et al., 1987; Negri et al., 1989; Carlo et al., 1993). Cohort studies on lung cancer published after the above-mentioned review (Kogevinas et al., 1998) are listed in Table 2.3. In most studies moderate but consistent increases in risk for lung cancer were found; two studies reported no increase in risk (Dost et al., 2007; deVocht et al., 2009). From a study of a cohort of German women employed in rubber-manufacturing plants, Mundt et al. (1999) reported an increased risk for lung cancer mortality. Stronger associations were observed for certain periods of employment. Among a cohort of German men, a significantly increased risk for lung cancer mortality was observed (Straif et al., 2000a). Using internal*

comparisons, the authors showed increased risks among those employed during one year or more in work areas that involved preparation of materials, technical rubber goods and tyre production (Straif et al., 1999). Through retrospective, semiquantitative estimates of exposures to nitrosamines, asbestos and talc, an increased risk for lung cancer in association with high exposure levels for asbestos was observed. An exposure characterization in which categories of medium and high exposure levels of talc were combined with medium exposure to asbestos revealed an exposure-response relationship with lung-cancer incidence (Straif et al., 2000a). Szymczak et al. (2003) reported excess lung-cancer mortality among men and women employed in a rubber-footwear plant in Poland. There were increased risks by duration of employment, but no trend was observed. A population-based cohort study of non-smoking women in China also showed an increased risk for lung cancer, after controlling for exposure to second-hand smoke, education level and family history of lung cancer (Pronk et al., 2009).
2.4.2 Case–control studies. The findings of population-based case-control studies are listed in Table 2.4. Most notably, in two large multicentre studies of non-smokers, increased risks for lung cancer were found among women who reported having been employed in the rubber-manufacturing industry (Pohlabeln et al., 2000; Zeka et al., 2006)»[o].

Cominciamo con l'osservare che di tutti i lavori sull'industria della gomma ed il tumore del polmone pubblicati in letteratura (dopo la valutazione IARC del 1987)[9] ne vengono descritti solo alcuni, con l'evidente conseguenza che l'immagine che viene offerta del contenuto della letteratura scientifica non può che essere incompleta (molti sono gli studi non rappresentati) e distorta (non essendo esplicitati i criteri usando i quali di alcuni studi vengono proposti i risultati e di altri no). In particolare, nel caso specifico ed a solo titolo di esempio, risulta piuttosto grave la mancata considerazione dello studio di Alder N. et al. (2006)[16], perché era la più ampia metaanalisi formale condotta (si veda oltre), ed anche l'unica.

Peraltro, la selezione degli studi rappresentati non è nemmeno giustificata sotto il profilo della eventuale migliore qualità degli studi pubblicati, perché una valutazione di qualità delle indagini epidemiologiche presenti in letteratura non è proposta nella monografia ed una lettura di dettaglio dei singoli lavori mette immediatamente in evidenza l'esistenza di indagini di qualità molto differente[p].

E veniamo alla valutazione dei tre criteri fondamentali per un giudizio di causalità: esclusione della presenza del caso, dei *bias* e del confondimento[q].

6.1. Il caso.

Nel Preambolo (a p. 9)[13] il ruolo del caso «*is related to biological variability and the influence of sample size on the precision of estimates of effect*», ossia«è riferito alla variabilità biologica ed all'influenza della dimensione del campione sulla precisione delle stime di effetto».

---

[o] Per l'indicazione bibliografica specifica dei singoli studi citati, irrilevante per le considerazioni che seguono, si rimanda alla pubblicazione originaria[15], disponibile anche sul sito della IARC, nella sezione dedicata alle monografie (https://monographs.iarc.fr).

[p] Il tema meriterebbe senz'altro ulteriori approfondimenti, anche in relazione al dibattito esistente in dottrina a seguito di alcune proposte di utilizzo dell'informazione epidemiologica per supportare talune ipotesi di reato (cfr., sul punto, i riferimenti bibliografici di cui alle voci bibliografiche nn. 17 e 18); approfondimento che però eccederebbe gli obiettivi che ci siamo proposti con il presente esempio.

[q] Per un approfondimento generale su questi temi si faccia riferimento a qualsiasi testo moderno di epidemiologia, come ad esempio "Modern epidemiology" (cfr. voce bibliografica n. 19).

Nello specifico il Preambolo non fornisce indicazioni su come debba essere valutato l'effetto del caso e come ne debba essere esclusa la presenza in una particolare situazione. L'argomento è teoricamente rilevante, dal punto di vista giudiziario, considerato che in molti procedimenti i tecnici delle diverse parti (periti e/o consulenti) si sono spesso confrontati proprio sulle modalità tecniche con cui deve essere condotta la valutazione statistica (si pensi, ad esempio, ai dibattiti sull'utilizzo del cosiddetto "*p-value*" o dell'intervallo di confidenza, ed a quelli sulla soglia – 90% *vs* 95% – da utilizzare per valutare la significatività statistica di un risultato). A prescindere dalla mancanza di indicazioni teoriche (nel Preambolo), osserviamo che nel caso in esempio la narrazione proposta dalla monografia presenta sia risultati che nelle singole rispettive pubblicazioni sono giudicati statisticamente significativi (cioè è escluso l'effetto del caso) sia risultati che non sono giudicati tali (cioè non è escluso l'effetto del caso).

In altre parole, nessun filtro interpretativo viene posto al tema della presenza del caso nei risultati proposti e della sua necessaria eliminazione nell'ottica di una interpretazione causale. Tanto meno viene condotta una sintesi numerica complessiva dei risultati (vedi oltre) ed una conseguente valutazione statistica. Se ne deve concludere che l'esclusione del caso, seppure teoricamente affermata in sede di Preambolo, all'atto pratico non risulta così necessaria per indirizzare una interpretazione causale.

6.2. I bias.

Nel Preambolo (a p. 9)[13] si dice che «*bias is the effect of factors in study design or execution that lead erroneously to a stronger or weaker association than in fact exists between an agent and disease*», vale a dire «il *bias* è l'effetto di fattori presenti nel progetto dello studio o nella sua conduzione che portano erroneamente ad una associazione tra l'agente e la patologia che appare più forte o più debole di quanto essa sia in realtà».

La valutazione di questi fattori fa riferimento alla presenza in uno studio di specifici fenomeni (spesso identificati con il termine "distorsione") di varia natura (selezione, informazione, partecipazione, ecc.) il cui effetto è quello di fare in modo che lo studio produca delle stime non valide (appunto, superiori o inferiori alla situazione vera).

L'analisi della presenza/assenza di questi fattori di distorsione richiede un esame dettagliato di molti aspetti dell'indagine epidemiologica condotta, perché gli elementi di potenziale distorsione sono molti, agiscono subdolamente, e spesso non sono facili da identificare in pratica perché le pubblicazioni scientifiche (per quanto vi sia cura nella descrizione degli aspetti metodologici) sono necessariamente sintetiche e gli eventuali difetti vanno frequentemente ricercati nelle pieghe di quello che non è scritto. Abbiamo già anticipato come in nessuno studio epidemiologico osservazionale sull'uomo sia possibile escludere in termini assoluti la presenza di *bias*, ma una attenta lettura delle pubblicazioni ci può rendere sufficientemente confidenti che tali fattori o non abbiano agito o abbiano agito in maniera così poco rilevante da non togliere valore ai risultati dello studio che viene esaminato.

Nel caso in esempio la narrazione proposta dalla monografia non evidenzia elementi di criticità relativamente alla presenta di *bias* nelle singole pubblicazioni: non vi è infatti nessun accenno a distorsioni che possono avere falsato le stime riportate. Se ne deve concludere che o tutti gli studi esaminati sono assenti da *bias* (o essi non sono presenti in maniera rilevante)

oppure che anche per questo criterio di esclusione nessun filtro interpretativo viene posto nell'ottica di una interpretazione causale[r].

6.3. Il confondimento.

Il terzo criterio di esclusione riguarda il tema del confondimento, che per il Preambolo (p. 9)[13] «*is a form of bias that occurs when the relationship with disease is made to appear stronger or weaker than it truly is as a result of an association between the apparent causal factor and another factor that is associated with either an increase or decrease in the incidence of the disease*», ossia «è una forma di *bias* che si presenta quando la relazione con la malattia appare più forte o più debole di quanto sia in realtà a causa di una associazione tra il reale fattore causale ed un altro fattore che è associato o con un aumento o con una diminuzione della incidenza della malattia».

Difficoltà della definizione a parte, il confondente è un altro fattore causale per la patologia (diverso da quello in esame) la cui particolare distribuzione nei soggetti allo studio fa in modo che l'effetto stimato per l'agente in esame sia più alto o più basso di quello vero. Nel nostro caso, trattandosi di tumore del polmone e considerando l'eziologia multifattoriale di questa patologia, il pensiero deve andare necessariamente almeno al fumo di tabacco, ma anche ad altre esposizioni professionali concomitanti: ci si deve chiedere pertanto se nel percorso della monografia sulla gomma si sia tenuto conto della presenza/assenza di questi fattori di confondimento nei risultati pubblicati.

Nell'analisi narrativa proposta nella monografia[15] segnali della presenza del tema del confondimento ci sono, sia perché si riferisce di risultati raggiunti in studi epidemiologici che hanno interessato una popolazione di non fumatori sia perché si riferisce di studi in cui vi era la presenza di altre esposizioni professionali potenzialmente dannose per il polmone (amianto, talco, ecc.). Vero è, però, che nella quasi totalità degli studi di coorte citati (e che costituiscono la parte più rilevante per il giudizio di cancerogenicità espresso) un vero e proprio controllo del confondimento (da fumo o da altre esposizioni professionali) non è stato adottato e pertanto non è noto se le stime di effetto proposte corrispondano alla realtà ovvero se ne allontanino in qualche (non specificata) direzione.

Veniamo ora alle considerazioni sugli altri cinque ulteriori elementi (forza dell'associazione, concordanza di più studi, esistenza di una relazione dose-risposta, riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione, specificità dell'associazione) la cui ricorrenza può «aumentare la confidenza nell'inferire una associazione causale» (p. 11)[7].

6.4. Forza dell'associazione.

Questo elemento ha a che fare con il valore quantitativo della misura di effetto che valuta la relazione tra il fattore causale allo studio (industria della gomma) e la patologia (tumore del polmone). Nell'esempio si accenna ad «eccessi moderati di rischio», a «risultati positivi» senza specificazione di valori, a tre studi con «eccessi di rischio fino a 1,5», a «eccessi di rischio moderati ma consistenti» (pp. 549-550)[15].

---

[r] La lettura da parte dello scrivente di tutte le pubblicazioni scientifiche di taglio epidemiologico sull'industria della gomma citate nella monografia solleva molti dubbi sulla eventuale conclusione che vi sia assenza significativa di *bias* negli studi esaminati: anche su questa problematica, tuttavia, un esame di dettaglio eccede gli obiettivi del presente contributo.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

A giudicare dal fatto che l'industria della gomma è stata classificata come cancerogena, ne dobbiamo dedurre che tale insieme di espressioni narrative abbia (per l'elemento forza dell'associazione) aumentato la confidenza nel gruppo di lavoro nell'inferire una associazione causale.

Come debba essere valutata la forza di una associazione è ovviamente argomento di grande dibattito epidemiologico, sia con riferimento alle associazioni cosiddette "positive" che a quelle cosiddette "non positive" (o "negative"): la letteratura da citare sarebbe enorme (si veda anche la precedente nota h). Per quanto rileva per il presente contributo ci limitiamo a due osservazioni:

La prima è che, nonostante il tema della metaanalisi faccia esplicitamente parte degli argomenti metodologici affrontati nelle versioni recenti del Preambolo[13], la IARC non si è mai preoccupata di fornire una stima quantitativa dell'associazione tra causa ed effetto, limitandosi ad affermare (attraverso il suo schema di classificazione) l'esistenza (con diversi gradi di evidenza: certa, probabile, possibile) o non esistenza di tale associazione.

È evidente che una simile scelta mette in difficoltà tutti quei contesti dove il valore quantitativo dell'associazione diventa importante: si pensi al contesto dei procedimenti giudiziari civilistici ed alla regola probatoria del "più probabile che non" (o della "preponderanza dell'evidenza"), regola difficile da mettere in pratica senza una stima quantitativa dell'associazione tra causa ed effetto; oppure si pensi (sempre in ambito civile) al tema cosiddetto dell'"*apportionment*" (cioè della valutazione del contributo separato che diverse cause possono avere nella produzione dell'evento finale).

Passando alla seconda considerazione, va sottolineato che, anche da uno sguardo superficiale all'insieme delle monografie,risulta evidente che nelle valutazioni prodotte nel tempo da IARC sono presenti associazioni classificate come causali con forza dell'associazione molto diversa: si pensi ai valori molto bassi di rischio relativo riferiti all'inquinamento atmosferico (RR inferiori a 1.1 per il tumore del polmone)[20] e, viceversa, ai valori molto alti (sempre di rischio relativo) per il fumo (RR superiori a 20 per il tumore del polmone)[21] o per l'amianto (RR superiori a 20 per il mesotelioma)[22]. Di fronte a tali scenari non risulta certo facilmente comprensibile come una valutazione della forza dell'associazione possa «aumentare la confidenza nell'inferire una associazione causale» (p. 11)[7].

6.5. Concordanza di più studi.

La narrativa IARC sull'industria della gomma[15] ha chiaramente evidenziato la presenza in letteratura di studi che suggeriscono l'esistenza di una associazione (eccessi di rischio) con il tumore del polmone e di studi che non suggeriscono l'esistenza di tale associazione (nessun eccesso di rischio).

Come valutare la concordanza/discordanza di tali risultati? Che peso dare agli uni ed agli altri?

La metaanalisi è un esempio classico di strumento da adottare in tali situazioni, ma come abbiamo già indicato nessuna metaanalisi è stata condotta dal gruppo di lavoro IARC per la valutazione dell'industria della gomma, e l'unico studio che ha prodotto una formale metaanalisi (Alder, 2006)[16] abbiamo già commentato in precedenza che non è stato preso in

considerazione dal gruppo di lavoro. Eppure la valutazione espressa si è indirizzata verso una associazione causale tra industria della gomma e tumore del polmone, segno che in qualche modo il gruppo di lavoro ha valutato preponderante (più convincente) l'evidenza emergente dagli studi che segnalavano la presenza di un eccesso di rischio rispetto a quelli che non segnalavano tale eccesso: dalla narrazione riportata nella monografia non è dato sapere quali criteri siano stati adottati in proposito.

6.6. Esistenza di una relazione dose-risposta.

Anche di questo tema vi è una flebile traccia in monografia, laddove si cita uno studio condotto in Germania nel quale, peraltro in un contesto di esposizioni miste e complicate (nitrosamine, talco, asbesto, oltre alla gomma) risulterebbe una relazione esposizione-risposta con l'incidenza di tumore del polmone. Inoltre viene rilevato un aumento di rischio con la durata della esposizione (in uno studio in Polonia) ma senza che ciò abbia dato luogo alla esistenza di un *trend*[s].

Niente viene segnalato per tutti gli altri studi. Lasciamo giudicare al lettore che lo vorrà fare una valutazione della rilevanza di tale osservazione nell'ottica di un aumento della confidenza nell'inferire una associazione causale.

6.7. Riduzione dell'incidenza a seguito della riduzione della esposizione.

Questo criterio non si applica al caso in esame perché non sono presenti studi in letteratura che abbiano valutato tale aspetto. Può essere invece un criterio rilevante in altri contesti: il caso più tipico è quello della esposizione ad amianto perché per essa si è arrivati nel tempo (in Italia nel 1992, in moltissime altre nazioni in periodi leggermente precedenti o successivi a quanto avvenuto nel nostro paese) al bando dello stesso agente.

6.8. Specificità dell'associazione.

Anche questo criterio non fornisce suggerimenti per il caso in esame dove non sono emersi elementi di specificità dell'associazione.

7. Conclusioni.

In questo lungo *excursus* sul programma delle Monografie IARC abbiamo ovviamente trascurato molti elementi: il cambio di nome del programma, i criteri per la selezione delle sostanze da sottoporre a valutazione, gli avvicendamenti nella Direzione del programma stesso (nonché, più in generale, dell'Agenzia) e le loro conseguenze sulla valutazione, i cambi di classificazione che alcuni agenti hanno subito nel tempo, e così via. Lo abbiamo fatto per tenere fede allo specifico compito che ci siamo assegnati, compito che (tra l'altro) non ha mai previsto di formulare una valutazione di merito delle attività condotte dall'Agenzia. Crediamo, in questo modo, da una parte di avere messo a disposizione dei lettori gli elementi concettuali più

[s] Per gli studi qui ripresi con riferimento alla Germania ed alla Polonia si faccia riferimento alle indicazioni bibliografiche contenute nel paragrafo originale della monografia: pp. 549-550 della voce bibliografica 15, pagine riportate in esteso nel precedente paragrafo 6.

rilevanti alla luce dei quali la IARC arriva a concludere che un agente causa il cancro, e dall'altra di avere fornito un esempio completo per apprezzare come tali elementi possano trovare (difficoltà di) applicazione in un caso reale tipico, peraltro piuttosto recente.

Scopo del presente lavoro non è stato quello di mettere direttamente a confronto il concetto di causa che regge la valutazione della IARC con quello che governa il diritto penale; e nemmeno quello di mettere a confronto nei due contesti il procedimento che può portare all'accertamento della causalità. Scopo del lavoro è invece quello di esplicitare (commentandolo) il percorso di valutazione di causalità adottato dalla IARC, affinché il penalista che può non essere a conoscenza di tali elementi li possa paragonare con il procedimento valutativo che caratterizza il procedimento penale. In particolare, considerato il contenitore che ospita questo contributo, si lascia agli esperti del diritto valutare se e come il percorso adottato dalla IARC possa risultare utile (o meno) per rispondere alle domande che questo specifico contesto si pone.

Per evitare però che il rimando agli esperti di diritto possa indurre nel lettore l'idea di una rinuncia da parte di chi scrive a prendere posizione in proposito, è utile la ripetizione di qualche considerazione sintetica per rispondere, ad esempio, alla domanda: ove i criteri di causalità indicati dalla IARC fossero rigorosamente rispettati (fatto che non si è verificato nell'esempio proposto), le conclusioni cui l'Agenzia perviene costituiscono elementi di prova utili al fine dell'accertamento della causalità all'interno del procedimento penale?

Chi scrive condivide l'idea che le monografie siano un esercizio sulla valutazione del pericolo, primo passo nella valutazione del rischio cancerogeno, cui debba seguire come secondo passo una stima quantitativa del rischio. Non solo. Il concetto di causalità utilizzato dall'Agenzia (attraverso i criteri che sono stati diffusamente descritti e commentati) si presenta come un concetto di causa che possiamo definire "debole" (ammesso che si possa parlare propriamente di causa) e circoscrive necessariamente l'uso delle valutazioni IARC all'interno di specifici contesti come la prevenzione, la regolamentazione, la sanità pubblica, la programmazione di interventi sulla popolazione, e similari: è evidente la inadeguatezza e la difficoltà del suo utilizzo di fronte a requisiti forti quali il criterio del "oltre ogni ragionevole dubbio".

Nell'ipotesi che il lettore tipico di questo contributo avrà prevalentemente una formazione giuridica, ci permettiamo di concludere con una raccomandazione. L'esempio che abbiamo proposto aveva lo scopo di evidenziare le difficoltà riscontrate nel percorso di valutazione causale adottato dalla IARC, ma proprio in quanto esempio suggerisce che di fronte ad ogni agente di cui si vuole valutare l'eventuale associazione causale con una determinata patologia non si deve soprassedere alla fatica di ripetere tutto il percorso tracciato e di verificare nel concreto come i criteri che abbiamo enunciato siano stati applicati. Solo in questo modo è possibile far diventare la valutazione un oggetto reale dando agli aspetti positivi e negativi che emergono il peso richiesto dal contesto che si sta esaminando.

Un'applicazione acritica e pedissequa dello schema di classificazione proposto da IARC, facile scorciatoia che trova spesso realizzazione a prescindere dagli obiettivi che hanno mosso l'Agenzia nel suo giudizio e dal contesto in cui viene a proporsi tale applicazione, non permette di capire la complessità e le peculiarità che stanno dietro al giudizio di cancerogenicità formulato nei volumi delle monografie, ed in ultima analisi non contribuisce a comprendere aspetti significativi della vita di ogni giorno e dei processi che li regolano.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

BIBLIOGRAFIA

1. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risk of chemicals to man*. *Volume 1*, International Agency for Research on Cancer, 1972.
2. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risk of chemicals to man*. *Some organochlorine pesticides. Volume* 5, International Agency for Research on Cancer, 1974.
3. A. Bradford Hill, *The environment and disease: association or causation?*, in *Proceedings of the Royal Society of Medicine*, 58(5), 1965, pp. 295 ss.
4. K.J. Rothman, *Causes*, in *Am J Epidemiol*.,104, 1976,pp. 587 ss.
5. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risk of chemicals to humans*. *Some N-Nitroso compounds. Volume 17*, International Agency for Research on Cancer, 1978.
6. International Agency for Research on Cancer, *Preamble. IARC Internal Technical Report 77/002*, International Agency for Research on Cancer, 1977.
7. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Humans. Chemicals, Industrial Processes and Industries Associated with Cancer in Humans IARC Monographs, Volumes 1 to 29.Supplement4*, International Agency for Research on Cancer: 1982
8. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans. Overall Evaluations of Carcinogenicity: an Updating of IARC Monographs Volumes 1 to 42. Supplement7,* International Agency for Research on Cancer, 1987.
9. K.J. Rothman, *Causal inference*, Epidemiology Resources, 1988.
10. M. Susser, *The logic of Sir Karl Popper and the practice of epidemiology*, in *Am J Epidemiol*.,124, 1986, pp. 711 ss.
11. M. Susser, *What is a cause and how do we know one? A grammar for pragmatic epidemiology*, in *Am J Epidemiol*., 133, 1991, pp. 635 ss.
12. M. Susser, *Verso la scoperta delle cause, divergenze e convergenze tra l'epidemiologia e la medicina clinica*, in *Epid. Prev*., 21, 1997, pp. 160 ss.
13. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the Identification of Carcinogenic Risks to Humans. Preamble*, International Agency for Research on Cancer, 2006.
14. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Humans. The rubber industry. Volume 28*, International Agency for Research on Cancer, 1982.
15. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Humans*. *Chemical agents and related occupations. Volume 100F*, International Agency for Research on Cancer, 2012.
16. N. Alder et al., *Meta-analysis of mortality and cancer incidence among workers in the synthetic rubber-producing industry*, in*Am J Epidemiol*., 106, 2006, pp. 405 ss.
17. L. Masera,*Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica in diritto penale*, Giuffrè, 2007.
18. S. Zirulia, *I riflessi del danno ambientale sulla salute umana. Criticità e prospettive della prova epidemiologica*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.,* 1/2018, pp.212 ss.
19. K.J. Rothman et al., *Modern epidemiology. 3rd edition*, Lippincott Williams & Wilkins, 2008.
20. International Agency for Research on Cancer *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Humans*. *Outdoor air pollution. Volume 109*, International Agency for Research on Cancer, 2016.

21. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Humans*. *Tobacco smoke and involuntary smoking. Volume 83*, International Agency for Research on Cancer, 2004.
22. International Agency for Research on Cancer, *IARC Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risk of Chemicals to Humans. A review of human carcinogens. Part C: Arsenic, Metals, Fibres, and Dusts. Volume 100C,*International Agency for Research on Cancer, 2012.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Intervista

Intervista a Gilberto Corbellini

di Giovanna Baer

Cosa si intende nel suo campo di ricerca per libero arbitrio?

Il concetto di libero arbitrio implica che sussista nelle persone, dato un certo grado di sviluppo cognitivo e morale, la **capacità di decidere e di agire**, scegliendo tra diverse alternative disponibili, senza essere condizionati da fattori fisici o biologici di qualunque genere. Si assume, in altri termini, che le persone maturino una cosiddetta "**agenticità**", cioè una capacità di agire e decidere in un quadro di consapevolezza degli effetti prodotti, che non è riducibile o spiegabile sulla base dei processi neurobiologici che hanno luogo nel cervello e/o alle leggi fisiche che li governano. Di libero arbitrio si può parlare, comunque, in molti modi e da **diverse prospettive**: filosofica, metafisica, giuridica, psicologica, etc.

Negli ultimi decenni le neuroscienze cognitive e comportamentali hanno profondamente messo in dubbio, con una quantità crescente di prove, la visione classica di "libero arbitrio", aprendo un dibattito scientifico ancora in corso. Qual è la sua posizione all'interno del dibattito?

La mia posizione è che il libero arbitrio è una **credenza senza senso**, come aveva spiegato bene, molto prima delle neuroscienze, il filosofo **Spinoza**. Se ci fosse qualcosa come il "libero arbitrio", allora davvero potrebbe esserci qualsiasi cosa ci possiamo immaginare.

Tuttavia, è vero che, nel corso dell'evoluzione della specie, abbiamo sviluppato strutture cerebrali che ci fanno appunto "**credere" di essere liberi** e poter decidere in completa autonomia, e su questa **finzione** abbiamo costruito il nostro straordinario successo di animali sociali. Il libero arbitrio è un'illusione, ma un'illusione **molto produttiva**.

L'intuizione di ritenersi liberi, in un senso vago o indefinito, è una forma di **autoinganno**, come tante altre che sono prodotte dalla nostra coscienza, che nel tempo è stata socialmente addomesticata per inventare un altro autoinganno, cioè un senso individuale di **responsabilità**, con tutte le conseguenze che ne derivano anche per l'organizzazione di un ordine sociale efficiente sulla base di un sistema di obblighi.

(cc) BY-NC-ND

Ovviamente questa strategia è modulata da specifiche condizioni ecologiche e sociali, per cui in alcuni contesti questa illusione si può espandere e diventare la base di sistemi anche molto progrediti per qualità di vita, come quelli occidentali, mentre in altri ambienti di vita sarà più adattativo che tale intuizione e illusione non maturi neppure, o maturi in forme che sono funzionali a all'accettazione di un comportamento consapevolmente eterodiretto.

Quali sono i rapporti fra emozioni e pensiero razionale? Con quali modalità le due componenti guidano il comportamento umano? In che misura siamo (o possiamo essere) consapevoli di queste influenze?

Non è del tutto chiaro nei dettagli come interagiscano le strutture del cervello che controllano le emozioni o le reazioni impulsive, e quelle che controllano la pianificazione di azioni calcolate. Quello che si sa è che **alcune condizioni**, come trovarsi di fronte un'altra persona preferibilmente con le proprie stesse caratteristiche somatiche o un parente, induca **l'inibizione di un comportamento utilitaristico**, cioè volto a massimizzare qualche beneficio in generale a prescindere dai danni che si possono arrecare alle persone; ovvero che induca un comportamento di **accudimento** o **altruistico**, di carattere parentale o reciproco.

Mentre situazioni contrarie all'ordine morale appreso socialmente e attraverso l'educazione scatenano quasi automaticamente **reazioni di disgusto** o qualche altra avversione emotiva (ad esempio, rabbia o disprezzo).

Se non ci sono di mezzo contatti fisici, o rapporti parentali con altre persone, o impulsi emotivi avversi, le persone possono applicare un **calcolo razionale** e quindi scegliere un'azione in base all'utilità percepita o calcolata.

Comunque esistono diverse teorie su come emozioni e ragione entrano in gioco nelle scelte in generale, e in quelle morali in particolare. Quello che si sta sottovalutando, penso, è il ruolo che **le emozioni**, che **mediano i valori morali**, possono giocare nell'apprendimento di comportamenti, che a loro volta retroagiscono sui valori, cioè che possono cambiare nel tempo le predisposizioni delle persone nel rispondere a situazioni identiche o diverse. In altre parole, le emozioni **servono direttamente alla sopravvivenza** ed entrano in azione quando è minacciata l'omeostasi funzionale a qualche livello, e quindi servono a premiare o punire i comportamenti appresi sulla base della funzionalità che manifestano. Ma questi nuovi comportamenti possono far scoprire nuovi valori, cioè trovare premianti strategie diverse da quelle prevalenti nella società, e quindi **modulare le emozioni originarie**, evitando che gli impulsi emotivi inducano risposte non calcolate e che potrebbero essere deleterie.

In fondo, dato che noi occidentali sul piano genetico siamo praticamente uguali agli altri gruppi umani, qualcosa del genere potrebbe spiegare come ci siamo affrancati moralmente e politicamente da schemi decisionali tribali od oppressivi.

Parliamo del legame tra violenza ed evoluzione: qual è il ruolo ricoperto dall'aggressività nell'evoluzione della specie, e quali sono le possibili determinanti genetiche del comportamento aggressivo?

L'aggressività, come la cooperazione, è stata un **fattore chiave per la sopravvivenza** e l'evoluzione della nostra specie. Come tutti i tratti, l'aggressività è polimorfica e quindi ci sono **persone geneticamente più predisposte** di altre all'aggressività.

È verosimile che la selezione sociale abbia col tempo reso più vantaggiosi i **geni della cooperazione** in alcuni contesti ecologici, e quindi favorito il processo socio-culturale che nell'età moderna ha **ridotto drammaticamente la violenza** sul pianeta, e soprattutto nel mondo che ha inventato la scienza e ha abbracciato lo stato di diritto. I governi occidentali continuano giustamente la lotta contro la criminalità e la violenza, ma nella storia del pianeta non c'è mai stata così poca violenza e aggressività, non solo in occidente ma nel mondo in generale, rispetto a oggi. **Steven Pinker** ha dimostrato questo fatto in un dettagliatissimo e acuto libro, "***Il declino della violenza***".

E per quanto riguarda la differenza di genere? Cosa sappiamo dei rapporti tra cervello maschile, cervello femminile e comportamento aggressivo?

Le differenze di genere nel comportamento aggressivo **esistono**. Studiando complessivamente l'aggressività di bambini e bambine si è visto che i due generi sono egualmente aggressivi verbalmente, mentre i bambini lo sono di più fisicamente rispetto alle bambine. Nel complesso **i bambini sono più aggressivi delle bambine** sul piano dell'aggressione diretta. Mentre **le bambine sono indirettamente aggressive** anche più dei bambini.

Queste differenze, come altre, dipendono verosimilmente da **stimoli ormonali** nel corso dello sviluppo e rispondono a strategie adattative selettivamente vantaggiose nell'ambiente dell'evoluzione. Il modo in cui maturano il cervello maschile e femminile dipende molto dai contesti e si conoscono **diversi fattori ambientali e culturali** che influenzano, ad esempio, la violenza a carico delle donne. Ci sono prove concrete del fatto che il patriarcato e la sua istituzione giuridica sono fattori importanti per la persistenza della violenza maschile ai danni delle donne, e del fatto che **ridurre il dominio maschile** attraverso delle adeguate politiche sociali **riduce la violenza** maschile e che la cooperazione tra donne riduce la violenza maschile sia contro le donne sia contro altri uomini.

Parliamo ora delle differenze individuali nel controllo degli impulsi…

Non ci sono moltissimi dati, ma **uno studio** di qualche anno fa ha esaminato cosa avviene nel cervello quando si fanno **scelte impulsive**, che svalutano una ricompensa ritardata, ovvero come viene rappresentata dinamicamente nel cervello la svalutazione del ritardo quando si sta aspettando e **anticipando una ricompensa** possibile che è stata desiderata e scelta.

La corteccia prefrontale ventromediale manifesta uno schema caratteristico di attività durante il periodo di ritardo nel ricevere la ricompensa, oltre a esercitare un'**attività modulatoria** durante la scelta, che è coerente con la codificazione del tempo durante il quale avviene una svalutazione del valore soggettivo. **Lostriato ventrale** esibisce a sua volta uno schema di attività simile, ma preferenzialmente negli individui impulsivi. Un profilo contrastante di attività collegata al ritardo e alla scelta è stata osservata nella **corteccia prefrontale anteriore**, ma selettivamente in persone pazienti, cioè non impulsive. Quindi corteccia prefrontale ventromediale e corteccia prefrontale anteriore esercitano – sebbene ciò sia ancora da chiarire come – influenze modulatorie ma opposte rispetto all'attivazione dello striato ventrale. Ovvero quell'esperimento ci dice che il comportamento impulsivo e l'autocontrollo sono collegati a **rappresentazioni neurali del valore di future ricompense**, non solo durante la scelta, ma anche nelle fasi di ritardo post-scelta.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Cosa può voler dire tutto questo per il nostro discorso? Mi lasci citare ancora **Spinoza**, per il quale è «libera quella cosa che esiste e agisce unicamente in virtù della necessità della sua natura». **La vera libertà**, **è autonomia e indipendenza**, non arbitrio o scelta indeterminata. Quindi si è tanto più liberi e non soggetti a impulsi, quanto più alcune strutture del nostro cervello, altamente connesse e addestrate dall'esperienza, lo rendono autonomo e meno soggetto o costrizioni esterne.

Quali sono le possibili influenze delle disfunzioni cognitive e dei fattori ambientali sulla capacità decisionale (anche ai fini dell'imputazione penale)? Può condividere con noi qualche caso di studio?

Casi di studio ce ne sono diversi, ma quelli al momento più esemplari riguardano gli effetti delle varianti alleliche del **gene** della monoaminossidasi A (**MAOA**), detto anche "**gene del guerriero**", in quanto collegato all'aggressività su basi osservazionali mirate. In sostanza le persone con la variante che produce meno MAOA rispondono in modi **più aggressivi e violenti**, rispetto a chi esprime livelli più alti.

Il fatto interessante è che se queste persone predisposte all'aggressività sono state allevate in **ambienti accoglienti**, esprimono un'**aggressività minore** rispetto a omologhi genetici cresciuti in famiglie disagiate. Anche dati sperimentali in ambito psicologico e di economia comportamentale dimostrano che le aggressioni hanno luogo con maggiore intensità e frequenza, quando provocate in un contesto sperimentale, soprattutto in soggetti con una bassa attività di MAOA (MAOA-L). Gli studi sperimentali mostrano anche che il MAOA è meno associato con la comparsa dell'aggressione in una condizione di bassa provocazione, ma predice più significativamente il comportamento aggressivo in una situazione molto provocatoria.

Esiste ormai una letteratura sterminata anche sui casi di persone con anomalie morfologiche e funzionali dell'amigdala che regolarmente esprimono un **profilo sociopatico**, ovvero che non provano emozioni negative quando provocano sofferenze in altri individui. Si conoscono inoltre casi di **tumori cerebrali** o **lesioni neurologiche** che **alterano la personalità** individuale, e non poche persone hanno commesso crimini in quanto un tumore cerebrale ha alterato le loro capacità decisionali.

La memoria del testimone: in particolare, come si accerta l'attendibilità della testimonianza e quali sono i principali metodi di verifica?

Il sistema giudiziario si fonda sulla memoria: interrogatorio/confronto, testimonianze, ricordo dei giurati al momento di discutere il verdetto. Ma la memoria umana **è falsata**: il cervello non è una videocamera né un computer. Siamo suscettibili a false memorie.

Gli **stati emotivi** influenzano la qualità della memoria. La nostra **storia personale** influenza il modo in cui ricordiamo. Gli psicologi e gli esperti studiano soprattutto il problema della testimonianza oculare, perché **in ben tre casi su cinque** le identificazioni **si rivelano sbagliate**.

Esistono diversi metodi di controllo/verifica e volti a ridurre gli errori nelle testimonianze. Uno di questi analizza per esempio **l'accuratezza** della testimonianza oculare e delle modalità di interrogatorio del testimone, per arrivare a una **probabilità** relativa al caso.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Esiste anche un **diritto alla riservatezza** per i nostri ricordi. Nel senso che se io non intendo comunicare a qualcuno un ricordo, ho diritto a tenerlo per me. Un giudice deve avere forti ragioni per forzare l'accesso alla mia memoria, ed è comunque tenuto a rispettare i miei diritti fondamentali se ci prova. Se davvero si riuscirà a costruire affidabili *brain lie detector*, **macchine della verità** con accesso alle memorie cerebrali, si configurerà un problema sul fronte di normare i limiti del diritto di un giudice far rilevare impronte mnestiche del nostro cervello, i ai fini di un'indagine processuale. Non tanto per la riservatezza del dato di interesse, cioè se un imputato o un testimone mentono o dico la verità nel caso in specie, ma per il fatto che quell'accesso può rendere noti dei fatti che non hanno rilevanza con l'indagine e che potrebbero **danneggiare** la persona.

Inoltre, alcuni **farmaci e tecnologie** possono potenziare la memoria individuale. Ebbene, sarebbe lecito consentire a o incentivare alcuni attori del procedimento giudiziario (giudici e giurati) a potenziare le loro memorie ai fini di un più efficiente funzionamento del sistema?

La morale ha, o potrebbe avere, un fondamento biologico?

La morale **ha un fondamento biologico**. La morale serve a tenere insieme i gruppi umani sociali, e ha creato le premesse sociobiologiche per l'affermarsi della **religiosità** quale sistema di controllo incorporato nelle persone e alimentato socialmente per garantire che i valori morali adattativi in società meno complesse delle nostre siano mantenuti e trasmessi.

In prospettiva: quali sono a suo avviso i possibili intrecci tra acquisizioni neuroscientifiche e diritto penale? Quale impatto potrebbero avere sugli attuali meccanismi di attribuzione della responsabilità e di applicazione della pena?

Su questo punto la penso come chi ha detto che con l'arrivo delle neuroscienze, nel diritto, "**cambia tutto e non cambia niente**"[1].

Vale a dire che il concetto di libero arbitrio e quello intuitivo di giustizia come retribuzione (caratteristico del diritto naturale) sono destinati a **essere abbandonati**, perché privi di basi teorico-fattuali. Mentre si potrebbe affermare un concetto **consequenzialista** (utilitarista) della concezione della pena, più vicino al **diritto positivo**.

In Italia, come vengono accolte dalla magistratura le evidenze neuroscientifiche? E a livello internazionale?

L'Italia è all'avanguardia, se così si può dire, nell'uso di prove neuroscientifiche in tribunale. Due **sentenze** in particolare, **Trieste 2009** e **Como 2011**, riconobbero il ruolo causale di tratti neurogenetici nel comportamento delittuoso, e di conseguenza attribuirono uno **sconto di pena**.

[1] Il riferimento è al noto scritto di J. Greene, J. Cohen, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci*, 359, 2004, pp. 1775 ss.

Le sentenze italiane sono state accolte con **allarme** in diversi contesti internazionali. Ma c'è poco da fare: se queste conoscenze e tecnologie acquisiranno una base sperimentalmente solida e consentiranno di prevedere con buona attendibilità le predisposizioni a commettere reati, è inevitabile che entreranno a far parte dello strumentario di lavoro dei giudici.

Tuttavia, esiste un'**ambivalenza** in Italia, come in altri paesi, verso l'uso delle prove neuroscientifiche. Intanto in Italia **non tutti i giudici hanno ancora chiaro** cosa sia una perizia neuroscientifica e **ignorano criteri** epistemologicamente validi e formalmente definiti per scegliere periti che apportino davvero prove scientifiche e controllate nel contesto di un dibattimento processuale. Ciò sebbene **la Cassazione** abbia in sentenze recenti fatto proprio lo **Standard Daubert**, che elenca regole di ammissibilità delle prove nei processi statunitensi.

Inoltre, si tratta comunque di definire **cosa implica una diminuita imputabilità** per colui che commette un reato, in quanto le sue azioni e decisioni dipendevano dal modo di funzionare del cervello e dalla sua dotazione genetica. **Questo individuo è meno libero** di altri e quindi anche **meno responsabile**, e quindi le sanzioni dovrebbero essere volte a ridurre al minimo le **probabilità di reiterazione** del o dei reati.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

Solo con la mia mente

di Antonio Cerasa

***Abstract**. L'isolamento sociale in natura si presenta sotto due diverse forme: uno volontario e l'altro coatto. In questo articolo esploreremo cosa le neuroscienze hanno scoperto di questi due importanti fenomeni trovando incredibili similitudini. Infine, grazie ad una testimonianza diretta di chi vive il carcere tutti i giorni, cercheremo di capire cosa accade alla nostra mente dopo anni di reclusione.*

SOMMARIO: 1. L'isolamento sociale come desiderio: il fenomeno dell'*hikikomori*. – 1.1. Le determinanti dell'isolamento sociale volontario. – 2. Gli effetti dell'isolamento sociale sulla mente. – 3. L'isolamento sociale come punizione: la prigione.

1. L'isolamento sociale come desiderio: il fenomeno dell'hikikomori.

Con il termine "*social withdrawal*" (ritiro sociale), si identifica il fenomeno dell'isolamento sociale, una nuova condizione che si sta largamente diffondendo e sviluppando soprattutto tra i giovani adulti delle società occidentali.

Identificato e classificato *in primis* in **Giappone**, questo fenomeno è conosciuto con l'espressione "*hikikomori*" («stare in disparte, isolarsi»), che deriva dal verbo *hiku* («tirare indietro») e *komoru* («ritirarsi»). Coniato dal dr. Saito Tamaki nel 1998, direttore del dipartimento psichiatrico dell'Ospedale Sofukai Sasaki di Chiba, il termine vale a indicare una condizione caratterizzata da uno stato di **evitamento del contatto sociale** (famiglia, lavoro, amicizie), con un persistente ritiro nella propria residenza, protratto per almeno 6 mesi[1].

La manifestazione dei sintomi è comunque varia. Il semplice isolamento volontario è solo l'inizio di un disturbo psicologico che può estendersi gradatamente fino a situazioni estreme, nelle quali si registra una repulsione per la luce del sole. Infatti, i giovani *hikikomori* sono soliti sigillare le finestre della loro camera con carta scura; tendono a vivere essenzialmente di notte, guardando

[1] J. Watts, *Public health experts concerned about "hikikomori"*, in *Lancet*, 359(9312), 2002, pp. 1131 ss.

BY-NC-ND

la televisione, giocando ai videogiochi, navigando su internet (fino a 12 ore al giorno) oppure leggendo libri; sono soliti pranzare e cenare in solitudine nella propria stanza direttamente da un vassoio passato dal genitore attraverso la porta appena socchiusa. Vengono descritti come soggetti che vivono in uno stato di persistente paura; sono ipersensibili a qualsiasi evento esterno che possa essere vissuto come minaccioso e rispondono in maniera aggressiva a qualsiasi proposta di contatto esterno.

In Giappone, l'*identikit* del giovane *hikikomori* si esprime attraverso determinate **caratteristiche comportamentali** che delineano una nuova forma di categoria psicopatologica: individuo giovane, tra i 14 e i 30 anni, di estrazione sociale medio-alta, nel 90% dei casi di sesso maschile, per lo più figlio unico di genitori laureati, la cui figura paterna, quasi sempre assente, ricopre un ruolo dirigenziale, mentre la madre – per lo più casalinga – si occupa, come impone la cultura nipponica, della gestione dei figli e della casa[2]. In generale, si stima che gli *hikikomori* in Giappone siano oltre 500.000, tra semi-isolati e completamente isolati. Le associazioni di settore, invece, riferiscono cifre ben più alte[3]: l'1,2% della popolazione nipponica vive in reclusione volontaria, percentuale che sale al 2% se si considera solo quella giovanile (v. **Figura 1**).

Il concetto di *hikikomori*, dal punto di vista medico-psichiatrico, è controverso.

Una prima questione importante riguarda la possibilità di definire chiaramente i criteri diagnostici per esprimere una chiara sindrome, tema sul quale oggi non vi è consenso[4].

Si discute inoltre se il fenomeno rappresenti una risposta culturale specifica ai cambiamenti sociali in Giappone o se si tratti di un disturbo psichiatrico emergente che può essere presente anche in altre culture[5].

Un'altra area di controversia è se il disturbo *hikikomori* si accompagni necessariamente ad altro disturbo psichiatrico che potrebbe spiegare i sintomi. Alcuni autori sostengono di sì e, in particolare che il termine "*hikikomori* secondario" debba essere usato se è presente comorbidità con altri disturbi mentali (i.e. disturbo antisociale di personalità; fobie sociali); altri, invece, sostengono il contrario e, quindi, la possibilità di riconoscere la presenza di "*hikikomori* primario"[6].

Dal punto di vista epidemiologico, a partire dagli anni Novanta, il fenomeno si è diffuso **in molte nazioni** come Spagna, Corea, Cina, India, Francia e Stati Uniti. In Italia, le valutazioni epidemiologiche sono giunte pochi mesi fa indicando la presenza di circa 100.000 casi all'interno della popolazione censita e di un ampio margine di crescita[7]. Grazie alla ricerca condotta dal dr. Marco Crepaldi, psicologo sociale e presidente dell'Associazione Hikikomori Italia, sono finalmente disponibili i primi dati ufficiali del fenomeno *hikikomori* in Italia. Si tratta perlopiù di

[2] S. Moretti, *Hikikomori. La solitudine degli adolescenti giapponesi*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. 4(3) 2010, pp. 51 ss.
[3] A. Koyama Y. Miyake, N. Kawakami, M. Tsuchiya, H. Tachimori, T. Takeshima, *Lifetime prevalence, psychiatric comorbidity and demographic correlates of "hikikomori" in a community population in Japan*, in *Psychiatry Res*, 176(1), 2010, pp. 69 ss.
[4] A.R. Teo, A.C. Gaw, *Hikikomori, a Japanese culture-bound syndrome of social withdrawal?: A proposal for DSM-5*, in *J Nerv Ment Dis*, 198(6), 2010, pp. 444 ss.
[5] T.A. Kato, S. Kanba, A.R. Teo, *Hikikomori: experience in Japan and international relevance*, in *World Psychiatry*, 17(1), 2018, pp. 105-106.
[6] E. Stip, A. Thibault, A. Beauchamp-Chatel, S. Kisely, *Internet Addiction, Hikikomori Syndrome, and the Prodromal Phase of Psychosis*, in *Front Psychiatry*, 7:6, 2016, pp. 1 ss.
[7] M. Crepaldi, *Hikikomori. I giovani che non escono di casa*, Alpes Italia, 2019.

uomini (88%) con età media di circa 20 anni che restano reclusi volontariamente per un periodo di tempo compreso tra i 3 e i 10 anni (42%)[8].

Figura 1: L'isolamento sociale volontario L'hikikomori è un disturbo psicologico che si contraddistingue per uno stato di evitamento del contatto sociale con un persistente ritiro nella propria residenza.

1.1. Le determinanti dell'isolamento sociale volontario.

Non essendoci ancora un reale inquadramento clinico del disturbo, ovviamente non esistono neppure spiegazioni causali definitive e accertate[9]. Comunque, al momento le **determinanti multifattoriali** riconosciute come scatenanti del fenomeno dell'*hikikomori*, sono:

1. **psicologiche**: in generale si tratta di ragazzi con una difficoltà nella gestione e nel controllo delle emozioni. Gli *hikikomori* provano un profondo stato d'ansia generalizzata all'idea di abbandonare la residenza e di avere contatti con altre persone. In molti casi questa loro difficoltà nel relazionarsi e nella gestione dell'ansia era presente anche prima del manifestarsi del fenomeno. Quindi si tratta, nella maggior parte dei casi, di persone con vulnerabilità psicologica;
2. **familiari**: da studi qualitativi si riassume un profilo di un quadro familiare caratterizzato dall'assenza emotiva del padre e dall'eccessivo attaccamento della madre;
3. **scolastiche**: il rifiuto della scuola è uno dei primi campanelli d'allarme dell'*hikikomori*. L'ambiente scolastico viene vissuto dal soggetto in modo particolarmente negativo anche per l'estrema severità del sistema educativo giapponese. Esso, infatti, è caratterizzato da esami molto complicati e da test altamente selettivi per l'accesso a scuole ed Università. Questi test diventano una vera e propria ossessione per gli studenti che, se non riescono a superarli, possono sviluppare gravi forme di depressione e, nel peggiore dei casi, sono

[8] *Ibidem.*
[9] A. Furlong, *The Japanese hikikomori phenomenon: acute social withdrawal among young people*, in *Sociol Rev*,56(2), 2008, pp. 309 ss.; V. Wong, *Youth locked in time and space? Defining features of social withdrawal and practice implications*, in *J Soc Work Pract*, 23(3), 2009, pp. 337 ss.

portati anche a tentare il suicidio, proprio perché vivono la bocciatura come un fallimento. Molte volte dietro l'isolamento si può nascondere anche una storia di bullismo;

4. **sociali**: gli *hikikomori* hanno una concezione molto negativa della società e, in particolare, soffrono molto le pressioni di realizzazione sociale derivanti da essa, dalle quali cercano di fuggire. I giovani *hikikomori* hanno la profonda paura di non riuscire a soddisfare le aspettative che chiunque, a partire dai genitori, riversa su di loro, e provano un sentimento di vergogna e di inadeguatezza di fronte alla consapevolezza di un loro possibile fallimento. La soluzione, perciò, è quella di scappare di fronte a queste insormontabili difficoltà, perché credono, erroneamente, di non essere assolutamente in grado di affrontarle, e si nascondono nella propria camera, rassegnandosi all'idea di "non essere all'altezza".

Il fenomeno dell'*hikikomori*, secondo molti psicologi e psichiatri, si centra sul problema della **interazione sociale** che nella nostra epoca sta subendo un cambiamento storico. Le capacità di interagire con gli altri richiedono abilità cognitive ed affettive che si acquisiscono da bambini. Il rapporto madre-figlio è la principale base di sviluppo del proprio sé e, soprattutto, della capacità di interazione sociale. Un rapporto morboso madre-figlio, unitamente a profonde pressioni sociali sulla capacità di essere efficaci, impedisce un normale sviluppo di questa capacità.

L'isolamento in cui gli *hikikomori* si rifugiano passa perciò attraverso un **blocco comunicativo** con il mondo esterno, significativo proprio poiché si verifica nella fase dell'adolescenza, momento cruciale dell'esistenza di una persona, volto alla maturazione di una propria identità. Il giovane *hikikomori* si ritira socialmente proprio per difendersi da ipotetici fallimenti e dalle delusioni che potrebbero procurare a genitori animati da altissime aspettative sul futuro dei loro figli.

L'*hikikomori* nasce come conseguenza di un'alterata interrelazione tra 3 componenti fondamentali: **individuo, famiglia, società**. In generale, l'individuo è al centro e la sua vita altro non è che la risultante delle forze che intercorrono tra la famiglia e la società. L'*hikikomori* può essere visto come un punto di rottura tra queste due forze che ricade sull'individuo, il quale non è in grado di gestire lo *stress* a esso collegato.

2. Gli effetti dell'isolamento sociale sulla mente.

Posto che al momento non esistono studi di neuroscienze sui ragazzi affetti da *hikikomori,* i primi studi scientifici sugli effetti dell'isolamento sociale a livello del sistema nervoso centrale sono stati eseguiti su **modelli animali** fin dagli anni '70-'80.

Tra gli studi più recenti si ricorda quello pubblicato sulla prestigiosa rivista *Cell*[10] che ha confermato, a livello scientifico, che tra le conseguenze principali di tale forma di isolamento vi sono:

1. l'**eccesso di aggressività** verso altri animali non appartenenti alla famiglia;
2. uno **stato persistente di paura e di ipersensibilità** agli stimoli minacciosi, che si manifesta con uno stato di blocco motorio totale che perdura anche quando il pericolo è passato. Per produrre questi effetti persistenti bastano anche brevi periodi di isolamento (ad esempio, 2 settimane).

---

[10] M. Zelikowsky, M. Hui, T. Karigo, A. Choe, B. Yang, M.R. Blanco, K. Beadle, V. Gradinaru, B.E. Deverman, D.J. Anderson, *The Neuropeptide Tac2 Controls a Distributed Brain State Induced by Chronic Social Isolation Stress*, in *Cell*, 173(5), 2018, pp. 1.265 ss.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

In biologia l'isolamento viene chiamato *chronic social isolation stress*, cioè uno stato di *stress* prolungato e doloroso a cui la persona (o l'animale) va incontro a causa dell'incapacità di affrontare la nuova condizione sociale[11]. Neurobiologicamente, si manifesta con un'alterata iperattività dell'asse amigdala-ipotalamo sul sistema nervoso simpatico che porta a un eccesso di produzione di cortisolo nel sangue.

Gli **esperimenti sull'essere umano**, invece, hanno tradizionalmente riguardato particolari categorie sociali: speleologi/geologi e astronauti. Già dagli anni '60 del secolo scorso, con il geologo Francese Michel Siffre[12], fino al nostro speleologo Maurizio Montabini[13], gli esperimenti riportati in letteratura sugli effetti della privazione sociale volontaria sono numerosi in medicina. Lo scopo della maggior parte di questi esperimenti era però legato a studiare il cambiamento della **percezione del "tempo**", a causa dell'isolamento. Il concetto di tempo, nel nostro organismo, è espresso da quel sistema chiamato "**cronoma**" (più comunemente conosciuto come "orologio biologico") che regola i cicli fisiologici indipendentemente dai fattori ambientali e sociali. Secondo i ricercatori, l'esposizione prolungata a privazione sensoriale ambientale dovrebbe alterare il nostro orologio biologico. Quello che si dimostrò è che, se la mente è impegnata in attività di vita quotidiana, anche un ambiente ostile come una grotta o una navicella spaziale non altera di molto il nostro cronoma interno.

Quello che viene alterato dall'isolamento è altro.

Gli esperimenti di isolamento sociale sono effettuati comunemente in due ambientazioni: o nelle grotte o durante le missioni spaziali. Quello che è emerso da questi studi[14] è che, dopo l'esposizione prolungata a questa tipologia di ambienti, le persone tendono a sviluppare: una **riduzione di funzionamento del sistema immunitario**, una **riduzione dello stato dell'umore** con segni di depressione, un **aumento dell'aggressività** e una **ipersensibilità** a stimoli minacciosi. Quindi, con l'isolamento, più che il cronoma, cambiano alcuni aspetti della psiche umana.

Si può notare, quindi, che il fenotipo è molto simile a quello descritto nei modelli animali sottoposti ad isolamento o alle persone con *hikikomori*. Una differenza principale riguarda però l'ambito cognitivo che, nel caso in esame, sembrerebbe non essere alterato.

Esiste però una **fondamentale differenza tra questi esperimenti** ed un altro tipo di ambientazione in cui lo stato di isolamento rappresenta la principale condizione di vita: **le prigioni**.

Infatti, mentre nei *setting* sperimentali, il volontario rinchiuso è comunque in continuo contatto con l'esterno, mantenendo anche nella condizione di privazione sensoriale un minimo di relazione sociale, nelle carceri è possibile che una persona trascorra gran parte del suo tempo **in assenza di interazioni sociali**.

---

[11] J.S. House, K.R. Landis, D. Umberson, *Social relationships and health*, in *Science*, 241, 1988, pp. 540 ss.
[12] Ulteriori informazioni sul presente esperimento sono disponibili a questo indirizzo *web*.
[13] L'esperimento è menzionato da C. Gerino, *Da sola per un anno in una grotta*, in *La Repubblica.it – Archivio*, 27 giugno 1994.
[14] N. Kanas, *Psychosocial issues affecting crews during long-duration international space missions*, in *Acta Astronaut*., 42(1–8), 1998, pp. 339 ss.; L.A. Palinkas, *The psychology of isolated and confined environments. Understanding human behavior in Antarctica*, in *Am Psychol*., 58(5), 2003, pp. 353 ss.

Cosa accade in questi casi nella mente umana (v. **Figura 2**)? Lo abbiamo chiesto ad una persona in particolare: **Francesco Carannante**[15].

3. L'isolamento sociale come punizione: la prigione.

Gli esperimenti di psicologia sui detenuti nelle carceri hanno come principale punto di riferimento scientifico e teorico il famoso professore di psicologia **Philip Zimbardo**[16], che nel 1971 sconvolse la comunità scientifica con il suo esperimento sulle guardie e sui carcerati, condotto nei seminterrati dell'Università di Stanford[17]. In questo famoso esperimento Zimbardo dimostrò come la **pressione sociale** (l'assunzione di un ruolo istituzionale – la guardia carceraria) abbia un peso enorme nel produrre un fenomeno di de-individuazione, cioè nell'annullare le regole morali di una persona, in pochissimo tempo. È infatti bastato far interpretare a dei semplici studenti il ruolo di guardia carceraria per spingerli ad assumere le norme e le regole dell'istituzione rappresentata come unico valore a cui il proprio comportamento doveva conformarsi. Questa forma di pressione sociale ha modificato completamente il loro **cronoma morale**, spingendo delle normali persone a diventare dei feroci aguzzini.

Ma cosa accade alla mente umana dopo lunghi periodi di prigionia all'interno delle nostre carceri è ancora un **fenomeno poco conosciuto**.

Figura 2: L'isolamento sociale coatto Cosa succede alla nostra mente e al nostro sistema nervoso centrale dopo lunghi periodi di isolamento sociale?

Francesco Carannante comincia la sua vita da detenuto nel 1992 per scontare una serie di condanne all'ergastolo. Durante l'espiazione della pena, va incontro a lunghi periodi di

[15] Detenuto in carcere dal 1992, autore del libro *Sulla linea… la mia vita dietro le sbarre*, Ferrari, 2018.
[16] P.G. Zimbardo, *L'effetto Lucifero: cattivi si diventa?* Raffaello Cortina, 2008
[17] C. Haney, P.G. Zimbardo, *The past and future of U.S. prison policy. Twenty-five years after the Stanford prison experiment*, in *Am Psychol*., 53(7), 1998, pp. 709 ss.

isolamento[18]. Il più prolungato è stato di **118 giorni** in una camera sotterranea (isolamento assoluto e privazioni fisiche).

Alla fine di questi lunghi periodi, la principale alterazione che riporta Francesco non riguarda l'**ambito** emotivo o temporale, bensì quello **spaziale**. Infatti, dopo l'isolamento cambia completamente il modo di percepire e concepire lo spazio esterno.

Prima di andare avanti, è importante però fornire una breve spiegazione neurofisiologica del modo in cui l'essere umano interpreta e analizza lo spazio dentro e fuori di sé. La rappresentazione mentale del corpo nello spazio è un processo complesso e unico, centrale per creare il continuo "senso del sé", che nasce dall'integrazione di varie informazioni: da quelle sensorimotorie a quelle visive, da quelle propriocettive a quelle interocettive.

Recenti tassonomie distinguono tre diversi **tipi di rappresentazione corporea**:

1. **lo schema corporeo**, che consiste nell'insieme di rappresentazioni senso-motorie del corpo che guidano le azioni all'interno di uno spazio;
2. **la rappresentazione strutturale del corpo**, che consiste in una mappa topografica dei diversi distretti corporei;
3. **la semantica del corpo**, ossia una rappresentazione essenzialmente concettuale e linguistica del corpo[19].

All'interno della corteccia parietale superiore[20] esistono popolazioni di neuroni che hanno un compito molto complesso: decifrare e rappresentare matematicamente l'immagine del proprio corpo nello spazio esterno[21]. È come avere un piccolo *avatar* del nostro corpo dentro il cervello grazie al quale riusciamo a calcolare come e quanto muoverci nello spazio per interagire con gli oggetti Ovviamente si tratta di una rappresentazione neurale che si modifica in funzione del *feedback* visivo dato dal riflesso della propria immagine, oppure dalle propriocezioni provenienti dagli altri sensi.

Ma questa popolazione di neuroni è anche fortemente influenzata da processi interni cognitivi. Se io decido che la mia immagine corporea è sbagliata, orribile e deforme rispetto a… qualcos'altro, la decodificazione degli *input* sensoriali che mi permettono di disegnare l'immagine del sé cambierà sensibilmente in funzione del nuovo *target*. Tradotto: se io sono oggettivamente magra, ma l'immagine cognitiva che voglio avere del mio corpo è un'altra, comincerò a deformare l'interpretazione sensoriale (proveniente da occhi e tatto) per raggiungere il nuovo *target*. Quindi, cambierà la mia rappresentazione del corpo e conseguentemente il suo rapporto con lo spazio esterno[22].

---

[18] In Italia, l'isolamento del detenuto può essere disposto come sanzione disciplinare (nelle diverse forme previste dall'art. 39, nn. 4 e 5, della l. n. 354/1975) o come regime di sorveglianza particolare (ai sensi dell'art.14 *bis* della stessa legge).

[19] Per approfondimenti cfr., tra molti, J. Schwoebel, H.B. Coslett, *Evidence for multiple, distinct representations of the human body*, in *J Cogn Neurosci*, 17(4), 2005, pp. 543 ss.

[20] T. Zaehle, K. Jordan, T. Wüstenberg, J. Baudewig, P. Dechent, F.W. Mast, *The neural basis of the egocentric and allocentric spatial frame of reference*, in *Brain Res*., 1137(1), 2007, pp. 92 ss.

[21] Nell'interazione con l'ambiente lo spazio viene codificato tramite due tipi di strategie: Egocentrica o Allocentrica. Nel primo caso si tratta di strategie basate su una prospettiva centrata sul soggetto. Esempio di questi sono i neuroni dell'*head direction cell system* che rispondono al riconoscimento di un particolare ambiente solo in funzione della posizione della testa del soggetto che guarda in prima persona. Mentre nel secondo caso le strategie allocentriche consistono nel rappresentarsi l'ambiente esterne come una mappa e di guardarla mentalmente cosi come facciamo con Google Maps

[22] L'immagine corporea si nutre della propriocezione sensoriale che deriva dalla vicina corteccia somatosensoriale, la stazione centrale dove arrivano tutti i treni di informazioni provenienti dai 5 sensi.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Nelle condizioni di vita normale, io interagisco con tanti oggetti (*smartphone*, computer, sistema audiovisivi, trasporti, attività lavorative, attività sportive etc.) e con decine di persone alla volta. La conseguenza immediata di questa quotidiana stimolazione sensoriale è che la mia rappresentazione dello spazio interno ed esterno mi è congeniale e riesco a gestirla all'interno di schemi comportamentali universalmente e socialmente appresi.

Ma dopo mesi di isolamento, **questa capacità cambia totalmente**.

«Dopo tutto questo tempo passato in uno spazio inferiore ai 3 m^2, la prima cosa che noti quando esci in uno spazio, come le semplici scale che ti portano da un piano all'altro, è stata l'incapacità di camminare. Salendo le scale ho rischiato di cadere almeno tre, quattro volte perché non riuscivo a mettere un piede davanti all'altro. Lo spazio intorno era immenso, senza fine. Cercavo, senza farmi notare da nessuno, qualcosa a cui appoggiarmi. Non conosco le sensazioni che vivono gli astronauti quando fluttuano nelle loro navicelle nello spazio, ma credo sia la stessa cosa che ho provato io. Sembrava di camminare nel vuoto, senza forza di gravità. Stranamente mi sentivo leggero come una piuma»[23].

Ma non finisce qui. Il *deficit* di elaborazione spaziale **permane anche dopo la fine del carcere**. Chi torna in libertà continua per molto tempo ad avere difficoltà con operazioni apparentemente semplici come guidare la macchina. I tempi della frenata sono completamente diversi. Non si riescono a calcolare le distanze tra i veicoli, rischiando di frenare o troppo tardi o troppo presto.

Ma il *deficit* cognitivo non riguarda solo l'ambito spaziale. I carcerati in generale sviluppano un *deficit* **nella programmazione cognitiva** e *working memory*. Fare due compiti contemporaneamente, come mangiare mentre si guarda la televisione, arriva ad essere troppo pesante per alcuni. Figuriamoci le migliaia di operazioni che facciamo ogni giorno contemporaneamente.

Infine, il **registro linguistico** subisce una **regressione quasi infantile**, con l'uso dei vocaboli sempre più ridotto. Il tutto ricade direttamente anche sulle capacità non solo di espressione ma anche di comprensione: come accade a un bambino, che non riesce a parlare con più persone alla volta con più registri linguistici.

Discorso a parte merita invece il **sistema acustico**. Mentre tutte le altre funzioni cognitive subiscono una maladattiva plasticità neurale, l'udito va incontro a un **inaspettato miglioramento** durante l'isolamento, nel senso che diventa acutissimo, capace di cogliere impercettibili cambiamenti nell'ambiente esterno.

E per quanto riguarda l'**ambito emotivo**?

Avevamo appreso dai modelli animali che una delle principali conseguenze dell'isolamento era proprio lo sviluppo di sintomi depressivi. Qui Francesco Carannante è molto chiaro quando ci spiega, in piena coerenza con il dato neuroscientifico, che: «l'essere umano può anche vivere in una gabbia, ma se condivide questo piccolo spazio con **altre persone**, questo gli permette almeno di mantenere un umore "**quasi" normale**»[24].

---

[23] Estratto dall'intervista che Francesco Carannante ci ha concesso per la realizzazione di questo articolo.
[24] *Ibidem*.

DIRITTO PENALE E UOMO

Riflessione

Volevo un finale perfetto

Il caso del Comune di Riace come crocevia delle contrapposizioni ideologiche nelle politiche di accoglienza dei migranti e dei loro punti di criticità

di Vincenzo Giglio

Abstract. *Lo scritto è focalizzato sul modello di accoglienza ai migranti sperimentato nel Comune di Riace, sui suoi risultati e sulle crescenti difficoltà che hanno portato alla sua fine e all'avvio di un procedimento penale nei confronti del Sindaco Domenico Lucano. È anche l'occasione per una riflessione più ampia sulle politiche nazionali in materia e sulla loro profonda revisione ad opera del Governo in carica e di quello precedente.*

SOMMARIO: 1. L'inizio –2. La nascita del modello Riace. – 3. Un piccolo laboratorio d'umanesimo. – 4. Gli strumenti dietro il modello. – 4.1. Il previgente sistema nazionale nelle materie del diritto di asilo e dell'accoglienza dei migranti e la partecipazione del Comune di Riace. – 4.2. I numeri. – 5. Considerazioni d'insieme sul sistema nazionale d'accoglienza dei migranti. – 6. I controlli sul Comune di Riace… – 7. …e le conseguenze che ne sono derivate. – 8. La vicenda giudiziaria. – 8.1. Il provvedimento cautelare del GIP di Locri. – 8.2.L'ordinanza del Tribunale del Riesame di Reggio Calabria. – 8.3. Le pronunce di legittimità. – 8.4. Gli eventi giudiziari successivi. – 8.5. Qualche osservazione conclusiva. – 9. Le recenti modifiche delle politiche pubbliche in tema di accoglienza ai migranti. – 10. La vicenda della nave "Diciotti". – 10.1. I fatti. – 10.2. L'esito in Senato. – 11. Gli opposti destini del Sindaco e del Ministro. – 12. *Post-scriptum*.

Volevo un finale perfetto.
Adesso ho imparato, nel modo più difficile, che alcune poesie non rimano,
e alcune storie non hanno un inizio, una metà e una fine chiari.

Gilda Radner

(cc) BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

1. L'inizio.

È il 1998.

Domenico "Mimmo" Lucano, insegnante di professione, è un semplice cittadino di Riace, un Comune del versante jonico della provincia di Reggio Calabria.

Riace ha una conformazione territoriale e sociale assai simile a quella di tanti altri Comuni della medesima area. È diviso in due insediamenti: quello adiacente alla costa, Riace Marina, e quello della zona collinare interna, Riace Borgo. Ha scarsità di abitanti, di risorse e attività economiche, è a rischio di spopolamento. Sul suo tratto costiero sbarcano periodicamente stranieri provenienti da varie zone del mondo.

Incuriositi dal modello di accoglienza avviato l'anno prima nel Comune catanzarese di Badolato, Lucano ed altri riacesi provvedono all'accoglienza di primi nuclei di profughi curdi.

Segue la costituzione di Città Futura e Il Borgo e il cielo, organismi pensati per la gestione di progetti di recupero delle abitazioni abbandonate e dei vecchi laboratori artigiani.

2. La nascita del modello Riace.

Nel 2004, dopo cinque anni da consigliere di minoranza, Mimmo Lucano viene eletto sindaco di Riace e indirizza l'azione amministrativa verso una decisa intensificazione delle politiche di accoglienza, anche attraverso l'adesione a programmi solidali animati da vere e proprie reti di enti locali.

Nel 2009 ottiene un secondo mandato e prosegue lungo le medesime direttrici.

L'esperienza di Riace acquisisce una crescente visibilità, anche internazionale.

Lucano, identificato come il simbolo della "primavera" riacese, diventa un volto noto ben oltre la Calabria e il Sud.

Vince premi, ottiene tributi e riconoscimenti.

Il modello di accoglienza da lui ispirato viene studiato e considerato tra i più adatti a promuovere condizioni di pacifica convivenza tra genti di differente appartenenza etnica, culturale e religiosa.

3. Un piccolo laboratorio d'umanesimo.

È il 2009 e Wim Wenders gira *Il volo* che uscirà nella sale l'anno dopo.

La Regione Calabria, finanziatrice del progetto, è interessata a divulgare e promuovere gli esperimenti di accoglienza solidale avviati da alcuni Comuni calabresi e Wenders, che due anni prima ha girato *Palermo Shooting*, sembra avere una speciale sensibilità per il Sud d'Italia e le sue storie.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Ne viene fuori un docu-film di circa 30 minuti, girato tra Scilla, Badolato e Riace, interpretato da attori noti come Ben Gazzara e Luca Zingaretti ma i cui protagonisti sono gli immigrati, quelli veri, le cui voci risuonano tra le stradine di quei Comuni.

La storia è semplice.

In un borgo calabrese abbandonato arriva dal mare un barcone di profughi.

Potrebbero venirne caos o conflitti ma il sindaco (interpretato da Gazzara ma liberamente ispirato a Lucano che peraltro appare nel film nella parte di se stesso) vi intravede invece una prospettiva.

La gente arrivata da terre lontane non è una minaccia e neanche un ingombro.

Quegli uomini, quelle donne, quei bambini possono essere la vita che torna e in effetti così sarà.

La scuola riaprirà, gli antichi mestieri avranno di nuovo i loro artigiani, ci saranno finalmente abbastanza bambini per giocare a pallone.

Non mancheranno difficoltà burocratiche ma la passione e la determinazione riusciranno a venirne a capo.

Il volo ottiene il patrocinio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati il cui rappresentante, il danese Laurens Jolles, riconosce all'opera non solo la bellezza artistica ma anche il merito di avere dato voce e immagine a corpi sociali sensibili all'accoglienza e all'integrazione.

Anche Wenders ne è acutamente consapevole:

> «ho visto un paese capace di risolvere, attraverso l'accoglienza, non tanto il problema dei rifugiati, ma il proprio problema: quello di continuare a esistere, di non morire a causa dello spopolamento e dell'immigrazione. E ho voluto raccontare questa storia in un film che ha come attori i veri protagonisti»[1].

Ma Riace non si accontenta dell'attenzione ricevuta da intellettuali e artisti.

Diventa esso stesso produttore d'arte, bellezza, memorie, cultura, resistenza civile.

Vi si organizzano rassegne teatrali, si propiziano microimprese artigianali, si sperimenta una sorta di moneta virtuale spendibile in attesa dei fondi ministeriali stanziati per i progetti di accoglienza, si recuperano case abbandonate per utilizzarle al servizio di un turismo diffuso e solidale, si avvia una fattoria didattica come incubatore di attività agricole e di allevamento, si restituiscono all'uso vecchi frantoi, si immagina e realizza l'erogazione di alcuni servizi pubblici a basso impatto ambientale (ad esempio, la raccolta dei rifiuti fatta da addetti che si inerpicano

[1] Così si è espresso il regista in occasione del X Summit dei Premi Nobel per la pace, tenutosi a Berlino l'11 novembre 2009; cfr. l'articolo di stampa *Immigrati: Wenders presenta a Berlino film su accoglienza in Calabria, "vera utopia"*, in *Androkonos*, 11 novembre 2009.

per le strade del paese in groppa ad asinelli), si collocano in modo ben visibile simboli di fratellanza e rifiuto della violenza.

Soprattutto, si realizza tutto questo sollecitando ed ottenendo la collaborazione di tutti gli abitanti, natii e immigrati, uniti nel comune sforzo di tenere in vita un luogo dal quale la vita si stava allontanando.

4. Gli strumenti dietro il "modello".

Nel 2014 Mimmo Lucano ottiene con largo consenso il suo terzo mandato da sindaco.

Il "modello Riace" funziona da anni, è diventato una realtà nota e consolidata, così tanto da attirare sempre nuovi migranti e da indurre i vecchi a desiderare di rimanere nella terra che li ha accolti e gli ha dato un luogo che possono chiamare casa.

Il progetto si regge su un reticolo di iniziative, concepite in modo da corrispondere quanto più possibile ai bisogni della comunità migrante stanziata sul territorio riacese ed a quelli, in parte nuovi, della comunità che li ha accolti.

Una politica sociale di respiro così inusuale va ben oltre le magrissime risorse comunali e riguarda una materia (diritto di asilo e immigrazione) che l'art. 117, comma 2, lettere a) e b), Cost. riserva alla legislazione esclusiva e alla potestà regolamentare dello Stato.

Riace deve quindi attingere alle finanze erariali e per farlo deve inserirsi nei progetti che lo Stato mette in campo per l'assicurazione del diritto di accoglienza.

4.1. Il previgente sistema nazionale nelle materie del diritto d'asilo e dell'accoglienza dei migranti e la partecipazione del Comune di Riace.

Alcuni recentissimi interventi legislativi, attuati con il d.l. 113/2018, convertito con modifiche nella l. 132/2018, e con la l. 145/2018, hanno modificato in modo piuttosto esteso e su aspetti di rilievo il precedente assetto normativo dell'accoglienza dei migranti nel territorio nazionale.

Se ne parlerà in dettaglio in un paragrafo successivo.

La storia del "modello Riace" e del sindaco Lucano si è svolta però per intero nella vigenza del precedente regime e questo rende opportuno illustrarne le coordinate di fondo.

Il sistema, configurato nel tempo attraverso più interventi legislativi culminati nel d.lgs. 142/2015, è articolato in due fasi: la **prima accoglienza**, finalizzata all'identificazione dei richiedenti di asilo e alla presentazione della relativa domanda; la **seconda accoglienza e l'integrazione**.

La prima fase si svolge essenzialmente all'interno dei **CPA (Centri governativi di prima accoglienza)**, dei **CARA (Centri accoglienza richiedenti asilo)** e dei **CPSA (centri di primo soccorso e accoglienza)**, la seconda ruota attorno alle strutture dello **SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati)**.

Se i posti disponibili in tali ambiti sono esauriti, soccorrono per periodi limitati i **CAS (Centri di accoglienza straordinaria)**.

Lo SPRAR rientra nelle competenze del Ministro dell'Interno il quale le esercita avvalendosi del **Servizio centrale di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali che prestano servizi di accoglienza** (**Servizio centrale**).

Lo SPRAR è alimentato dal **FNSPA (Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo)**, il cui scopo è sostenere finanziariamente gli enti che prestano servizi rivolti agli stranieri richiedenti asilo, rifugiati, ammessi a forme di protezione umanitaria o minori non accompagnati, accogliendoli nel loro territorio sempre che siano privi di mezzi di sussistenza e non debbano essere trattenuti presso un Centro di identificazione.

Il sistema prevede infatti come soggetti attuatori primari gli enti locali territoriali, sebbene le linee guida ministeriali approvate con D.M. del 10 agosto 2016 abbiano loro consentito di servirsi di enti attuatori privati purché in possesso di una comprovata e pluriennale esperienza nella materia della gestione dell'accoglienza.

L'approvazione delle domande di contributo proposte dagli enti spetta ad una commissione istituita presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, a sua volta incardinato nel ministero dell'Interno.

L'ammissione dei singoli individui nello SPRAR avviene sulla base di una loro istanza in cui è necessario attestare l'assenza di adeguati mezzi di sussistenza per sé e gli eventuali familiari.

Spetta alle Prefetture verificare l'esistenza dei requisiti e, in caso positivo, inviare il richiedente nella struttura individuata all'interno dello SPRAR.

Il tempo di permanenza nella struttura, secondo la regolamentazione contenuta nel d.lgs. 142/2015, è tarato su un periodo standard semestrale (che per i minori decorre solo dal compimento della maggiore età) che può essere prorogato in ragione di specifiche esigenze personale del rifugiato ma anche ridotto ove intervengano la revoca o l'abbandono volontario o provvedimenti di allontanamento o di altra destinazione.

Durante la permanenza l'ospite della struttura ha diritto a ricevere una serie di servizi minimi che comprendono il suo mantenimento materiale, l'assistenza medica, l'apprendimento della lingua italiana e la formazione professionale e l'orientamento al lavoro.

Lo SPRAR si configura quindi come una misura temporanea, una soluzione ponte fino al raggiungimento dell'autonomia individuale dell'interessato.

Gli enti locali attuatori presso i quali siano indirizzati i soggetti ammessi al programma sono tenuti a plurimi adempimenti che soddisfano tre obblighi fondamentali: la documentazione aggiornata delle attività svolte e dei loro risultati, l'assicurazione delle condizioni di legge per la gestione di ciascuno dei servizi somministrati, la corretta ed esaustiva rendicontazione finanziaria delle spese.

Il terminale di questi adempimenti è il Servizio centrale.

L'ulteriore ambito in cui si è inserito il Comune di Riace è il già menzionato CAS, un insieme di strutture temporanee presso le quali i Prefetti possono disporre la sistemazione provvisoria di stranieri e apolidi in attesa della disponibilità di posti nei CPA e nello SPRAR.

Per l'esercizio delle loro competenze in materia, le Prefetture stipulano convenzioni con gli enti locali nel cui territorio sono presenti le strutture in esame, ai quali viene liquidato un corrispettivo in cambio del servizio reso.

La Prefettura di Reggio Calabria e il Comune di Riace hanno stipulato nell'aprile del 2014 una convenzione di questo genere finalizzata alla gestione dei servizi di accoglienza di stranieri richiedenti protezione internazionale, prevedendo a favore dell'ente locale un importo di € 30/giorno (poi aumentato a € 35) per ogni ospite da liquidarsi previa trasmissione del provvedimento di liquidazione e della pertinente documentazione amministrativa e contabile.

La convenzione è scaduta nel 2016 e non è stata più rinnovata.

Il Comune di Riace ha partecipato inoltre, fino a tutto il 2017, al **Progetto di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati (MSNA)**, anch'esso regolato dal d.lgs. 142/2015.

Esso si fonda su strutture di prima accoglienza destinate specificamente ed esclusivamente all'ospitalità dei minori non accompagnati.

La permanenza non può oltrepassare 30 giorni.

L'attivazione di ogni singola struttura passa anche in questo caso attraverso una convenzione tra il Ministero dell'Interno e l'ente locale sul cui territorio risiede la stessa. La loro gestione spetta al medesimo Ministero ma è consentita la stipula di convenzioni con gli enti locali.
Cessato il MSNA, la protezione prosegue ordinariamente con il passaggio allo SPRAR.

4.2. I numeri.

Nel quadriennio 2014/2017 sono arrivate via mare in Italia circa 623.000 persone.

La straordinarietà dell'afflusso ha stravolto il sistema nazionale di accoglienza, costringendolo a conformarsi in modo differente da come è stato concepito.

Nel 2014 le strutture d'accoglienza ospitavano complessivamente circa 66.000 persone di cui 45.000 nelle strutture di prima accoglienza e 21.000 nello SPRAR.

Nel 2017 i migranti accolti erano divenuti circa 183.000 di cui 159.000 nelle strutture di prima accoglienza e gli altri nello SPRAR[2].

[2] I dati statistici sui flussi migratori e sulla distribuzione dei migranti nei centri di accoglienza sono stati ricavati da un *reportage* di L. Misculin, *I dati sui migranti in Italia, una volta per tutte*, in *Il Post, edizione web*, 12 giugno 2018.
Si segnala, per chi desideri un quadro di maggiore ampiezza, che dalla *homepage* del sito web istituzionale del Ministero dell'Interno è possibile accedere alla sezione "Sbarchi e accoglienza dei migranti: tutti i dati" e quindi al "Cruscotto statistico giornaliero" curato dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione che offre aggiornamenti quotidiani sull'andamento degli arrivi e sulle presenze dei migranti nelle strutture di accoglienza.

Il flusso migratorio straordinario si è ovviamente riversato in gran parte sui CAS che tuttavia sono stati pensati come luoghi che soddisfano soltanto esigenze primarie (essenzialmente vitto e alloggio) mentre risultano inadatti a fornire strumenti di integrazione.

Il problema è acuito dal contestuale balzo in avanti delle domande di asilo e di permesso per protezione umanitaria o sussidiaria o per rifugiati presentate dalla gran parte dei migranti e dai rilevanti tempi medi impiegati dall'apposita commissione per la loro definizione.

Quanto allo SPRAR, il più recente aggiornamento del Ministero dell'Interno attesta l'attuale operatività di 875 progetti che coinvolgono 645 Comuni, 19 Province, 28 Unioni di Comuni e altri 54 enti di vario genere e la copertura finanziaria di 35.650 posti (di cui 31.216 ordinari, 3.730 per minori non accompagnati, 704 per persone con disagio mentale o disabilità).

La distribuzione territoriale dei posti è particolarmente significativa: in testa c'è la Sicilia (4.756 posti, 82 enti locali coinvolti e 112 progetti), seguono il Lazio (4.467, 48 e 57), la Calabria (3.537, 109 e 1239), la Puglia (3.445, 92 e 112) e l'Emilia Romagna (3.038, 23 e 35). Bisogna arrivare al settimo posto per trovare la Lombardia, all'ottavo il Piemonte e al nono la Toscana.

Non mancano altre curiosità: il minuscolo Molise è assegnatario di 1.028 posti, più dei 784 assegnati al Veneto, assai più dei 400 assegnati alla Sardegna[3].

5. Considerazioni d'insieme sul sistema nazionale d'accoglienza dei migranti.

I dati e i numeri di sintesi esposti nei paragrafi precedenti consentono di individuare alcune delle caratteristiche salienti del nostro modello di accoglienza dei migranti.

Lo Stato, e per esso, in prima fila, il dicastero degli Interni, ne determina tutte le coordinate.

Stabilisce chi ha diritto all'accoglienza, come deve essere verificato e garantito tale diritto, per quanto tempo ne sia consentito l'esercizio, quante risorse debbano essere destinate ad esso e quali siano i controlli sull'adeguatezza della loro destinazione.

È statale ogni anello della catena gerarchica che ha voce in capitolo: Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo, Servizio centrale, Commissione per la valutazione delle domande di ammissione allo SPRAR, Prefetture.

È imputata allo Stato anche la gestione formale degli strumenti e dei progetti messi in campo per l'accoglienza.

Con un distinguo di non poco conto, tuttavia: la gestione concreta coinvolge significativamente gli enti locali, tramite la stipula di convenzioni *ad hoc*.

Questa configurazione vale soprattutto per la seconda accoglienza, quella che ruota attorno allo SPRAR ed ai progetti che lo attuano.

[3] I dati sullo SPRAR qui citati sono stati tratti dall'apposita scheda aggiornata a gennaio 2019, reperibile a questo indirizzo *web*.

Anche la prima accoglienza, tuttavia, ha un rilevante impatto sugli enti locali o, forse è meglio dire, sulle comunità e sui territori di cui quegli enti sono espressione.

Si consideri infatti che i cosiddetti *hotspot*, cioè l'insieme delle strutture chiamate ad assorbire il primo impatto delle ondate migratorie, sono comprensibilmente dislocati soprattutto nei luoghi privilegiati di sbarco dei migranti, cioè Sicilia, Calabria e Puglia.

Le popolazioni e le amministrazioni locali diventano dunque sentinelle, testimoni e compartecipi dei movimenti migratori, ne assorbono la carica emotiva e la dimensione problematica e testano di continuo la propria capacità di tolleranza.

È ugualmente degno di nota che questo impatto primario coinvolga soprattutto Comuni meridionali, spesso di piccole dimensioni, dotati di scarse risorse e di modesti apparati tecnico-amministrativi.

Esattamente come Riace.

Come si è visto, poi, le politiche di integrazione sono affidate alla seconda fase dell'accoglienza.

Programmi ricchi di impegni, garanzie e opportunità ma, ancora una volta, caricati soprattutto sulle spalle di piccoli enti territoriali, quasi sempre sprovvisti delle professionalità necessarie e dunque costretti a rivolgersi ad organismi privati che, a loro volta, in quanto espressione di territori economicamente depressi, raramente sono in grado di colmare il *gap* conoscitivo ed esperienziale degli enti che li chiamano in soccorso.

Il disegno istituzionale – si è visto anche questo – vorrebbe che quei programmi siano limitati nel tempo sul presupposto corretto che l'accoglienza non deve trasformarsi in assistenzialismo e che lo Stato non può farsi a carico a vita dei problemi esistenziali di nessuno.

Ma è soltanto un auspicio che viene frustrato già nella prima fase del percorso di reinserimento se solo si considera che ormai da anni i CAS assorbono 8 migranti su 10 sicché la straordinarietà è diventata standard e le politiche attive di istruzione, formazione, orientamento e inserimento sono appannaggio di pochi.

La configurazione reale del modello statale di accoglienza genera così un duplice effetto negativo: il territorio ospitante si trasforma in un centro di allocazione temporanea e all'impegno speso dalle sue strutture non segue alcun valore aggiunto; lo straniero ospite disperde in fretta il senso della pur precaria identità che l'accoglienza gli ha offerto.

Si manifestano poi anche altre caratteristiche che emergeranno con maggiore evidenza nei paragrafi successivi.

Le politiche di accoglienza dipendono in larga misura dall'impostazione ideologica della maggioranza al potere e, se in passato era dato scorgere sensibilità e approcci sensibilmente differenti, la tendenza contemporanea sembra consistere in una vistosa enfatizzazione dei temi securitari e in una corrispondente contrazione dell'afflato umanitario, parole d'ordine come «prima gli italiani», «aiutiamoli a casa loro» o altre meno sofisticate e più crude e intolleranti[4].

[4] La bibliografia sulle diverse sensibilità contemporanee verso l'immigrazione e sui temi connessi delle ideologie di tipo populista e sovranista e dell'inclusione dei forti flussi migratori tra i fattori di cui tener conto nelle politiche pubbliche della sicurezza è vastissima.

Conta infine, come sempre, il fattore umano: qualsiasi strumento è regolato da norme e da prassi applicative e le une e le altre dipendono non da un uomo astratto, non dal buon padre di famiglia, ma da uomini veri, investiti di cariche pubbliche e di poteri, che danno un certo significato al diritto, adottano certe condotte e ne evitano altre.

Se questi uomini interpretano la tendenza contemporanea di cui si è appena detto o addirittura ne sono gli ispiratori, se l'intera catena decisionale ha una configurazione gerarchica sicché l'*input* politico non è arricchito o mediato da alcuno spunto critico, allora può capitare che il senso complessivo della legislazione e i valori costituzionali di cui è o dovrebbe essere la realizzazione siano intesi all'insegna di un'ottica minimizzatrice e ragioneristica.

Se ne riparlerà.

6. I controlli sul Comune di Riace…

Le difficoltà e le non poche contraddizioni del sistema nazionale di accoglienza e la continua condizione emergenziale che ne caratterizza l'attuazione aumentano a dismisura il rischio di errori, deficit gestionali e organizzativi, scelte affrettate e quindi foriere di problemi successivi.

È un rischio che sarebbe erroneo associare soltanto ai segmenti terminali dell'accoglienza, cioè le attività imputabili agli enti locali ed agli organismi privati di cui si avvalgono.

Al contrario, esso non risparmia nessuno degli anelli della catena.

Una sola fonte per tutte: la relazione della Sezione centrale di controllo della Corte dei Conti sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato dal titolo *La "prima accoglienza" degli immigrati: la gestione del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (2013-2016)*[5].

Vi si leggono espressioni del genere:

> «**attuale incapacità da parte del Ministero di tracciare la presenza e gli spostamenti dei richiedenti asilo, anche da una struttura** all'altra» (p. 16 della relazione);
>
> «inoltre, **si è osservata una carenza da parte di alcune prefetture che hanno fornito dati non sempre controllati e puntualmente verificati.** Nello stesso caso, a seguito di verifiche mirate su varie società alle quali il comune aveva affidato i relativi servizi a favore degli immigrati, si è reso necessario emettere provvedimenti interdittivi antimafia. Infine, dalle risposte fornite da alcune prefetture, si è riscontrata una rappresentazione dei dati contabili e delle presenze effettive nei centri di accoglienza non sempre attendibile» (*ibidem*);
>
> «in generale, una criticità è emersa dalla non puntuale contabilizzazione dei dati gestionali, soprattutto con riguardo al rilevamento delle effettive presenze giornaliere nei centri, e l'assenza di un corretto sistema di controllo da parte di una prefettura; il che non ha consentito di far emergere preventivamente specifiche anomalie, per le quali sussistono procedimenti

Si rinvia, per uno sguardo d'insieme sugli aspetti più propriamente giuridici, al fascicolo monografico 2/2018 di Questione Giustizia, dal titolo *L'ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*.

[5] Il documento è accessibile collegandosi al sito *web* istituzionale della Corte dei Conti, al presente *link*.

penali pendenti presso le Procure della Repubblica di Avellino e Napoli. Inoltre, desta perplessità il fatto che un ufficio territoriale di Governo non sia stato in grado di fornire dati attendibili circa i costi giornalieri, sostenuti per la gestione della prima accoglienza. È infatti emerso che il costo giornaliero pro capite di ogni migrante per l'anno 2014 ha toccato la cifra massima di 50,39 euro, per l'anno 2015 si è scesi al minimo di 21,87 euro e per l'anno 2013 erano stati spesi mediamente 32,89 euro (cfr. tabella 31); di contro, dai dati forniti dalla Guardia di finanza, risulta che la spesa giornaliera pro capite sarebbe oscillata da un minimo di 30 euro per il 2014 ad un massimo di 35 euro per l'anno 2015. Ciò denota la incongruenza dei dati forniti, che è sintomatica di un disordine contabile e che certamente non salvaguarda i principi di buona amministrazione. Da ciò si dovrebbe trarre motivo per ritornare al più presto alle regole di contabilità ordinaria, soprattutto in quelle realtà territoriali ove il fenomeno dell'accoglienza dei richiedenti asilo non assume più carattere emergenziale» (p. 97).

Critiche e rilievi specifici hanno poi riguardato la situazione del comprensorio di Reggio Calabria:

«**l'analisi dei dati forniti dalle prefetture in sede di indagine, in alcuni casi (prefetture di Avellino e Reggio Calabria), ha mostrato ampi disallineamenti** rispetto a quelli rilevati dalla Guardia di finanza con accertamenti *in loco*» (p. 102);

«a seguito di appositi bandi di gara ad evidenza pubblica anche europei, andati deserti**, è mancato, nel trasferire ai comuni la gestione del sistema di accoglienza, un idoneo raccordo tra la Prefettura di Reggio Calabria e gli enti locali** nell'individuazione dei soggetti gestori dei centri di accoglienza, benché tale individuazione avrebbe dovuto essere effettuata dai prefetti, ai quali spetta, altresì, di condurre le verifiche ed i riscontri sulle specifiche attività svolte dagli operatori» (p. 17);

«la prefettura di Reggio Calabria ha specificato che le uniche strutture presenti sul territorio provinciale, nel periodo 2010-2014, riguardavano i centri di primo soccorso e assistenza che, a tutto il 2013, non sono stati da essa gestiti, mentre, negli anni 2014 e 2015, visti gli esiti negativi con cui si erano concluse due manifestazioni d'interesse e una procedura di gara aperta per operatori economici privati, ha stipulato due convenzioni con i comuni di Riace e Monasterace» (p. 91);

«il sistema di accoglienza straordinaria dei richiedenti asilo è stato gestito, nel periodo 2014-2015, con procedure non conformi alla circolare ministeriale n. 104/2014. Infatti, la prefettura, in assenza di manifestazioni di interesse per tre gare di evidenza pubblica, aveva assegnato le attività di assistenza ai migranti direttamente alla Caritas diocesana, all'ente parco nazionale dell'Aspromonte, e, come già detto, ai comuni, nonostante la circolare di cui sopra non consentisse di delegare alle istituzioni locali (comuni, enti, ecc.) la scelta dei gestori cui attribuire l'affidamento dei servizi di accoglienza oltre i conseguenziali controlli, sia preventivi che successivi, sui soggetti effettivamente appaltatori dei contratti pubblici. Del resto, i comuni e gli altri enti territoriali affidatari dei servizi di accoglienza non possiedono strutture, risorse e competenze per eseguire i controlli necessari nell'ambito dell'affidamento a soggetti delle attività di gestione del servizio di accoglienza. Dalle indagini svolte dalla Guardia di finanza si è rilevato che i soggetti gestori sono stati selezionati direttamente dai comuni, nonostante che la richiamata circolare n. 104 preveda, al contrario, che tale scelta sia effettuata dalla prefettura "in raccordo con gli enti locali". Nel caso di specie, pertanto, sarebbero stati delegati dalla prefettura agli enti locali poteri che la prefettura avrebbe dovuto esercitare direttamente, nonché "in raccordo" con i comuni» (p. 92).

La relazione fa infine presente che:

«**la Regione Calabria, con la l. 12 giugno 2009, n. 1852, ha previsto un piano a livello locale** finalizzato a sostenere: a) la gestione di interventi di accoglienza e di orientamento legale e sociale degli stranieri accolti presso le comunità locali nelle quali si realizzino gli specifici interventi previsti dalla stessa legge; b) l'avvio di programmi, anche innovativi, di supporto all'inserimento lavorativo, anche tramite la creazione di nuove attività economiche imprenditoriali che coinvolgano direttamente sia i beneficiari dei programmi di accoglienza che la popolazione autoctona; c) la gestione di interventi di assistenza specifica per i richiedenti asilo, i rifugiati, ed i titolari di protezione sussidiaria ed umanitaria portatori di esigenze particolari; d) la realizzazione di interventi volti a sostenere il proseguimento degli studi, il riconoscimento dei titoli di studio e dei titoli formativi acquisiti nei paesi di origine verso gli stranieri accolti; e) la ristrutturazione, riqualificazione ed adeguamento, nonché affitto, arredamento e manutenzione delle strutture abitative destinate all'ospitalità; f) la riqualificazione, l'adeguamento e l'allestimento di strutture destinate a fungere da centri di aggregazione sociale e culturale per gli stranieri accolti e per la comunità locale; g) la realizzazione di programmi e produzioni culturali, anche plurilingue, ed interventi di formazione e sensibilizzazione. Conseguentemente, **non avendo un dettaglio a consuntivo delle spese sostenute con il fondo gestito dal Ministero dell'interno (dati disaggregati pro capite e pro die), non è facile comprendere se i contributi della regione (aggiuntivi ai 30/35 euro statali) siano serviti per realizzare gli scopi previsti dal legislatore regionale, ovvero se l'erogazione delle stesse abbia determinato il pagamento della prestazione all'immigrato per la quale era già stanziata la quota statale**» (p. 96).

Sarebbe esagerato equiparare ad un marasma la situazione descritta dalla magistratura contabile ma è certo che l'elevata complessità degli effetti dei movimenti migratori di massa sul nostro Paese ha generato difficoltà a carico di ciascuno dei livelli decisori e organizzativi chiamati a farsene carico.

7. …e le conseguenze che ne sono derivate.

Sulla base di queste premesse si può adesso analizzare con qualche strumento in più **la relazione**, risalente alla seconda metà del 2018, **della Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo del Ministero dell'Interno che ha comportato la revoca dell'affidamento del progetto SPRAR avviato nel Comune di Riace**[6].

Il documento è una sorta di *cahier de doléances*, un dettagliato atto di accusa e di condanna.

Nella relazione si contestano violazioni diffuse: sovrapposizione di strutture e operatori tra SPRAR e CAS; utilizzo di unità abitative non preventivamente autorizzate; disallineamenti delle presenze constatate nelle abitazioni rispetto alle notizie risultanti nella banca dati SPRAR; presenze di migranti non aventi diritto o per i quali è già decorso il termine massimo di accoglienza (i cosiddetti lungopermanenti); mancata o tradiva registrazione dei contratti da cui deriva la disponibilità delle abitazioni; carenze nel rispetto degli standard abitativi e delle condizioni di decoro e igiene degli alloggi; contestazioni sull'uso dei bonus e del *pocket money*; violazioni plurime delle regole previste per l'affidamento a organismi esterni dei servizi attuativi dello SPRAR; carenze nei progetti individualizzati, nell'orientamento legale, nei corsi di apprendimento della lingua, nelle attività di formazione e qualificazione professionale e orientamento al lavoro; assenza di mediatori linguistici professionali; la carente specializzazione degli operatori SPRAR ed altri rilievi di dettaglio.

[6] Il documento è scaricabile collegandosi a questo *link*.

Il Comune di Riace ha replicato in questi termini: l'ente soffre di una generale carenza di risorse finanziarie e il problema è aggravato dal ritardo cronico dei corrispettivi dovuti per il servizio reso; la commistione di presenze nelle abitazioni deriva dal fatto che le persone ospitate si incontrano tra loro ed hanno normali relazioni umane; i disallineamenti abitativi dipendono dall'esigenza di fronteggiare situazioni particolari oppure dalla mancata sincronia tra la partenza di vecchi ospiti e l'arrivo di nuovi; il trattenimento di ospiti oltre (talvolta ben oltre) la scadenza del termine massimo di legge dipende dalla situazione di particolare vulnerabilità di costoro o da serie ragioni umanitarie ed in ogni caso interpella il senso stesso dello SPRAR e delle sue finalità; il mancato rispetto degli standard abitativi dipende dalla pura e semplice mancanza dei mezzi finanziari che sarebbero necessari per la loro messa a norma; il largo ricorso ai bonus e al *pocket money* serve a far sì che i migranti, piuttosto che subire la mortificazione della consegna di derrate alimentari alla stregua di una carità, abbiano una sia pur modesta autonomia economica e la facoltà di scegliere come e dove acquisire i beni di cui hanno necessità; il personale utilizzato per l'erogazione dei servizi è quello che il Comune di Riace può permettersi di remunerare.

Nessuna di queste giustificazioni ha funzionato e la Direzione dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo ha decretato, applicando 34 punti di penalità al Comune di Riace, la fine dell'esperienza SPRAR in quel Comune e il trasferimento/uscita di tutti gli ospiti residenti.

È improprio in questa sede e non spetta certo a chi scrive esprimere valutazioni di coerenza della decisione assunta dall'organo ministeriale.

Non si rinuncia tuttavia ad esprimere qualche impressione.

Nell'atto ministeriale, così preciso nella contestazione degli addebiti e così capillare nella confutazione degli elementi di giustificazione addotti dal Comune, sembra mancare ogni considerazione per i due aspetti che si penserebbe debbano essere quelli primari.

Le contestazioni e la decisione sono interamente fondate su astratte previsioni normative e regolamentari, in una parola su ciò che dovrebbe essere, ma non sfiorano mai ciò che è, cioè la concreta realtà che ci si è sforzati di mettere in luce nei paragrafi precedenti.

Nessuna attenzione è stata riservata alla palese disparità tra lo sforzo richiesto al piccolo Comune di Riace e la modestia delle sue risorse o alla difficoltà di gestire una situazione che tanti altri organismi territoriali si sono rifiutati di gestire. Né si è tenuto in conto che analoghe difficoltà hanno investito livelli decisionali e organizzativi posti assai più in alto nella piramide del sistema d'accoglienza.

Ciò che colpisce di più, tuttavia, è che, al di là del richiamo generico di formule normative, nessuna considerazione sembra essere stata attribuita ai migranti ospitati a Riace, cioè coloro la cui vita presente e futura dipende dalla decisione presa. Non si è ponderato in alcun modo se quella decisione fosse vantaggiosa o svantaggiosa per loro, se ne tutelasse la dignità umana o la lasciasse sullo sfondo; se, ancora più semplicemente, quegli uomini, quelle donne e quei bambini stessero bene o male nel luogo in cui la sorte li aveva condotti, se provassero speranza e contentezza o fossero in preda allo sconforto e alla disperazione.

Nulla. E questo nulla fa impressione.

Si segnala infine ai lettori, per completezza informativa, che, nell'ambito di un recentissimo movimento di Prefetti e su proposta del Ministro dell'Interno[7], il Capo del Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione è stata designata come prefetto di Roma ed al suo posto è stato nominato l'attuale prefetto di Reggio Calabria. A sua volta, la firmataria della relazione del 2018 poc'anzi citata (cfr. nota n. 6), già direttore centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo, è stata chiamata ad assumere le funzioni di Vicecapo del medesimo Dipartimento.

Ognuno di questi funzionari pubblici ha avuto un ruolo importante nella gestione della vicenda di Riace[8].

Due di essi occuperanno d'ora in avanti le prime due postazioni dell'apparato amministrativo cui spetta la gestione nazionale dell'immigrazione.

La politica esprime dunque fiducia nel loro operato e ne condivide la filosofia.

8. La vicenda giudiziaria.

8.1. Il provvedimento cautelare del GIP di Locri.

La crescente attenzione istituzionale verso l'esperienza riacese e l'infittirsi di rilievi così negativi da generare ombre sulla condotta del sindaco Lucano hanno provocato l'intervento della Procura della Repubblica di Locri, ufficio giudiziario competente per il territorio di Riace.

Ne è nato un procedimento penale iscritto a ruolo nel 2016 (localmente denominato "Operazione Xenia"), condotto nei confronti di 31 indagati, e di cui si è avuta notizia a settembre del 2018 allorché il GIP del Tribunale di Locri ha emesso a carico di Domenico Lucano e della sua compagna Lemlem Tesfahun un'ordinanza cautelare[9].

Se ne esamina adesso il contenuto e lo stesso si farà per i successivi provvedimenti del subprocedimento cautelare.

La pista che si vuole percorrere non porta ad alcuna pagella, non si risolve in un improprio giudizio parallelo.

Si vuole solo comprendere quali fatti siano stati presi in considerazione per costruire la base conoscitiva, quale realtà sia stata esplorata e quali tecniche di valutazione siano state adoperate per arrivare alle determinazioni proprie di ciascuna fase.

Interessa, in fondo, un'unica cosa: capire se la bellezza e l'armonia rappresentate dal film di Wenders e percepite da tanti che hanno voluto guardare con i propri occhi la realtà di Riace

---

[7] Se ne è data notizia nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 57 del 1 maggio 2019, emesso in esito alla riunione del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2019.

[8] Al prefetto uscente di Reggio Calabria va anche ascritta la recente operazione che ha portato allo sgombero e allo smantellamento della baraccopoli di San Ferdinando, con l'immediato plauso del Ministro Salvini e il compiacimento dello stesso prefetto, secondo il quale si è riusciti «a coniugare legalità e umanità». Per un resoconto dell'operazione e dei suoi effetti, si rinvia a A. Candito, *Il paradosso di San Ferdinando: sgomberata la baraccopoli in Calabria, una nuova tendopoli sta già nascendo*, in *Repubblica.it*, 6 marzo 2019.

[9] L'ordinanza del GIP del Tribunale di Locri è stata pubblicata da *Questione giustizia* con nota di R. De Vito *L'ordinanza di Riace. I fatti contro le polemiche*, in Questione giustizia online, 3 ottobre 2018.

siano materia artistica e basta oppure possano diventare un fatto nel senso propriamente giudiziario; se cioè siano così indefinibili ed effimere da sfuggire ad ogni tentativo di classificazione e materializzazione oppure possano concorrere a definire uno o più dei temi strutturali del giudizio penale (elemento soggettivo, possibili scriminanti ed attenuanti, a tacer d'altro).

Dalla lettura dell'ordinanza cautelare si ricava che a Domenico Lucano sono stati contestati svariati capi di imputazione.

Campeggia in primo piano l'accusa di associazione a delinquere finalizzata al compimento di un numero indeterminato di delitti contro la pubblica amministrazione, la fede pubblica e il patrimonio, tutti accomunati dal riferimento alla gestione dell'accoglienza nell'ambito dei progetti SPRAR, CAS e MSNA.

Seguono ipotesi di turbata libertà della scelta del contraente, abuso, truffa aggravata, truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, falso ideologico, concussione, malversazione a danno dello Stato, falsità ideologica in certificati, turbata libertà degli incanti, compimento di atti idonei a procurare l'ingresso illegale in Italia di un cittadino straniero.

Il giudice, esposte inizialmente le coordinate normative di rilievo, si è pronunciato sui singoli capi di imputazione ed ha escluso nella quasi totalità dei casi l'esistenza del requisito della gravità indiziaria.

Così è avvenuto anzitutto per **la fattispecie di turbata libertà della scelta del contraente collegata all'affidamento diretto dei servizi di accoglienza**.

Il GIP rileva che ai termini "frodi" e "collusioni" impiegati dal PM non seguiva l'indicazione di alcun fatto materiale che gli desse corpo e neanche l'allegazione degli atti di affidamento e delle successive convenzioni. Manca, per così dire, la materia prima.

Segue l'accusa di **abuso per avere indebitamente rendicontato e portato a rimborso gli importi connessi al prolungamento dell'ospitalità per i lungopermanenti, ben oltre la scadenza del periodo massimo di legge**.

Il GIP ha ritenuto che il servizio a questa categoria di migranti fosse stato comunque reso e che andava quindi compensato il che escludeva l'indebito arricchimento.

Segue la valutazione dell'accusa di **truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche che sarebbe avvenuta mettendo a rendiconto nei progetti SPRAR, CAS e MSNA l'acquisto di derrate alimentari utilizzate per fini privati anziché essere destinate ai migranti e altri costi fittizi o non giustificati**, condotte cui sarebbe seguito un ingiusto profitto di oltre 10 milioni di euro e un uguale danno patrimoniale per lo Stato.

Il GIP afferma che gli inquirenti abbiano commesso in questo caso un «errore tanto grossolano da pregiudicare irrimediabilmente la validità dell'assunto accusatorio». Hanno cioè considerato ingiusto l'intero importo liquidabile al Comune di Riace, come se l'ente non avesse mai erogato alcun servizio. Non solo: l'accusa si fonda su elementi inutilizzabili, poiché desunti da sommarie informazioni testimoniali rese da soggetti che avrebbero dovuto invece essere sentiti con le garanzie accordate dagli artt. 64 e 65 c.p.p., o presuntivi e congetturali, o non riscontrati.

È il turno delle **plurime contestazioni di falso ideologico, collegate a 56 determinazioni di liquidazione che servivano per ottenere il rimborso degli oneri di gestione per i servizi CAS e SPRAR**. Nell'opinione dell'accusa, il falso deriva dall'attestazione del sindaco Lucano di avere controllato i rendiconti di spesa pur non avendolo fatto.

Il GIP si limita a constatare che, fino al giugno del 2016, la vigente convenzione tra il Comune di Riace e la Prefettura di Reggio Calabria richiedeva la mera comunicazione del numero degli ospiti presenti e del pagamento in loro favore del *pocket money*. A luglio dello stesso anno fu stipulata una nuova convenzione che imponeva la documentazione delle spese e il Comune, sia pure in ritardo, la esibì.

È poi contestato il delitto di **concussione**, imputandosi al Lucano di avere minacciato il congelamento dei rimborsi a un commerciante presso il cui esercizio i migranti spendevano parte dei bonus per l'acquisto di detersivi e prodotti affini.

Il giudice osserva che l'accusa si fonda quasi interamente sulle dichiarazioni del commerciante il quale tuttavia, essendosi accusato di avere emesso fatture per operazioni inesistenti, avrebbe dovuto essere sentito ai sensi degli artt. 64 e 65 c.p.p. Si tratta comunque, secondo il GIP, di «persona tutt'altro che attendibile»[10].

L'ulteriore contestazione è quella di **malversazione a danni dello Stato, consistita nell'asserita distrazione di fondi corrisposti alle associazioni e cooperative coinvolte nei progetti SPRAR e CAS** che, anziché per gli scopi loro propri, sarebbero stati invece in parte impiegati per l'acquisto, l'arredo e la ristrutturazione di alcune abitazioni e di un frantoio, per il pagamento dei concerti estivi tenuti a Riace o comunque prelevati e impiegati senza giustificazione e senza rendiconto.

Il GIP constata che l'accusa è riuscita a dimostrare l'esistenza di prelievi, ad opera dei responsabili degli organismi affidatari del Comune di Riace, di somme imputabili agli accreditamenti per i servizi svolti. Ritiene ugualmente provato che il sindaco Lucano abbia tentato di convincere i medesimi responsabili a concorrere al finanziamento dei concerti estivi e che sia infine riuscito a destinare parte delle somme accreditate agli organismi di cui sopra per l'acquisto o la ristrutturazione di immobili e strutture produttive compresi nel complessivo "laboratorio sociale" di Riace.

Il giudice ritiene tuttavia che la prima dimostrazione sia probatoriamente insignificante, che la seconda non sia corroborata dall'accertamento di effettivi versamenti, che la terza non sia decisiva, risultando plausibile che le spese di acquisto e ristrutturazione di immobili posti a servizio del complessivo "modello Riace" siano coerenti alle finalità pubbliche per cui i relativi importi erano stati erogati.

Merita di essere segnalata, a fini della particolare prospettiva che si segue in questo scritto, l'importanza che il GIP ha attribuito ad alcune frasi pronunciate dal Lucano nel corso di una conversazione telefonica intercettata.

> «La truffa è che me ne sono approfittato. Ma l'approfittamento, e l'ho spiegato anche al Colonnello oggi, gli ho detto che ieri non sono stato utile perché non sono abituato a questo, però una cosa l'ho voluta ribadire, se lui può capire quello che ho fatto un po' in giro, è rimasto sorpreso da questo, ho ribadito dove si trova l'economia dei 35 euro, se ci sono le

[10] P. 45 del provvedimento in esame.

> fattorie didattiche, se ci sono i laboratori dell'artigianato, c'è una riqualificazione anche urbana, estetica dei laboratori, se ci sono pratiche per l'accoglienza e per il turismo dell'accoglienza, se c'è questo frantoio, tutte queste iniziative sono servite perché dobbiamo costruire attività collaterali, perché altrimenti l'accoglienza è fine a se stessa»[11].

Questo è il passaggio testuale e il GIP l'ha richiamato quando non ha escluso la coerenza delle spese all'interesse pubblico sotteso all'erogazione dei fondi statali.

Segue una contestazione di **truffa aggravata**, **consistita nell'asseritamente indebita corresponsione del corrispettivo previsto per il servizio di pulizia delle spiagge per gli anni 2016 e 2017** affidato con distinti contratti alla medesima cooperativa.

Il GIP rileva che il dato essenziale nell'economia della contestazione, cioè lo svolgimento del servizio da parte degli addetti di una certa associazione anziché dalla cooperativa aggiudicataria del servizio medesimo, non è stato in alcun modo verificato.

C'è poi la contestazione di **turbata libertà degli incanti** con cui si rimprovera al Lucano di avere affidato in modo diretto a due cooperative sociali del luogo il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti benché non fossero iscritte all'albo regionale delle cooperative e fosse quindi precluso il ricorso all'affidamento diretto.

Il GIP ha ritenuto esistente il requisito della gravità indiziaria in relazione a ciascuno degli elementi strutturali dell'imputazione che ha comunque ritenuto opportuno riqualificare in turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

Segue l'esame della contestazione del **compimento di atti finalizzati all'illecito ingresso nel territorio nazionale di un cittadino etiope**, realizzato attraverso un matrimonio di comodo (poi non riuscito per l'arresto dell'interessato in Etiopia) tra questi e Lemlem Tesfahun, in realtà sua sorella.

Il GIP ha ritenuto anche in questo caso raggiunta la soglia della gravità indiziaria.

Alla conclusione contraria è pervenuto invece in ordine alla **contestazione associativa**, poiché i delitti fine non sono stati convenientemente dimostrati dall'accusa.

Il giudice ha conclusivamente ravvisato l'esistenza del pericolo di reiterazione criminosa ed ha ritenuto misura adeguata per Domenico Lucano gli arresti domiciliari e per la Tesfahun il divieto di dimora nel Comune di Riace.

8.2. L'ordinanza del Tribunale del Riesame di Reggio Calabria.

Il Lucano ha impugnato il provvedimento del GIP e il tribunale del riesame si è pronunciato con l'ordinanza n. 768-P/18 R.T.L. la cui motivazione (inedita) è stata depositata il 19 novembre 2018.

Si ricorderà che gli unici due capi di imputazione sopravvissuti al vaglio del GIP sono la turbata libertà della scelta del contraente per la vicenda dell'affidamento diretto del servizio di

---

11 *Idem*, p. 49.

raccolta e trasporto della nettezza urbana e gli atti finalizzati all'illecito ingresso di un cittadino straniero in Italia.

Si riporta uno stralcio della motivazione dell'ordinanza per la prima delle due contestazioni:

> «l'Albo regionale era stato istituito ed era pienamente operativo e nessun problema di tempistica vi era per l'iscrizione in esso, contrariamente a quanto, in modo non corrispondente al vero, aveva farfugliato il Lucano allo Z. [responsabile dell'ufficio tecnico del Comune di Riace, NdA] al fine di indurlo all'affidamento diretto […] E davvero impudente è la produzione difensiva odierna concernente delle CCTT di parte al fine di provare l'economicità e la convenienza del servizio prestato dalle due cooperative […] Quanto alla circostanza, sottolineata dalla difesa, secondo la quale tutte queste delibere recano il parere favorevole del responsabile dell'area tecnica […], essa è ininfluente posto che trattasi di parere tecnico e non certo di legittimità» (p. 40 dell'ordinanza).

Il tribunale del riesame dedica poi molte pagine alla seconda imputazione che qui non mette conto riportare e commentare.

Segue infine la parte relativa alle esigenze cautelari.

Vi si leggono espressioni di questo genere (riportate fedelmente anche nell'evidenziazione grafica scelta dall'estensore):

> «**il Lucano non può gestire la Cosa pubblica né gestire denaro pubblico mai e in nessun modo**. Egli è totalmente incapace di farlo e, quel che più rileva, in nome di principi umanitari ed in nome di diritti costituzionalmente garantiti viola la legge con naturalezza e spregiudicatezza allarmanti. Quel che consegna il compendio attizio, al di là di ogni più approfondita disamina della provvista indiziaria sui capi di imputazione […] è, quantomeno, un Lucano afflitto da una sorta di delirio di onnipotenza e di mantenere quel sistema Riace rilucente all'esterno, ma davvero opaco e inverminato da mille illegalità al suo interno» (pp. 121-122).

Si potrebbe continuare ancora a lungo ma le considerazioni restanti sono del medesimo tenore e non aggiungono nulla al convincimento che le frasi riportate già esprimono con la massima chiarezza. Non si fa per ora alcun commento, poiché il passo motivazionale prescelto è di quelli che parlano da sé.

Si fanno invece due considerazioni.

L'organo del riesame motiva diffusamente anche sulle ipotesi di reato che il GIP ha ritenuto prive di consistenza indiziaria e se ne serve per rafforzare la conclusione della spregiudicatezza e della pericolosità del Lucano.

Lo stesso organo, pur avendo speso buona parte del provvedimento per evidenziare l'allarmante gravità delle condotte del Lucano e pur non mettendo minimamente in dubbio il pericolo della reiterazione del reato, gli accorda la meno restrittiva misura del divieto di dimora a Riace.

Entrambi i profili sono di difficile lettura, sia se considerati in connessione alla funzione tipica del tribunale in sede di riesame, sia se vagliati in termini di pura logica.

Ci si limita tuttavia, coerentemente alla premessa di inizio paragrafo, ad offrirli all'attenzione del lettore senza alcun commento.

Occorre poi aggiungere che anche Lemlem Tesfahun ha presentato istanza di riesame al medesimo organo giudiziario il quale, in parziale riforma del provvedimento del GIP, ha sostituito l'obbligo di presentazione presso la polizia giudiziaria al precedente divieto di dimora a Riace.

8.3. Le pronunce di legittimità.

Sia il Lucano che la Tesfahun hanno presentato ricorso per cassazione contro la decisione del tribunale del riesame.

La decisione del ricorso del Lucano è avvenuta con la sentenza 14418/2019 della sesta sezione penale[12].

Il collegio di legittimità ha confermato il giudizio di gravità indiziaria relativo al delitto di cui all'art. 12 del d.lgs. 286/1998, ritenendo priva di vizi logici la motivazione del tribunale del riesame sul punto.

Ha invece accolto il ricorso per l'altro capo di imputazione, attinente al reato *ex* art. 353-*bis* c.p.

Difettano infatti, secondo il collegio, la chiarezza e la coerenza argomentativa necessarie per la dimostrazione del mezzo fraudolento e del fine di condizionamento.

In particolare:

a) non si è tenuto debitamente conto del carattere collegiale delle delibere e degli atti amministrativi adottati e dell'esistenza di pareri di regolarità tecnica e contabile resi dal segretario comunale e dai funzionari competenti;
b) non è stato verificato, mentre sarebbe stato necessario, se esistessero altre imprese che potessero svolgere il servizio pubblico in esame e che garantissero i criteri di economicità ed efficacia;
c) non è stata oggetto delle opportune verifiche una circostanza affermata dal Lucano che, se riscontrata positivamente, avrebbe avuto un peso decisivo: all'epoca dei fatti l'Albo regionale delle cooperative, pur istituito con una legge regionale del 2009, non era stato reso operativo e non era quindi possibile l'iscrizione;
d) non risulta dimostrata la consapevolezza del ricorrente di avere aggirato fraudolentemente le procedure di gara né è spiegato perché al Lucano e solo a lui è stata attribuita la responsabilità di atti assunti sempre collegialmente;
e) sono ugualmente fondate le critiche rivolte al ricorrente all'ordinanza impugnata nella parte riguardante le esigenze cautelari. Il tribunale del riesame si è abbandonato sul punto a considerazioni apodittiche e congetturali o fondate su argomentazioni asintomatiche o su indebite valutazioni morali e non ha tenuto conto dell'incensuratezza dell'indagato né, come avrebbe dovuto fare, delle motivazioni che hanno spinto il Lucano a favorire l'ingresso del cittadino etiope, verosimilmente legate alla relazione affettiva con la Tesfahun.

[12] Sul sito *web* istituzionale della Corte di Cassazione, entrando nella sezione "Per il cittadino" e di lì accedendo a "SentenzeWeb", è possibile accedere al testo di entrambe le sentenze citate in questo sottoparagrafo – Cass. pen., sez. VI, n. 14418/2019 e Cass. pen., sez. VI, 13179/2019 –.

Ne è seguito l'annullamento con rinvio dell'ordinanza del tribunale del riesame sui punti appena messi in evidenza.

Quanto al ricorso della Tesfahun, deciso con la sentenza 13179/2019 emessa anch'essa dalla sesta sezione penale, il suo esito è stato l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata per totale difetto delle esigenze cautelari.

8.4. Gli eventi giudiziari successivi.

Nell'aprile del 2019 la vicenda giudiziaria di Domenico Lucano si è arricchita di nuovi eventi.

Il giorno 11 l'ex sindaco è stato rinviato a giudizio, assieme alla Tesfahun ed altre 24 persone, per varie ipotesi di reato comprese quelle per le quali i vari uffici giudiziari che si sono pronunciati hanno escluso la presenza di gravi indizi[13].

Il giorno dopo la Procura di Locri gli ha notificato l'avviso di conclusione delle indagini per nuove ipotesi di reato, contestandogli di avere falsamente attestato che le strutture di accoglienza di Riace fossero conformi alle prescrizioni della normativa in materia di idoneità abitativa, impiantistica e standard igienico-sanitari[14].

A distanza di una settimana il tribunale del riesame di Reggio Calabria, pronunciatosi dopo l'annullamento con rinvio della Cassazione, ha confermato la misura del divieto di dimora a Riace[15].

8.5. Qualche osservazione conclusiva.

La vicenda giudiziaria farà naturalmente il suo corso e fra qualche anno arriverà la verità processuale definitiva. I dati di cui si è a conoscenza consentono tuttavia già ora qualche prima conclusione.

La congerie di capi di imputazione formulati dall'accusa non ha retto affatto bene al vaglio degli organi giudiziari di controllo al punto che per una sola contestazione (quella legata all'organizzazione del matrimonio di comodo) è stata riconosciuta l'esistenza di una grave base indiziaria.

La severa sconfessione di gran parte dell'impianto accusatorio non ha tuttavia arrecato alcun beneficio concreto alla posizione di Domenico Lucano che si trova rinviato a giudizio per rispondere anche di contestazioni per le quali sembra arduo, sulla base delle valutazioni di cui si è dato conto, prevedere una futura condanna, e che non può ancora oggi mettere piede nel suo luogo di residenza.

---

[13] Si veda l'articolo di C. Abate, *Domenico Lucano, sindaco di Riace, è stato rinviato a giudizio per abuso di ufficio e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Il Post.it*, 11 aprile 2019.
[14] Si veda la notizia dal titolo *Riace, nuova indagine su Mimmo Lucano: contestati truffa e falso*, in *SkyTG24*, 12 aprile 2019.
[15] Si veda la notizia intitolata *Per Mimmo Lucano il riesame conferma l'obbligo di dimora fuori da Riace*, in *AskaNews.it*, 19 aprile 2019.

Altre imputazioni si sono aggiunte nel frattempo e, considerate insieme a quelle già formulate, compongono un manifesto d'accusa che pare voler mettere in dubbio l'intera gestione dell'accoglienza riacese ai migranti più che singoli temi amministrativi.

Nessuno degli organi giudiziari che si sono fin qui pronunciati, fatta eccezione per fugaci accenni per lo più subito seguiti da richiami all'ineluttabilità della legge, ha ritenuto che fosse suo compito guardare l'armonica bellezza trasmessa dal film di Wenders, anche solo per comprendere se le scene de *Il volo* fossero solo una trasfigurazione artistica o una pura e semplice verità.

Gli inquirenti, per ciò che è dato desumere dagli atti giudiziari al momento ostensibili, non hanno ritenuto di dare spazio ai migranti, non hanno ascoltato la loro voce, sicché mancano le loro percezioni sul tipo di accoglienza ricevuta, sull'adeguatezza del trattamento che è stato loro riservato, sul "senso" che hanno tratto dal loro inserimento nella comunità e nel territorio di Riace.

Allo stesso modo e per ciò che se ne sa, le indagini e i provvedimenti di chi ne ha valutato i risultati non sembrano avere anche solo provato ad esplorare le difficoltà fisiologiche della concreta gestione delle politiche migratorie ad opera di un piccolo e povero Comune dell'estremo Sud.

Così come manca radicalmente l'attenzione ai risultati sostanziali di quelle politiche, sicché, almeno per ciò che è prevedibile al momento, i giudici che dovranno valutare i fatti addebitati a Domenico Lucano e ai suoi coimputati, non sapranno se i tanti riconoscimenti che artisti, *opinion leader*, esponenti della politica e dell'accademia, *think tank* nazionali e internazionali e semplici cittadini hanno tributato al "modello Riace" e al suo ispiratore siano meritati oppure frutto di una meschina e fasulla *grandeur* costruita artificiosamente, se l'esperimento sociale tentato in quella terra sia la realizzazione di valori costituzionali di prima grandezza o solo fuffa.

Ci si potrebbe e dovrebbe chiedere se agli inquirenti e ai giudici spetti un compito del genere.

Se gli basti il "fatto", e se quindi il giudizio inizi e si esaurisca nella contesa tra l'accusa che confeziona un'imputazione e la difesa che prova a contestarla, oppure se debbano cercare l'uomo, non quello astratto, non quello corrispondente a questa o quella corrente filosofica, ma il reale essere umano che si presenta a loro per rispondere a delle accuse e l'altro essere umano, quello che si assume aver subito il male provocato dal primo.

È il dilemma eterno della giustizia penale, quello che riguarda i confini della ricerca consentita al giudice e il *quantum* di conoscenza la cui acquisizione, se non garantisce necessariamente il miglior verdetto, è comunque coerente allo scopo del giudizio.

Non sembra, a dire il vero, che l'operazione *Xenia*, chi l'ha concepita e chi l'ha finora valutata si siano posti quel dilemma o l'abbiano almeno avvertito.

Sembra semmai il contrario. Le parole e il senso generale della motivazione del tribunale del riesame reggino, tanto per fare un esempio, tradiscono una pulsione di stampo moralista, correttamente stigmatizzata dalla Cassazione, e un convincimento che va ben oltre i temi in valutazione.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Lucano non parla, farfuglia. La sua difesa è impudente. Non è un uomo razionale ma un essere delirante. Riace, nella gestione di Lucano, non è un modello ma un verminaio.

Qui, pare di poter dire, la ricerca dell'uomo non è mai iniziata perché il giudice ha ritenuto che tutto fosse già chiaro e che non occorresse andare oltre il «compendio attizio».

Al di là delle argomentazioni appena esposte, ad alto tasso di opinabilità, una cosa è certa in modo assoluto.

Il "modello Riace" è finito, i migranti sono andati via, le strade del paese si sono svuotate e la vita che vi scorreva si è affievolita e ripiegata.

Questo è il primo durevole risultato raggiunto dalle iniziative istituzionali che si sono abbattute su Domenico Lucano.

9. Le recenti modifiche delle politiche pubbliche in tema di accoglienza dei migranti.

La straordinarietà dei flussi migratori degli ultimi anni (vedi *infra*, 4.2), l'interminabile fase nazionale di ripiegamento economico e la costante crescita dei processi di interdipendenza globale sono plausibilmente alla base degli umori popolari che esprimono disagio o aperta ostilità verso le varie forme di presenza straniera nel nostro Paese.

Un *trend* reale, questo, immediatamente percepito e cavalcato da alcune forze politiche che lo hanno assorbito fino a farlo diventare parte integrante del loro corredo ideologico per poi rilanciarlo in modo strutturato e trasformarlo in programmi politici ed elettorali.

Nell'elaborazione degli *input* di cui si parla assumono poi un ruolo primario i *mass media*, i cui artefici intercettano i sentimenti popolari e tarano su di essi i contenuti proposti all'*audience* ma così facendo rilanciano, enfatizzano e progressivamente modificano gli *input* ricevuti, trasformandoli in qualcosa di nuovo[16].

L'incubatore fisiologico di questo *sentiment* sarebbero le compagini di destra ma la novità degli ultimi anni è che anche consistenti frange della sinistra vi si sono accostate, anche ma non solo per ragioni di puro consenso, e hanno provato a tradurre in norme e comportamenti amministrativi questa loro mutata sensibilità.

L'uomo più significativo ed emblematico della nuova stagione è l'onorevole Marco Minniti, ministro dell'Interno nel Governo Gentiloni.

Si deve ascrivere alla sua iniziativa il d.l. 13/2017 convertito nella l. 46/2017, meglio noto, appunto, come Decreto Minniti, contenente *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*.

Il provvedimento, al quale ha collaborato fattivamente il dicastero della Giustizia guidato dal ministro Andrea Orlando, ha puntato su alcune precise direttrici: potenziamento della risposta

[16] Sull'influenza della stampa sulle convinzioni popolari riguardo all'immigrazione, si veda M.E. Saiz de Lobado, M. Bonomi, *Metafora e vita quotidiana: l'immigrazione nella stampa italiana e spagnola*, in M.V Calvi, I. Bajini, M. Bonomi (a cura di), *Lingue migranti e nuovi paesaggi,* Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2014, pp. 115 ss.

giudiziaria e amministrativa alle richieste di protezione internazionale; maggiore integrazione dei migranti ospitati nei centri di accoglienza e nello SPRAR, assicurata attraverso la loro iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente e nella possibilità di coinvolgerli in attività socialmente utili a favore della collettività locale ospitante; migliore identificazione dei punti di crisi nell'ambito delle strutture di accoglienza; trasformazione dei CIE (Centri di identificazione ed espulsione) in Centri di permanenza per i rimpatri ed aumento del tempo massimo di permanenza in tali strutture; procedure di rimpatrio più veloci tramite accordi di cooperazione con i Paesi di provenienza[17].

I numeri desumibili dal "cruscotto statistico" del Ministero dell'Interno testimoniano l'ottima riuscita del Decreto Minniti in materia di sbarchi.

Ad esempio, il cruscotto aggiornato al 30 giugno 2018 evidenzia che nel primo semestre dello stesso anno sono stati registrati 16.566 sbarchi a fronte dei 70.222 dello stesso periodo nel 2016 e degli 83.754 del primo semestre del 2017[18].

Il Decreto ha funzionato.

Ma ha anche imposto prezzi pesanti.

Il primo presidente della Corte di cassazione, Giovanni Mammone, nella sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, ha comunicato che i ricorsi civili in materia di protezione internazionale sono aumentati del 512,4% per effetto della "riforma" Minniti che ha ristretto la possibilità di impugnazione contro i provvedimenti delle sezioni giurisdizionali specializzate in materia di protezione internazionali, limitandola al ricorso per cassazione[19].

Del resto, già all'indomani dell'approvazione della l. 46/2017, da più parti sono state manifestate critiche di principio e di merito alla sostanza del provvedimento.

Si è contestata l'incapacità istituzionale di immaginare soluzione diverse dai CIE per i migranti in attesa di rimpatrio sul presupposto che quel tipo di struttura e la concezione di cui è espressione aumentino il rischio di violazioni dei diritti umani (Patrizio Gonnella, *Antigone*; Valentina Brinis, *A buon diritto*).

Si è rilevata l'erroneità della correlazione tra immigrazione e sicurezza e l'improprietà dell'equiparazione degli operatori sociali delle strutture a pubblici ufficiali (Grazia Naletto, *Lunaria*).

Si è detto (*Associazione nazionale magistrati*), in riferimento al nuovo assetto delle procedure giurisdizionali in tema di protezione, che la nuova legge produce «l'effetto di una tendenziale esclusione del contatto diretto tra il ricorrente e il giudice nell'intero arco del giudizio di impugnazione delle decisioni adottate dalle Commissioni territoriali in materia di riconoscimento della protezione internazionale» e che (Giovanni Canzio) «pretendere la semplificazione e razionalizzazione delle procedure non può significare soppressione delle garanzie. In alcuni casi non c'è neppure il contraddittorio, come si può pensare allora al ruolo di terzietà del giudice?»[20].

---

[17] Il testo del provvedimento in parola è accessibile a questo indirizzo *web*.
[18] I dati di cui al "Cruscotto statistico al 30 giugno 2018" sono pubblicati sul sito del Ministero dell'Interno, a questo *link*.
[19] La relazione è scaricabile accedendo dal sito *web* Europeanrights.eu, a questo *link*.
[20] Si consulti, per l'esposizione delle varie voci di dissenso qui citate, A. Camilli, *Il decreto Minniti-Orlando sull'immigrazione è legge*, in Internazionale.it, 12 aprile 2017, reperibile al seguente link:

Infine, vivacissime critiche sono state sollevate sul *Memorandum* di intesa[21] tra la Libia, in persona di Fajez Mustafa Serraj, Presidente del Consiglio presidenziale, e l'Italia rappresentata dal premier Paolo Gentiloni.

Il documento è stato sottoscritto il 2 febbraio 2017, due settimane prima dell'emanazione del Decreto Minniti, e dunque – si deve credere – tra i suoi scopi c'era quello di propiziare l'immediatezza degli effetti del d.l. prossimo venturo.

Per suo tramite, le Parti contraenti si sono impegnate ad «avviare iniziative di cooperazione in conformità con i programmi e le attività adottati dal Consiglio Presidenziale e dal Governo di Accordo Nazionale dello Stato della Libia, con riferimento al sostegno alle istituzioni di sicurezza e militari al fine di arginare i flussi di migranti illegali e affrontare le conseguenze da essi derivanti»[22].

Non è mancata l'attenzione ai diritti umani. L'art. 5 del *Memorandum* dispone infatti che: «le Parti si impegnano ad interpretare e applicare il presente Memorandum nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte».

Ma qualcosa pare non avere funzionato e le condizioni detentive nelle strutture libiche appaiono tutt'altro che conformi agli impegni assunti nel *Memorandum*[23].

La crescente sensibilità della compagine governativa di centro-sinistra all'equazione sicurezza/immigrazione non ha pagato in termini di consenso e le elezioni dello scorso anno hanno determinato le condizioni per la formazione di una nuova maggioranza a guida M5S e Lega e il *leader* leghista Matteo Salvini ha assunto la guida del Viminale oltre che la vicepresidenza del Consiglio dei ministri.

In piena coerenza con i toni e i contenuti della proposta della sua parte politica, il nuovo ministro dell'Interno ha accentuato le direttrici che il Governo Gentiloni aveva iniziato a percorrere.

Un primo e significativo atto è la direttiva, datata 23 luglio 2018, impartita dal senatore Salvini in tema di servizi di accoglienza per i richiedenti asilo[24].

Vi si afferma anzitutto la necessità di «una rivisitazione del sistema di accoglienza, anche mediante la razionalizzazione dei servizi»[25].

Si precisa quindi che «gli interventi di accoglienza integrata volti al supporto di percorsi di inclusione sociale, funzionali al conseguimento di una effettiva autonomia personale, dovranno continuare ad essere prestati nelle sole strutture di secondo livello a favore dei migranti beneficiari di una forma di protezione, mentre i servizi di prima accoglienza vanno invece rivisitati anche in un'ottica di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica»[26].

---

[21] Il testo del *Memorandum* è scaricabile dal sito *web* istituzionale del Governo, a questo *link*.
[22] Si veda l'art. 1 del *Memorandum*.
[23] Si consultino al riguardo F. Mannocchi, *Migranti, gli accordi con la Libia: la pagina buia del 2017*, in *L'Espresso*, 26 dicembre 2017, e M. Pasciuti,*Torture sui migranti in Libia, Minniti non fa dietrofront sulle scelte italiane: "L'ONU ha visitato i campi grazie a noi"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 15 novembre 2017.
[24] Il documento è reperibile dal sito istituzionale del Ministero dell'Interno, a questo *link*.
[25] P. 1 della direttiva.
[26] *Idem*, p. 2.

Si prescrive che «le singole prestazioni andranno anche rese con modalità diversificate e specificamente individuate, più coerenti con la tipologia di accoglienza. A titolo esemplificativo, la somministrazione dei pasti potrà essere assicurata mediante un sistema di mensa nei centri collettivi o soddisfatta mediante la fornitura di derrate nei casi di ospitalità in appartamenti ecc.; in tale ultima circostanza il servizio di pulizia dei locali potrà essere assicurato dagli stessi migranti previa fornitura di specifici materiali, ovvero con un servizio *ad hoc* nelle strutture di grandi dimensioni»[27].

In sintesi: gli oneri finanziari delle politiche di accoglienza non sono più una variabile indipendente, l'accoglienza integrata si offre solo a chi è già stato riconosciuto meritevole di protezione, i migranti devono contribuire ai servizi di pulizia dei locali in cui sono alloggiati ma gli si devono fornire i materiali occorrenti.

Due giorni dopo l'emanazione della predetta direttiva, precisamente il 25 luglio 2018, il Ministro Salvini si è presentato in Senato, dinanzi alle Commissioni Affari costituzionali del Senato e della Camera dei Deputati, per comunicare loro le linee programmatiche del suo dicastero[28].

Il ministro ha precisato anzitutto che il contrasto ai flussi migratori irregolari è tra le priorità strategiche della sua azione ed è parte integrante del programma di tutela della sicurezza pubblica, unitamente alla lotta contro le mafie ed ogni organizzazione criminale, al potenziamento dell'attenzione investigativa rispetto ai rischi del terrorismo jihadista e ad un'azione ferma e intransigente rispetto alla criminalità diffusa nelle aree urbane.

Ha poi sottolineato il *trend* di costante diminuzione (in misura pari all'86% rispetto all'anno precedente) degli sbarchi di migranti sul territorio nazionale ma, al tempo stesso, non ha nascosto la persistenza di forti elementi di preoccupazione, legati anche all'elevato numero (circa 136.000) di richieste di protezione internazionale ancora in corso di trattazione.

Ha constatato inoltre l'anomalia del nostro Paese, l'unico in Europa in cui la protezione umanitaria è il beneficio maggiormente concesso, e quindi la necessità di richiamare a un maggior rigore valutativo gli organismi deputati a tale concessione.

Occorre poi, a giudizio del ministro, fare tutto quanto serve per prevenire ogni spreco delle risorse pubbliche e a tal fine ha stipulato un accordo con l'ANAC, finalizzato alla predisposizione di un nuovo schema di capitolato d'appalto per le forniture di beni e servizi nelle strutture di accoglienza.

Va ancora implementata la possibilità di ricorrere ai rimpatri volontari e aumentata la platea dei reati la cui commissione determina il trasferimento del migrante in un CPR ai fini dell'espulsione.

A questi impegni programmatici è seguito il d.l. 113/2018[29], meglio noto come decreto sicurezza, convertito nella l. 132/2018.

---

[27] *Idem*, p. 3.
[28] Il resoconto è disponibile a questo *link*.
[29] Il testo del provvedimento, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, 03 dicembre 2018, n. 281, è accessibile a questo *link*.

Quanto ai suoi effetti, si segnalano in particolare: la soppressione della protezione per motivi umanitari intesa come categoria generale e la previsione in sua vece di singole tipologie di protezione speciale, il sostanziale abbandono della distinzione tra prima e seconda accoglienza, la riserva dei servizi di accoglienza integrata solo in favore dei titolari di protezione internazionale e dei minori stranieri non accompagnati, la conseguente esclusione dai medesimi servizi dei migranti che abbiano chiesto la protezione internazionale senza averla ancora ottenuta.

Va infine segnalata la l. 145/2018[30], cioè la legge di bilancio per l'esercizio del 2019, che demanda al Ministero dell'interno di provvedere alla razionalizzazione della spesa per la gestione dei centri per l'immigrazione (tenuto conto della contrazione del fenomeno migratorio), sia alla riduzione del costo giornaliero di accoglienza dei migranti, con una previsione di risparmio di spese nel triennio 2019/2021 di 1,6 miliardi di euro.

10. La vicenda della nave "Diciotti".

10.1. I fatti.

Tra il 15 e il 16 agosto 2018 due motovedette della Guardia costiera hanno compiuto un'operazione di salvataggio di 190 passeggeri, migranti, in larga parte di nazionalità eritrea e somala, che si trovavano a bordo di un barcone in acque appartenenti alla zona SAR (*Search and rescue*) di competenza maltese.

Tenuto conto del peggioramento delle condizioni atmosferiche e del rifiuto delle autorità maltesi di accogliere i passeggeri (fatta eccezione per tredici di loro, per ragioni sanitarie), costoro sono stati trasferiti a bordo della nave "Diciotti", anch'essa della Guardia costiera, la quale, dopo altri giorni di inutile attesa al largo di Lampedusa, il 20 agosto ha attraccato nel porto di Catania.

Ne è seguita una situazione di stallo derivata dal rifiuto del Ministro Salvini di concedere il permesso di sbarco ai migranti.

Solo due giorni dopo il Ministro ha autorizzato, dietro richiesta del Procuratore della Repubblica di Catania, lo sbarco dei minori non accompagnati, e solo il 25 agosto ha acconsentito allo sbarco di tutti gli altri migranti, sei dei quali avviati ad urgenti accertamenti clinici ed esami di laboratorio, gli altri trasferiti all'*hotspot* di Messina per le procedure di identificazione.

La sezione dei reati ministeriali del Tribunale di Catania, cui gli atti sono pervenuti dopo un provvedimento di incompetenza per territorio dell'omologo organo del Tribunale di Palermo e con una richiesta di archiviazione del PM di Catania, ha ravvisato per contro nella condotta del Ministro gli estremi del reato di sequestro di persona pluriaggravato per il periodo compreso tra la data dell'attracco a Catania e quella di cinque giorni successiva in cui il senatore Salvini ha finalmente autorizzato lo sbarco.

Il collegio ha ritenuto che fosse integrata l'ipotesi del reato di natura ministeriale, ricorrendo tutti gli elementi strutturali richiesti: l'elemento oggettivo della privazione della libertà personale inflitta ai passeggeri della "Diciotti", la riconducibilità di tale privazione ad una direttiva del Ministro, la consapevolezza in capo al soggetto agente dell'illegittimità della sua

[30] Consultabile anch'essa sul sito della Gazzetta Ufficiale, a questo indirizzo *web*.

condotta per violazione di varie norme di diritto internazionale pattizio (la Convenzione internazionale SAR in primo luogo), e l'inesistenza sia di cause di giustificazione, particolarmente quella di cui all'art. 51 c.p., sia della natura politica dell'atto di rifiuto che, se esistente, lo avrebbe sottratto al sindacato giurisdizionale. Non esistevano infatti, a giudizio del collegio, finalità di interesse pubblico che potessero considerarsi preminenti rispetto all'interesse individuale dei migranti ad essere accolti e assistiti dallo Stato italiano[31].

10.2. L'esito in Senato.

Tutte queste ragioni non hanno convinto il Senato il quale ha negato l'autorizzazione nella seduta n. 100 del 20 marzo 2019, ratificando le conclusioni rassegnate (a maggioranza) nella relazione della Giunta per le elezioni e le immunità[32], con 237 voti favorevoli e 61 contrari[33].

Il *plenum* ha riconosciuto, in applicazione dell'art. 9, comma 3, l. cost. 1/1989, che il Ministro Salvini ha operato nel perseguimento di un preminente interesse pubblico, che si iscriveva nel «tentativo strategico dell'Esecutivo di risolvere in maniera strutturale il problema dell'immigrazione irregolare attraverso un confronto con le istituzioni europee» ed al quale non è seguito alcun danno o lesione irreversibile ai migranti in attesa sulla nave "Diciotti" (vedi nota 33).

Inutile dire che le valutazioni dei senatori della minoranza sono state per lo più di segno diametralmente opposto.

Merita di essere segnalato, per mera completezza informativa, che, prima della votazione decisiva, il senatore Stefano Patuanelli, capogruppo del Movimento Cinque Stelle al Senato, ha annunciato che sarebbero stati deferiti ai probiviri i colleghi di partito che non si fossero attenuti all'indicazione di votare contro la richiesta di autorizzazione[34].

Le senatrici Nugnes e Fattori, pur facendo parte della stessa compagine, hanno tuttavia annunciato il loro voto in dissenso alle indicazioni del gruppo[35].

11. Gli opposti destini del Sindaco e del Ministro.

Non potrebbe essere più stridente la differenza del trattamento riservato a Domenico Lucano e Matteo Salvini per l'esercizio delle rispettive funzioni pubbliche.

Il primo è stato dapprima posto agli arresti domiciliari e poi sottoposto al divieto di dimora nel luogo che ha amministrato per anni. È stato rinviato a giudizio e attende adesso che il

---

[31] La ricostruzione in fatto qui proposta e le valutazioni tecnico-giuridiche qui descritte sono interamente desunte dalla richiesta di autorizzazione a procedere inviata al Senato a cura della Procura della Repubblica di Catania, classificata agli atti del Senato come DOC IV-*bis* n. 1, reperibile al presente *link*.

[32] La relazione di maggioranza, a firma del senatore Gasparri ed identificata dalla sigla DOC. IV-bis, N. 1-A, è reperibile al presente *link*.
Le relazioni di minoranza, a firma dei senatori Grasso e De Falco, identificate rispettivamente dalle sigle DOC. IV-*bis*, N. 1-A/*bis* e DOC. IV-*bis*, N. 1-A/*ter*, sono reperibili ai seguenti *link*.

[33] Il resoconto sommario della seduta è reperibile a questo *link*.

[34] Si consulti sul punto l'articolo *Diciotti, nell'aula del Senato il caso Salvini. Patuanelli (M5s): "Segnalo ai probiviri chi vota per il sì al processo"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 18 marzo 2019.

[35] Si rinvia, per un resoconto di stampa, all'articolo *Caso Diciotti, il Senato nega l'autorizzazione a procedere per Salvini*, in *RaiNews.it*., 20 marzo 2019.

Tribunale competente decida la sua sorte processuale così come attende di sapere se la seconda *tranche* di contestazioni ipotizzate a suo carico dalla Procura di Locri gli costerà oppure no un aggravamento della sua posizione e un impegno difensivo di ancora più vasta portata.

Matteo Salvini, per contro, non subirà alcun processo essendone stato esonerato dal voto del Senato.

Entrambi hanno avuto un ruolo nella definizione o nell'attuazione concreta delle politiche di accoglienza ai migranti.

Entrambi, nelle rispettive funzioni, hanno rappresentato il volto pubblico offerto allo sguardo dei migranti.

È meglio, tuttavia, parlare di due volti: l'uno, quello del Sindaco, attento all'umanità individuale e collettiva dei migranti ospitati a Riace; l'altro, quello del Ministro, guardingo, preoccupato, diffidente, che non scorge persone ma flussi, per di più costosi.

Dietro questa duplicità si staglia una gigantesca differenza di visione, tra chi vede nel migrante una risorsa preziosa e chi ci vede invece un problema, tra chi pensa che la politica abbia come suo compito essenziale offrire parità di chance a tutti e chi è convinto al contrario che le spetti solo di prendere atto delle differenze che la conformazione delle società umane rende inevitabili.

Nasce da qui e sta in questo il differente destino del Sindaco e del Ministro.

Così come nascono da qui le domande che pure bisognerà farsi.

Dove sia davvero il preminente interesse pubblico, se nell'accoglienza o nel respingimento.

Quale sia il modello che realizza compiutamente l'idea di comunità suggerita dalla Costituzione e quale quello che la nega.

Se quell'idea sia rimasta confinata nella Costituzione formale e ormai scacciata da quella materiale oppure abbia ancora uno spazio nelle coscienze degli individui e nelle formazioni sociali che ne accompagnano lo sviluppo e ne assicurano la rappresentanza.

Se il dibattito debba esaurirsi tra chi plaude all'accoglienza e chi la considera una iattura, senza potere e dovere ambire a una revisione dei principi fondamentali che ci tengono insieme o se invece sia legittima la spinta di chi, in nome di una mutata sensibilità, pretende che si faccia spazio a un'idea comunitaria e a un senso identitario assai più circoscritti ed esclusivi di quanto sia stato in passato.

Solo domande. Nessuna risposta.

Ma sta appunto nelle domande, se c'è, il senso di questo scritto.

In fondo, ognuno deve capire da solo qual è il suo finale perfetto.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

12. *Post-scriptum*.

La vitalità della storia di Riace e del suo modello va ben oltre i confini di questo *reportage*.

La personalità dei suoi protagonisti e la forza e l'assertività delle visioni e delle passioni che li animano sono tali da lasciar presagire che il finale è ancora ben lontano e che molte cose succederanno del suo compimento.

Tre eventi si sono aggiunti a quelli descritti nei paragrafi precedenti e ognuno di essi aggiunge qualcosa alla narrazione complessiva.

Il primo: Domenico Lucano è intenzionato a proseguire il suo impegno pubblico. Non in postazioni di maggiore prestigio e peso politico, non come rappresentante di vasti ambiti territoriali. L'ex sindaco ha deciso di candidarsi nuovamente alle elezioni comunali di Riace e, se gli elettori gli daranno ancora fiducia, li rappresenterà non più come capo dell'amministrazione ma come semplice consigliere[36].

Il secondo: l'11 maggio è stata presentata a Riace la fondazione *È stato il vento*, nata da un'iniziativa di Padre Alex Zanotelli ed altri insieme a lui. Lo scopo è rilanciare, questa volta senza il ricorso a finanziamenti pubblici, le politiche di accoglienza che hanno rappresentato il fulcro dell'azione amministrativa di Riace negli ultimi quindici anni. Domenico Lucano ha chiesto l'autorizzazione a partecipare e il PM ha dato un parere parzialmente favorevole. L'autorizzazione è stata tuttavia negata[37] con una motivazione che, per quanto è dato comprendere dal resoconto di stampa citato in nota, sembra collegata al rischio di inquinamento probatorio che tuttavia era stato escluso già nell'ordinanza cautelare.

Il terzo: l'ex sindaco è stato invitato a tenere una conferenza all'Università romana La Sapienza. Nulla di eclatante, gli è stato solo chiesto di raccontare l'esperienza riacese. Eppure, esponenti di Forza Nuova sembrano avere in animo di bloccare l'iniziativa perché equivarrebbe a un'intollerabile propaganda di programmi di «sostituzione etnica» e sarebbe comunque espressiva di un «*business* dell'accoglienza»[38].

Visioni profondamente opposte, come si diceva, qui riportate in relazione alla storia di Riace, ma destinate a manifestarsi ben oltre i suoi confini e ad esercitare un'influenza di non poco conto nel dibattito pubblico contemporaneo.

---

[36] E. Fierro, *Mimmo Lucano sceglie ancora Riace e dà una lezione all'intero mondo politico*, in *Il Fatto Quotidiano*, 27 aprile 2019.
[37] A. Candito, *Il Tribunale vieta a Lucano di partecipare di partecipare alla manifestazione dell'11 maggio*, in *Il Corriere della Calabria,* 8 maggio 2019.
[38] *Forza Nuova: "impediremo discorso di Lucano alla Sapienza". Il sindaco: "Non mi spaventano"*, in *La Repubblica,* 10 maggio 2019.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Intervista

Intervista a Brandon L. Garrett

Interview with Brandon L. Garrett

di Giuseppe Gennari, Brandon L. Garrett

In your book *End of its Rope. How Killing the Death Penalty Can Revive Criminal Justice*,[1] you observe the drop in death sentences in the U.S. and the growing number of death row exonerations. Flawed forensic science seems played a prominent role in many such wrongful convictions. In your opinion is there a full understating of the potential dangers posed by misuse of forensic science among judges and prosecutors?

In *End of its Rope*, I describe how death sentences have plummeted in the U.S. by 90 percent, since the 1990s. In states like Texas and Virginia, which used to lead the country in death sentencing, **very few are imposed today**. In fact, states that had been top death penalty states, like Virginia, have not imposed a single death sentence in many years. That decline may come as a real surprise to people who still think of the U.S. as a major death sentencing county. Today, only a few counties in a few states still impose such sentences. The chances that anyone sentenced to death is executed are also slight.

One reason why people have become concerned with death sentencing is that **wrongful convictions continue to occur** even in capital cases. Flawed forensic science is an important reason why. Many believe that a wrongful conviction occurred due to faulty forensic evidence in the case of Cameron **Todd Willingham**, a man who was executed in Texas. Nor are forensic errors uncommon in death penalty cases. I describe how twenty people sentenced to death have been exonerated by post-conviction DNA testing in the U.S. Ten of those cases had microscopic hair-comparison evidence, a type so unreliable that the FBI and crime labs in several states have conducted full audits into thousands cases based on such evidence. Two more had fiber comparisons. Two notoriously unreliable bite-mark comparisons, a type of forensics that the scientific community has stated should not be used to identify individuals until meaningful research is done to validate it.

[1] For further details about the book, see B.L. Garrett, *The End of the Rope for the American Death Penalty*, in *this journal*, 17 April 2019.

BY-NC-ND

Indeed, when I examined the trial testimony in the cases of the first 250 people exonerated by DNA testing, in my book *Convicting the Innocent*, I found that in over half of those cases, flawed forensic evidence contributed to the convictions.

In recent years, awareness of this crisis in forensics has grown. The FBI in its audit of hair cases found that in 95% of the cases, analysts testified erroneously. In Massachusetts over 40,000 cases have been ordered reopened due to lab errors. Crime labs in large and small cities, from Chicago Illinois, to Cleveland, Ohio, to Houston, Texas, have been audited or closed, and entire state crime labs, have had cases reopened. States have begun to create forensic science commission to investigate these systematic errors in forensic evidence. However, the responses in the legal system have typically occurred after a major crisis and serious errors have come to light. **Little has been done over the years** to ensure that reliable evidence is used in criminal cases.

The Italian Supreme Court adopted, in a renowned decision, a sort of "Daubert style" checklist for scientific evidence. Did the U.S. Supreme Court's Daubert standard succeed in improving the quality of judicial decisions in the U.S.?

After the U.S. Supreme Court issued its landmark ruling in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* in 1993, lawyers expected that forensic science would finally face scrutiny in court. For decades, judges had adopted an approach in which they did not inquire into the reliability of forensics. They took judicial notice of the admissibility of forensics, or they scrutinized only "novel" scientific evidence. **Daubert could have changed those practices**, since it calls for a multi-factor inquiry into any scientific expert evidence. Following the Daubert ruling, **the federal rules were amended** to detail a required reliability inquiry into expert evidence. Many states also adopted this Federal Rule of Evidence 702, following the federal approach.

However, in response, **few judges have even raised reliability concerns**. Judges have almost completely abdicated their role as gatekeepers: they have been largely silent in the face of this crisis in forensics. **Chris Favbricant** and I studied all state court opinions discussing reliability, in states that have adopted Rule 702. We found very few opinions even discussing reliability and almost none that hold that it is appropriate to exclude evidence on reliability grounds.

It should also be a serious **constitutional violation** to have undocumented, unreliable forensics used in a courtroom. While the U.S. Supreme Court has regulated the right of the defense to confront a forensic witness under the Sixth Amendment, it has left reliability to the trial courts. To be sure, some trial judges like **Nancy Gertner** and **Jed Rakoff** have ruled that forensic experts cannot deliver overstated conclusions in their testimony, and adopted procedures to better ensure discovery on forensic evidence. The National Forensic Science Commission convened by the Department of Justice also issued guidelines regarding discovery and the statements that experts can make when they testify. All of those efforts are a useful first step. However, reliable evidence will not be provided unless judges ensure that only proficient experts and reliable techniques are used in court.

2019 is the decennial of NAS Report *Strengthening Forensic Science in the United States*. In the ten years since its release, what was its impact in court?

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

This year marks the Tenth Anniversary of the 2009 National Research Council Report, *Strengthening Forensic Science in the United States*. That Committee, with leading scientists among its members, concluded that much of forensic evidence used in criminal trials is «without any meaningful scientific validation»[2]. They described «**major problems**»[3] in forensics, including where faulty forensic science leads to wrongful convictions. This was the most cited sentence of the report: «with the exception of nuclear DNA analysis, however, no forensic method has been rigorously shown to have the capacity to consistently, and with a high degree of certainty, demonstrate a connection between evidence and a specific individual or source»[4].

That sentence does not provide any answers, but it does pose a challenge: how can all of the non-nuclear DNA forensics be made reliable, or even tested to find out how reliable they are? In the years since that report was released, there have been some real efforts among scientists to test the reliability of several forensic techniques. Most notable, two black box studies of the reliability of fingerprint testing have been done. Statistical methods have been introduced in fingerprinting and firearms comparisons, although not yet widely adopted.

Still, **very little has changed to date**. The President's Council of Advisors on Science and Technology (PCAST), issued a report that said something more forceful: if we do not know how reliable a forensic technique is, then we should not use it until the basic question is answered[5]. These scientists said some techniques, like firearms comparisons and bite mark comparisons, should not be used in court until the research is done. Other techniques, like fingerprint evidence, were valid, but have surprisingly high error rates. The PCAST report emphasized that jurors must be told about those error rates. Jurors must also be told how proficient a particular expert is. Again, forensic experts, prosecutors, and judges have largely ignored this report.

We need to be sure about the quality of the experts taking the scene in court. Nonetheless, Italian legal system does not provide for any kind of real selection. Moreover, the vast majority of forensic labs is embedded in law enforcement agencies. Which is the situation in the USA? How is it possible to improve the independence and competence of those experts?

There still is no national regulation of forensics in the U.S., although there is no national regulation of forensics in any other country either. No person is infallible and **any technique has an error rate**. Moreover, error rates can be measured. For years no research was done on error rates, perhaps because of the fear that they would uncover how unreliable some forensic techniques truly are. When lawyers tried to challenge fingerprint evidence, the FBI in particular, was extremely aggressive in responding that the «error rate for the method is zero».

Today, **studies are finally beginning to be done**, including due to the Center for Statistics and Applications in Forensic Evidence (CSAFE), in which I am a participating researcher. There was a DOJ and NIST convened National Commission on Forensic Science (NCFS), which was active from 2014–2017. They made a series of recommendations that were real steps forward.

---

[2] *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, 2009, National Academy of Sciences USA, p. 108.
[3] *Idem*, p. 5.
[4] *Idem*, p. 7.
[5] «Where there are not adequate empirical studies and/or statistical models to provide meaningful information about the accuracy of a forensic feature-comparison method, DOJ attorneys and examiners should not offer testimony based on the method» (Executive Office of the President President's Council of Advisors on Science and Technology, *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*, 2016, p. 19).

However, **there is still no independent federal agency** that can regulate forensics and ensure that all methods and experts used are sufficiently reliable. There are still **no national standards** for each of the forensic disciplines. There is voluntary accreditation in the U.S. and in other countries, but it focuses almost exclusively on standards and procedures, and not on the underlying quality of the forensic work. The National Academy Report called for such an independent entity to regulate forensics and emphasized that this was the most crucial recommendation in its entire report. Such regulation does exist in medicine for clinical laboratories in the U.S., due to the concern that errors could result, for example, in errors in cancer screening. Nothing like that exists for the forensic evidence that we use to convict hundreds of thousands of people.

In 2016 Michael J. Saks and Barbara A. Spelmann published a book on the psychological foundation of evidence law. They scrutinized, with the lens of cognitive psychology, the rational (or non-rational) of many procedural rules and praxis. In your opinion could a better understanding of cognitive implications of assessing evidence improve the use of science in court?

Most forensic analysts are hardworking, well-intentioned, careful people. But all professionals are vulnerable to **cognitive biases**. Some shortcuts make our work more efficient but others can lead to terrible mistakes. Forensic analysts do not typically work in a system that is suited to science. Like cops in labcoats, most work for police or prosecutors or both and share the same culture. The goal is to get the bad guys. Police may tell them what to test and not test, or that the suspect already confessed, or that he had a long prior record. Experts use procedures that tend to push them towards a match. They face cognitive biases, like all people do when we reach judgments, and all the more so when we are given vague information to rely on. There are remarkable cognitive bias studies showing how easily top experts can alter and skew their results, whether it is in fingerprint or DNA work, based on extraneous information or pressure from the prosecution or defense. Dr. **Itiel Dror** has co-authored a number of these studies. There are also terrible real world examples of scientists tailoring their results to help prosecutors. In our criminal courtrooms, the lawyers take sides, but we need to keep scientists independent of influence.

There is a simple way to ensure rigorous testing to detect errors if and when they happen, and that is **proficiency testing**. The Houston Forensic Science Center is conducting such tests in about five percent of all of its cases. The examiner does not know that those cases are in fact tests, but the results are later checked by quality staff to measure accuracy. The airport safety authory in the U.S. routinely tests airport screeners with fake bombs to be sure they are attentive and know what to look for, since the stakes are extremely high. Similarly, **we need rigorous proficiency testing in forensics** – the stakes of mistakes are too high.

We are in a time of improvement in many forensic sciences. DNA testing offers more powerful analytical techniques. Big data has come to forensics with expanding forensic databases and machine learning approaches. The risk is that there will be new types of CSI effects, if actors give credit to new untested technologies, not subjected to rigorous empirical testing. What is the path forward?

As **new forensic technologies** have been developed, demand for lab services and backlogs in testing have only increased. Crime labs now process millions of request every year, as more and more criminal cases depend on forensic testing. The FBI led national efforts to

expand the size of increasingly massive forensic databases, which they search to generate new leads. People do not need to be arrested or convicted of a crime to be searched in a database; for example, facial recognition databases contain millions of faces from airport footage, social media, and driver's licenses. These databases create new leads but also new risks. For example, Oregon lawyer **Brandon Mayfield** had his fingerprints erroneously matched by three FBI agents to evidence from the scene of the Madrid train bombing. He had never even been to Spain, but his prints were linked through a large database.

Law enforcement increasingly use new databases, new computer programs to search through them and generate links, and they purchase new technology from companies marketing rapid DNA machines, facial recognition algorithms, and other programs, many of which have unknown reliability. More and more matching is happening, but we still do not know how reliable it all is. Judges must ensure that this information is carefully tested and is valid before it is used in court.

As technology creates **more challenges** for forensics, more scientists have taken up the challenge that the National Academy of Sciences Report posed to the world, to define what a "match" really means using statistics. Hopefully new efforts to use blind proficiency testing, quantitative methods, will continue to inform practices in crime labs and the courts.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Pronti… via! Perché è necessaria una "svolta"

Seconda parte.

di Luca Santa Maria

1.

Che cosa è il Diritto Penale? Chi crea il Diritto Penale? La Legge e solo la Legge? Quale rapporto c'è tra Diritto e Legge? E tra Giudice e Legge? Tra Giudice e Diritto? Che cos'è la Giustizia? È possibile, o addirittura doveroso, costruire un concetto di Giustizia o almeno un nucleo fondamentale di valori su cui tutti dobbiamo concordare ragionevolmente e che chiamiamo Giustizia? O facciamo bene a continuare a chiamare – al solito modo – il Diritto come se fosse sinonimo di Giustizia? È possibile che la Legge sia ingiusta e che il Diritto Penale, cionondimeno, possa e debba essere conforme a Giustizia, perché altrimenti non è Diritto? Quando la Legge non è conforme a Giustizia, può – o deve, ed eventualmente a quali condizioni – il Giudice disapplicarla con una sorta di **obiezione di coscienza?** La Giustizia può essere fonte di **cause di giustificazione** che siano fondate sulla Giustizia, e che facciano venir meno l'antigiuridicità di fatti conformi al tipo di reato scritto della Legge?

Sono tutte domande difficili, alcune persino **antiche quanto è antico è il diritto** (che, a loro volta, richiamano antiche dispute tra giusnaturalismo illuminismo e positivismo giuridico e tante altre ancora), ma sono anche le uniche domande, o le poche domande, cui abbia senso davvero provare a rispondere.

È d'uso, però, nel gioco linguistico della dogmatica corrente, chiudere il discorso su queste domande prima ancora di averlo aperto e concludere che quelle sono tutte domande filosofiche e non giuridiche (sebbene sia ovvio che anche questa risposta è una risposta… filosofica).

Il giurista positivo tende a considerare la filosofia del diritto un po' come si dice che la serva di Tracia considerasse il filosofo Talete, quando, per voler guardare le stelle, egli finì in un pozzo e la serva se la rise a crepapelle.

(cc) BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Alla domanda: «che cosa è il diritto penale?», i dogmatici hanno quasi sempre risposto: «**il Diritto Penale è quello che la Legge dice che è**» e **la tautologia certo contiene un'inconfutabile potenza di verità logica**, ma anche **una altrettanto totale irrilevanza epistemologica** (la tautologia non dice del mondo nulla più di quel che già non sappiamo) che, però, è **tutt'altro che innocente** sul piano giuridico, perché evidentemente accorda il nome di Diritto a qualunque Legge, foss'anche la più odiosa.

2.

Senza preavviso o quasi, però, pare che tutto sia cambiato.

Quando la giurisprudenza CEDU interpreta l'art. 7 della Convenzione nel senso che **la materia del diritto penale esiste e non è solo forma**, e che **il Giudice Penale è un fonte sostanziale del diritto penale**[1], lo spettro della filosofia – che vuol dire necessità di un pensiero forte sulle domande difficili di prima –, riappare all'improvviso, come la polvere che avevamo messo sotto il tappeto con la trovata della tautologia.

Dover prendere atto che il Giudice è fonte sostanziale del Diritto significa dire che **il Diritto Penale è più ed è anche altro della Legge** e, poiché la CEDU è diritto positivo nel nostro diritto (alle condizioni che la stessa Convenzione precisa e che l'Italia ha accettato), le domande filosofiche dell'inizio diventano… **domande di diritto positivo che non si possono più eludere**.

La CEDU non si ferma infatti **alla definizione tautologica di diritto penale**, forse perché sa che la legge può essere il capestro cui spesso è stata appesa e fatta morire la giustizia (i peggiori orrori della storia umana sono avvenuti sotto la solida protezione di una legge) e per questo prova a costruire **una definizione materiale** – cioè **non tautologica** – di che cosa sia "diritto penale".

I **criteri euristici** – i cosiddetti criteri di Engel[2] – non sono, probabilmente, l'espressione più profonda del pensiero possibile intorno all'abissale domanda del che cosa è diritto penale, ma danno **l'impressione d'essere comunque preferibili allo stratagemma della tautologia** cui, troppo facilmente, ci siamo abituati noi.

Ora che c'è la CEDU, il cuore del problema penale è la **prevedibilità del diritto penale "materiale", che è anche e soprattutto il diritto penale creato dal Giudice**[3].

Prima no, invece?

3.

Che cosa è, allora, la materia del diritto penale, se la tautologia formale non va più?

---

[1] F. Viganò, Il nullum crimen *conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017.

[2] Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 223. Secondo da Corte, al fine di affermare l'esistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente i seguenti tre criteri (noti appunto come criteri di Engel): *i)* la qualificazione giuridica della misura; *ii)* la natura della misura; *iii)* la natura e il grado di severità della "sanzione".

[3] La dottrina ha in particolare osservato che «la diffusa scoperta, nella recente riflessione dottrinale e nella stessa giurisprudenza, del possibile impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul sistema penale ha provocato una serie di onde telluriche che hanno condotto a rimettere in discussione la fisionomia dello stesso principio di legalità in materia penale»; cfr. F. Viganò, *Il* nullum crimen *conteso*, cit., p. 5.

Nella letteratura penalistica recente si trovano espressioni secondo cui la **sanzione penale è punitiva-afflittiva**, mentre **la sanzione non penale, amministrativa, è (prevalentemente) preventiva**[4].

A parte l'ambiguo uso dell'avverbio "prevalentemente" (quanto prevalente?), liquidare il problema così pare troppo facile, anche perché la dottrina penalistica, quando, su un tavolo diverso, deve giustificare e fondare la pena, scrive quasi sempre che la giustificazione e il fondamento della pena – *a la* Beccaria – stanno nella **prevenzione**, o almeno prevalentemente nella prevenzione – *ne peccetur* –, e non, almeno prevalentemente, nella punizione, cioè nella **retribuzione** – *quia peccatum est* – a la Kant.

Perché, invece, quando si tratta di definire la "materia" penale, e quindi la pena e il suo scopo, **vien fuori l'opposto**, e cioè che **la retribuzione e non la prevenzione** sono, (prevalentemente), gli attributi che giustificano e fondano la pena stessa?

La nostra cultura non ha ancora fatto davvero i conti con il rapporto tra prevenzione e retribuzione, **paradigmi tra loro forse incommensurabili**, che invece sono usualmente mescolati tra loro in modo informe, tanto che si deve dare piena ragione a Nietzsche che, ne *La genealogia della morale*, rilevava che **non esiste più una definizione** dello scopo della pena perché le definizioni sul mercato delle idee sono ormai troppe, e ciò vuol dire che, forse, non esiste più la possibilità di una accettabile definizione di che cosa è diritto penale.

Le domande proposte all'inizio, dunque, sono **tutte aperte e a tutte dovremmo prepararci a rispondere**, e intanto dobbiamo constatare lo stato di difficoltà estrema della cultura penale italiana che non riesce a trovare **una buona definizione, non tautologica, di che cosa è il diritto penale**.

Bisognerà in futuro sapere qualcosa di più di filosofia e, magari, qualcosa meno di diritto?

4.

La domanda che cosa sia diritto penale materiale chiede però una risposta perché i problemi, quelli veri, non aspettano i tempi lunghi delle elaborazioni dottrinali.

Vediamo nascere ed ampliarsi nell'ordinamento un ambiguo **mondo di nuove e spesso disarticolate misure** che sorgono ovunque, e per esse il problema grave e urgente è, **prima di tutto**, la discussione sulla loro **giustizia ed utilità.**

Di fronte a questo brulicare ambivalente di oggetti volanti poco identificati, pare **necessario estendere la "materia" penale il più possibile**, perché forse è questo l'unico modo per provocare discussioni serie su questo **magmatico mondo di nuove forme di esercizio di potere sull'uomo**, ed evitare così che esse passino sotto silenzio.

Mi ha molto colpito, ad esempio, la lettura di un documento del CSM[5] che prevede **lo sradicamento dei minori dalle famiglie d'origine**, per la sola ragione che nella famiglia qualche uomo o donna siano sospettati, o magari siano anche stati condannati, per associazione mafiosa.

[4] F. Viganò, *Il* nullum crimen *conteso*, cit., pp. 7 ss.
[5] Cfr. la Risoluzione *La tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata* del 31 ottobre 2017.

Penale o non penale? Ma, prima ancora, è giusto o no? È utile o no?

I problemi che si aprono sono vastissimi.

DPU proverà a seguire l'evoluzione o l'involuzione dell'ordinamento complessivo di questo mondo così poco trasparente ancora.

5.

Intanto, sul tema della demarcazione tra materia penale e materia non penale, la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi più volte nelle ultime settimane. Non tutto, però, è chiaro.

La Consulta ha deciso, ad esempio, che la confisca del profitto per equivalente è diversa dalla confisca del profitto[6], e col dire questo è caduta in una **contraddizione evidente**, poiché se la prima confisca è penale e la seconda no, vuol dire che le due confische hanno diversi oggetti, che non sono equivalenti, ma **questa conclusione è negata dalle premesse del ragionamento**.

Se il profitto della confisca indiretta, infatti, **è equivalente** al profitto della confisca diretta, la conclusione deve essere che le due confische hanno anche **equivalente natura giuridica,** cioè o tutt'e due penale o tutt'e due non penale: la confisca diretta e quella per equivalente dovrebbero cioè avere **un'unica natura**, penale o ripristinatoria, preferibilmente ripristinatoria (perché l'ordinamento non ha il compito di evitare che il reo si affligga per la perdita dell'equivalente del profitto del suo reato), come **il risarcimento del danno**, che sanzione penale non è ma per il quale è da sempre ovvio che il risarcimento sia doveroso **anche** per equivalente.

Altri spinosi temi sono stati appena sfiorati.

Ad esempio la Consulta ha deciso che la confisca del prodotto del reato è una pena, e quindi, **la norma che la prevede è norma penale ed anche illegittima perché** «conduce, nella prassi applicativa, a **risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati**»[7] **rispetto al profitto**. Già Beccaria, però, aveva scritto a chiare lettere (che tuttora sono la bibbia del penalista italiano), che la pena, cioè la disutilità, **deve eccedere** il vantaggio, cioè l'utilità, che il reo si attende dal reato. La pena deve cioè eccedere il profitto e, di quanto debba eccedere, e se vi sia un limite, è decisione discrezionale del legislatore e deve essere presa, ancora una volta, sulla base di una certa **teoria dello scopo della pena**.

La Consulta – con l'argomento della materia penale – ha così potato alcuni rami penali dall'albero del Testo Unico Finanza, e **queste sentenze hanno oggettivamente aiutato una categoria di rei**, gli *insider*, **e il loro sacrosanto diritto di proprietà** che, normalmente, è forse già ben garantito (credo che non ve ne sia nemmeno uno, di *insider*, in prigione mentre scrivo).

Attendiamo che la Consulta si pronunci su **tante altre vaste aree della criminalità dei più deboli**, dove di garanzia – reale e non solo declamata – c'è assai più bisogno di quanta ve ne sia già nei ristretti campi **della criminalità dei potenti** (ci sono, nel diritto penale, **innumerevoli**

[6] Corte cost., sent. n. 223 del 5 dicembre 2018. Con tale pronuncia la Corte, sulla base della ritenuta natura penale della confisca del profitto per equivalente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della relativa norma del TUF (art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998) nella parte in cui consente l'applicazione retroattiva della sanzione.
[7] Corte cost., sent. n. 112 del 10 maggio 2019 (cfr. § 8.3.6).

casi di sproporzione tra pena e fatto, o tra pena e colpevolezza del fatto che attendono di essere sanati con urgenza forse superiore a quelli del TUF).

Non mancheremo di dedicare a questa giurisprudenza *in fieri* l'attenzione che merita.

Non dimentichiamo però che la primordiale **garanzia,** almeno quella che più di ogni altra conta, è **che il diritto penale sia giusto e utile**, e questa primordiale garanzia vale per **tutto** il penale "formale e materiale", anche quello su cui non v'è controversia a definirlo, nell'uno e nell'altro modo.

6.

Il diritto penale, quindi, che vogliamo giusto o utile, è la legge o la sentenza del Giudice? O tutt'e due?

Per la CEDU è semplicemente ovvio che anche il Giudice, con la sentenza, costruisce e decostruisce, amplia o restringe, reati: usa il linguaggio della legge ora in un modo ora nell'altro; in una parola, **è ovvio per la CEDU che il Giudice sia fonte del diritto penale**.

I pericoli dell'uso e dell'abuso del diritto penale che infierisce sull'uomo, vengono **non da una legge**, che è solo – come vedremo – un insieme di segni che debbono essere interpretati, ma da una sentenza del giudice che, **interpretando la legge in uno dei tanti possibili modi**, ha creato il diritto penale che si abbatte sull'uomo ovvero lo risparmia.

È sempre l'uomo che fa il bene o il male dell'altro uomo.

Per noi però non è così, però, o meglio abbiamo creduto da sempre che non sia così.

Ci siamo aggrappati alla legge e forse abbiamo dimenticato il diritto.

Gli argomenti che prima ci convincevano che il Giudice non fosse fonte del diritto penale, ora però non ci convincono più.

Si dice che è "fisiologico" che i giudici dissentano sul significato della proposizione linguistica (accade ogni giorno e sulle materie più disparate), ma questo vuol solo dire **che è fisiologico che i Giudici siano fonti del diritto penale**, cioè creino e distruggano reati, perché qualunque dissenso su qualunque **sfumatura di significato** della proposizione linguistica che è la legge **modifica**, tanto o poco non importa, **il contorno della fattispecie legale**, *il Tatbestand*, cioè il che cosa sia reato e che cosa no.

7.

Ogni qual volta il Giudice si immerge nel testo della disposizione di legge, nei segni linguistici della legge, non può esimersi dalla **operazione psicologica di spiegazione e comprensione** (per usare le parole delle due tradizioni di pensiero della filosofia del diritto, l'una analitica e l'altra ermeneutica) **del significato o del senso del testo fatto con quei segni**.

È un'operazione nella quale **il Giudice mette in gioco se stesso**, il proprio mondo, la propria forma di vita.

Il diritto – il rapporto tra Legge e Giudice – ha funzionato sempre così.

Raccomandare che il Giudice, quando interpreta la Legge, faccia del suo meglio combattendo – popperianamente[8] (Popper non c'entra nulla, perché il filosofo, quando parlava di falsificabilità, si riferiva ad ipotesi empiriche e non a contenuti logici di proposizioni linguistiche!) – con se stesso, per non oltrepassare i limiti, che sono le scelte di incriminazione operate dalla legge, è a dir poco ingenuo.

Chi dice quali siano e dove stiano codesti limiti?

Chi, se non **un altro interprete**, o altri interpreti? L'uno e gli altri contesteranno l'interpretazione del primo interprete, da loro non approvata, sostenendo che essa non tiene abbastanza conto delle scelte punitive del legislatore, e la loro invece sì; ma il primo interprete risponderà che, all'opposto, proprio la sua interpretazione è ossequiosa davvero delle scelte del medesimo mitico, e inesistente, legislatore!

Chi ha ragione e chi torto?

Il diritto penale vivente – l'altro, quello morente, conta assai meno – **non è mai unico**, ma sempre e costantemente **plurimo e controverso**, e se in questo modo si danneggia il mito della certezza della legge, vuol solo dire che il mito era appunto un mito.

Lo spettro dell'imprevedibilità della sentenza del Giudice affiora ovunque e il caso Contrada[9], da cui tutte le discussioni sono nate, è solo il più famoso.

8.

Il principio della riserva di legge – così ci diciamo – è chiaro nello statuire che **solo la legge può fare e disfare reati**, ma questo principio, come abbiamo detto, **non può esser vero, non è mai stato vero**, è solo un mito o l'espressione di un'ideologia, e non compete alla Costituzione permettere o vietare, perché **l'uomo non può essere diverso da quel che è, nemmeno il Giudice**.

Nessuna Costituzione può far sì che l'uomo non pensi e non senta così come realmente pensa o sente: **l'esperienza umana, talvolta troppo umana, dell'interpretazione e della comprensione**, non può essere qualcosa d'altro da quel ch'essa è (e che in così grande parte ci resta tuttora oscura nei suoi moventi primari).

L'evidenza che il Giudice ogni giorno fa e disfa reati, cioè costruisce e decostruisce il diritto penale, costruendo e disfacendo fatti, è assolutamente chiara, quasi auto evidente – è stata più e più volte provata dalla grande filosofia dell'ermeneutica del XIX e poi ancor più del XX secolo –, ma è stata **rigettata, o meglio ignorata, e quindi rimossa,** dalla nostra cultura penalistica.

[8] F. Viganò, *Il* nullum crimen *conteso*, cit., p. 11.

[9] Corte EDU, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015.

Il terremoto ora c'è – in verità c'è sempre stato –, ed è davvero pericoloso.

Siamo di fronte a un rilevante **slittamento di paradigma**.

Il baricentro del diritto penale va spostandosi dalla Legge al Giudice, e, se ne può star certi, questo cambierà (quasi) tutto.

È bene che il materiale rimosso nell'inconscio torni alla luce.

Può darsi che dietro la maschera illuminista della **supremazia delle legge sul giudice**, **ci sia sempre stato il vuoto**, e **il vuoto è *il significante senza significato*** o, il che è peggio, ***il significante compatibile con ogni possibile significato***, il relativistico "tutto va bene", e quindi **il pericolo che l'intero discorso del e sul diritto penale sia da rifondare tutto o quasi**, per impedire la **deriva soggettivistica** – e populista – che chiunque non sia cieco vede crescere ogni giorno di più.

Può venir alla luce che abbiamo sbagliato quasi sempre quando abbiamo fondato il diritto penale sul **mito della legge** e che il tempo del populismo penale sia anche, e soprattutto, l'effetto della **debolezza innata e progressiva della ragione penale liberale**.

Non sono gli altri i cattivi, ma noi i deboli che non sanno fermare i cattivi.

9.

Il dogma illuminista che identifica il Diritto con la Legge, e finge di credere che il Giudice sia solo la bocca della legge, **non è infatti né innocente né ingenuo, perché forse la debolezza della ragione penale è stata voluta proprio così com'è.**

Negare o minimizzare il **potere creativo** di Diritto **del giudice** e, al contempo, enfatizzare il monopolio della Legge, è sempre parso a noi tutti la migliore delle garanzie possibili, perché **il diritto penale diventava finalmente certo e prevedibile**, ma è facile dimostrare che questo ottimismo era francamente eccessivo, e nasceva (nasce) da una debole cultura intorno **a che cosa sia e a come funzioni il linguaggio**.

Credere al mito della legge significa volere – o perlomeno accettare il rischio – che l'enorme potere del Giudice, che applica la legge, **venga collocato in secondo piano, sullo sfondo, nella terra di nessuno** e quindi sia lasciato **fuori controllo** (per Kelsen **la giurisprudenza non era nemmeno scienza del diritto,** perché la sentenza è mero atto di volizione – decisione, diceva invece Carl Schmitt – quindi sempre opera creativa)[10].

Per noi, invece, proprio perché vorremmo **prendere sul serio** quei principi di garanzia, e, tra tutti, la garanzia che il diritto nasca giusto e utile, si deve muovere dalla non più negoziabile premessa che il Giudice è **la vera pietra angolare** del processo di produzione del Diritto.

DPU lavorerà all'interno del grande cantiere della **reale efficienza dei principi di garanzia** del nostro sedicente diritto penale liberale, anticipando che, almeno a mio parere, questi principi – belli da declamare nei convegni e nei simposi – **non pare che godano di grande salute**

[10] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000.

e, se questo è vero, sarà un impegno di DPU provare a capirne le ragioni.

Le garanzie andranno lavorate di nuovo con strumenti nuovi, e prima ancora andranno tutte riorientate sul Giudice, e non sulla Legge, e quindi – essenzialmente – ripensate.

Già s'intravvede che la materia della successione del diritto – e non della legge – nel tempo produce problemi impensabili a chi aveva creduto che bastasse studiare *in vitro* la legge più favorevole e quella meno favorevole, perché il problema slitta al punto di dover considerare quali effetti producano **i cambiamenti repentini di giurisprudenza** sia *in malam partem* sia *in bonam partem*, e il penalista onesto non sa più che cosa dire.

10.

La legge non sparisce, tutto al contrario; essa prende la rilevanza che ha nell'ambito generale **delle leggi sul linguaggio,** perché **la legge è un testo, una proposizione linguistica**, e il testo non vive senza un interprete, cioè senza il Giudice, che da quella proposizione trae il significato che è il diritto.

Prima della prima interpretazione, il testo della legge non è diritto e, dopo la prima interpretazione, e poi la seconda e la terza e così via, c'è solo **un complesso conflitto di significati** confliggenti del medesimo testo di legge, che debbono essere pragmaticamente risolti in qualche modo.

Non ha molto senso continuare a sperare di poter respingere l'interpretazione B *praeter legem* e quella C *contra legem,* perché un'interpretazione A *secundum legem* non c'è o c'è solo nei casi facili, che sono meno importanti.

L'illusione, questo *wishful thinking*, dell'interpretazione *secundum legem*, ci toglie il pensiero di dover fare davvero i conti col problema abissale che **non c'è mai una sola interpretazione *secundum legem***, e che il più che si possa sperare è che, **nel conflitto perenne tra interpretazioni**, si possano davvero trovare alcune condizioni epistemiche per far convenire tutti gli attori del gioco linguistico del diritto su **alcune effettive regole d'uso** delle parole che stanno nel testo della legge.

Le ragioni per cui si possa però dire che l'interpretazione A è meglio di quella B e di quella di C, non sono però quelle, troppo semplici, dei **canoni ermeneutici correnti:** l'interpretazione letterale –; che nega il problema perché non vede che proprio il linguaggio comune cela le peggiori trappole ermeneutiche –; l'intenzione del legislatore – che non esiste –; l'intenzione della legge – come se la legge portasse in grembo l'essenza del suo significato –; il significato secondo il sistema – ma il sistema esiste solo nella fantasia di ci vuol credere –; tutti sono **espedienti retorici** per mascherare **la volontà dell'interprete di far prevalere A, B o C** che, alla fine, è l'unico criterio di interpretazione oggi praticato.

Per dirimere le antinomie che si creano ogni giorno nel diritto per effetto dei continui conflitti di interpretazione ci vuole ben di più, si dovrà attingere alla **più sofisticata e razionale conoscenza del linguaggio, dell'uomo e del mondo.**

Pensare ancora che **l'interpretazione della linguaggio della legge**, sia – come pure vien

scritto anche oggi[11] – affare della "teoria del diritto" e non della "dogmatica del diritto", è come dire che la lettura e la comprensione delle note scritte sullo spartito musicale non siano compito del musicista, ma solo del filologo o, al più, del critico musicale.

L'interpretazione, allora, è il più grande dei problemi del penalista.

11.

Sfiorato il problema linguistico del diritto, ora dobbiamo fare altrettanto col problema epistemologico del diritto, che è il problema **della pervasività e dell'inevitabile incertezza che grava su qualsiasi processo di conoscenza che l'uomo intraprenda sul mondo**, e quindi la necessità assoluta – oggi non praticata – di potenziare la ragione penale, incorporandovi, realmente e non illusoriamente, **la probabilità e le leggi della sua logica**.

Anche la scienza ha vissuto nel XX secolo (e in parte ancora vive) **il problema della incertezza della base empirica** su cui prima credeva di poggiare, tant'è che il citatissimo Popper scrisse la celebre metafora della scienza che, come una palafitta, affonda i suoi sostegni nell'acqua melmosa.

Si può allora credere che un campo come il diritto penale, che ancora fa sopravvivere al suo interno labilissimi concetti – come il concetto di **indizio –** che poggia sulle malfermissime gambe di oscure **massime di esperienza**, e che pretenda comunque di saper inferire dalla premessa incerta la conclusione incerta, senza aver appreso **le leggi della probabilità logica o epistemica**, e ciononostante creda che la condanna poggi su una prova certa BARD, *Beyond Any Reasonable Doubt* (al di là di ogni ragionevole dubbio), senza vedere **l'evidentissima contraddizione**, non viva una crisi epistemologica ancor più grave, e se la cavi meglio della scienza?

Se **la scienza è incerta**, il **senso comune,** che è la matrice delle massime di esperienza che si dice che il giudice usi (ma codeste massime ben di rado sono esplicitate), **è ancora (e non di poco) più incerto**.

Il giudice, oggi, è tra Scilla – che è **la scienza** che non conosce, e ogni giorno di più si presenta nella sua aula, perché ogni giorno di più la scienza diventa importante, e sempre più lo sarà per capire i fatti del mondo – e Cariddi – che è **il senso comune**, che spiega il mondo assai meno e in modi molto più oscuri e vaghi della scienza –.

Giuristi, teorici e pratici, scrivono, talvolta, di **probabilità, incertezza e fallibilità**, ma si vede lontano un miglio che stanno descrivendo il diritto penale che vorrebbero e non il diritto penale che è.

L'epistemologia, cioè pensare **le regole che limitino e canalizzino per davvero verso la ragione il troppo libero convincimento del Giudice**, è l'altro grande problema del penalista.

12.

[11] F. Viganò, *Il* nullum crimen *conteso*, cit., p. 12.

Arrischio una sintesi estrema di quel che penso che DPU debba fare.

Se il Giudice è la pietra angolare del Diritto, al **centro del diritto penale** stanno, da una parte, la *quaestio iuris* e, dall'altra, la *quaestio facti*, le quali però, come già osservato[12], non sono così separate come l'ideologia illuministica e positivistica ci ha fatto pensare.

La (ri)scoperta della centralità del Giudice, cioè dell'interprete, nella creazione di diritto, impone un **riorientamento generale** – diremmo *gestaltico* – **del Diritto dalla Legge alla Sentenza**.

Appaiono sulla scena **due problemi**, che sono giuridici prima ancora che filosofici.

Da una parte (ne abbiamo appena accennato), l'interpretazione della proposizione linguistica a caccia del significato – **la linguistica del diritto** che non è, come si vorrebbe, materia per filosofi e non per giuristi – e, dall'altra parte, la conoscenza giudiziaria del fatto – l'**epistemologia del diritto**, neppure essa appannaggio dei soli filosofi – e, per di più, l'una operazione intrecciata con l'altra.

I **due processi conoscitivi** – che sono, come abbiamo già detto, processi soggettivi ma, come diremo poi, non per questo irrazionali ed arbitrari – **sono l'uno intrecciato nell'altro**, perché così funziona il **peculiare gioco linguistico del diritto**.

La cultura umana del XX secolo è arrivata ad accettare **la centralità del linguaggio nella vita dell'uomo**, la filosofia del diritto l'ha compreso (sia nel versante analitico sia in quello ermeneutico), ma **la dogmatica penalista ancora no.**

Così come, da tempo, la cultura umana conosce la **pervasiva incertezza che avvolge ogni tentativo dell'uomo di conoscere il mondo**, e l'incertezza ha invaso anche la scienza empirica, la dogmatica penalistica è rimasta indietro, perché ancora finge di esigere **livelli di certezza nella conoscenza che l'uomo non ha, né può avere mai**.

13.

Abbiamo usato la metafora del "cantiere aperto" per dare un nome al **progetto culturale** che sta alla base di DPU. In breve, intendiamo aprire programmi di ricerca senza conoscere in anticipo quali saranno le conclusioni cui perverremo (se a qualche conclusione davvero perverremo).

In coerenza con quanto sin qui detto, possiamo e dobbiamo partire dai **due grandi problemi che, per noi, sono i problemi del metodo del diritto**: **la linguistica** – ove cercheremo le tracce di una migliore e più potente teoria dell'interpretazione della proposizione linguistica che è la legge – **e l'epistemologia** – ove invece cercheremo di trovare le tracce di un diritto penale della prova che sia più coerente e all'altezza della cultura contemporanea.

Tutto il **meccanismo della macchina del diritto penale sta qui**, tra **linguistica giuridica** – scienza da inventare, naturalmente con l'ausilio della linguistica, della semiotica generale e della filosofia del diritto – ed **epistemologia giuridica** – scienza da rifondare, e di cui i penalisti faranno bene a reimpossessarsi, dato che ora essa è coltivata solo o quasi **solo da filosofi**, fatta

[12] Cfr. L. Santa Maria, *Perché è necessaria una "svolta". Parte 1*, in *questa rivista*, 2 maggio 2019, p. 11.

salva qualche mirabile eccezione.

Questi sono i primi "cantieri".

Quale sarà il **metodo** che seguiremo per cercare di ricostruire il metodo del diritto, cioè della costruzione del diritto, tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*?

Le regole del gioco saranno le regole del **corretto agire comunicativo**, per dirla con Habermas[13], cioè la ricerca dell'intesa razionale attraverso **la dialettica di plurimi pensieri e saperi**, convinti come siamo che, nel nostro tempo, **non possano più esistere discipline tra loro nettamente staccate e l'una ignara dell'altra**, ma solo faticosi sentieri che si aprono mentre si cammina nella foresta, come quando si deve riparare la nave mentre affronta il mare, senza potersi permettere comode soste in un porto tranquillo che non c'è, cercando aiuto ove se ne può trovare, perché, se le discipline sono ancora molte, il problema del diritto penale – **la sua giustizia e la sua utilità** – è sempre **uno e terribile**.

Proveremo a breve a proporre le prime riflessioni intorno alla regole del metodo di lavoro che si farà nei cantieri aperti.

14.

I due problemi di cui si è detto sinora, alla fine, sono uno solo.

Il criterio di demarcazione tra verità di ragione – che si trovano nel significato della parola – e verità empiriche – che si trovano con la conoscenza del mondo – o, se volete, tra verità analitiche e verità sintetiche, è **un confine mobile**, mai chiaro e distinto, **sempre o quasi oggettivo e soggettivo insieme**.

Nel XX secolo **il positivismo o empirismo logico è caduto proprio qui**, su questa linea di confine che, se c'è, è assai labile e quasi non si vede.

Dobbiamo anche noi tener conto dell'assunto pragmatico che la definizione di un concetto coincide col metodo della sua verificazione empirica, il che vuol dire, nel nostro gioco linguistico, che **la definizione di ogni concetto del diritto penale *equivale* alla sua provabilità nel processo penale**.

Avremo modo di dire che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella celebre sentenza Franzese[14], sulla causalità, si è mossa su questa rotta, laddove ha definito il concetto di causalità, usando il concetto di "probabilità logica", ed è come se avesse detto – magari inconsapevolmente – che **la causalità individuale equivale al controllo del suo grado di provabilità**, e che il sentiero per raggiungere la prova del concetto sostanziale è coincidente con una serie di concetti – come quello di "esclusione di processi causali alternativi", ed altre euristiche – che sono **allo stesso tempo processuali e sostanziali**.

La Cassazione ha fatto quindi uso del concetto di "probabilità logica" lavorandolo **tra definizione sostanziale e prova processuale**, ma ora bisogna far di più, poiché quella importante sentenza non ha rischiarato ancora **che cosa sia questa "probabilità logica", e quali siano le**

[13] J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica*, Il Mulino, 1986, pp. 603 ss.
[14] Cass. pen., SS. Un., 11 settembre 2002 n. 30328.

regole con cui questo concetto, che risuona così bene (viene detto anche credibilità razionale), funzioni davvero e quindi ha lasciato nell'incertezza sia che cosa sia la causa, sia che cosa sia la prova della causa.

La **frattura culturale** tra diritto e processo, quindi, è **artificiale**, e deve essere sanata, perché l'uno è lo specchio dell'altro, due punti di vista sul medesimo oggetto, che è dinamico e mutevole ogni giorno, che è il processo della **costruzione della sentenza del giudice che è il Diritto**.

Scopriremo, lavorando il cantiere dell'epistemologia, che **la probabilità logica è sempre una probabilità soggettiva**, che non per questo deve essere per forza una probabilità arbitraria, ma, affinché non sia tale, è necessario che il Giudice apprenda le leggi della probabilità soggettiva, o *bayesiana*, o logica.

Diritto penale e diritto del processo penale – diritto e fatto – oggi sono separati in casa, ma non debbono più restare disuniti, l'uno inconsapevole dell'altro.

15.

Tutto qui?

No.

Forse il problema, o meglio, uno dei problemi, sta appena più sotto di quelli che abbiamo evidenziato, perché il **Giudice è… un essere umano** e quindi, alla fine, tutto il discorso sul diritto penale potrebbe essere riducibile, un giorno, **ad un immane problema di psicologia umana.**

Nella **psicologia**, alla fine, stanno le risposte alle domande di prima: «che cosa è diritto?» «che cosa è il linguaggio? », «come funziona la facoltà del giudizio umano?», «che cosa è giusto e che cosa ingiusto?», ecc..

Che cosa è, alla fine, il giudizio di un uomo?

Anche la logica e l'etica della ragione umana sono prodotti del cervello umano, abile a fare alcune cose e anche disabile a farne altre (ad esempio, pensare strutturando il pensiero con le regole della logica induttiva o della statistica).

La psicologia dei *bias* e delle euristiche del cervello umano che spiegano **come il cervello pensa**, conterà alla fine probabilmente più della logica, cioè delle regole intorno a **come il cervello deve pensare**, posto che, alla fine, anche queste regole sono state prodotte da un… cervello, che nel costruirle ha dovuto pensare a se stesso nel solo modo in cui la psicologia ci spiegherà che il cervello sappia pensare (dobbiamo abituarci a queste complicate manovre linguistiche).

Per il momento, però, dobbiamo tenerci strette **le regole della logica induttiva**, cioè della probabilità, che è la scienza dell'incerto, l'arte della congettura, e adeguare l'epistemologia giudiziaria ad esse, tenendo nel dovuto conto, però, anche i **limiti naturali del cervello che pensa**, cioè di come esso possa, o non possa, pensare e impareremo a fare questo dalla psicologia scientifica, che quindi verrà messa in connessione con l'epistemologia.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Dobbiamo **levare un po' di libertà al convincimento del Giudice**, scavando **le regole logiche** che sono necessarie per poter dire – e non solo far finta – che il diritto è razionale, ma dobbiamo anche tener conto **delle conoscenze (sempre razionali) dei limiti psicologici,** e dunque naturali, del pensiero, e quindi del giudizio.

Il dover essere del pensiero dovrà essere calato nell'essere del possibile del pensiero.

16.

Sappiamo che dovremo aprire altri grandi cantieri, perché dobbiamo esplorare molto più a fondo di prima che **cosa sia la causalità, il perno del fatto, e che cosa sia l'imputabilità, il perno della colpevolezza**, e scavare quel che altrove – e appena più sopra – ho definito (non certo perché l'abbia fatto io per primo!) il problema del poter essere del dover essere, ossia del poter non volere fare quel che si volle e si è fatto.

E se il primo dei due cantieri lavorerà ancora **il difficile oggetto che si chiama rischio**, coi **mezzi della probabilità** (stavolta la probabilità cosiddetta oggettiva, o frequentista) – perché non è più possibile oggi parlare di causa come facevamo prima, quando ci pareva di toccar con mano la necessità che ci tranquillizzava, perché quest'ultima **non c'è più o non si trova quasi più** e dobbiamo metterci il cuore in pace –, il secondo cantiere dovrà per forza di cose riprendere il filo di un discorso che pareva chiuso, che è la **eterna questione del libero arbitrio**, perché esso è tuttora il fantasma invisibile, cioè rimosso, ma inevitabile nella macchina della giustificazione della pena, perché è la colpa che la pena che dovrebbe retribuire, che **la psicologia scientifica degli ultimi trent'anni** sta forse svelando per quel che esso è sempre stato, cioè una scorciatoia comoda – un'euristica –, per **costruire colpe e punire innocenti** pretendendo (pure!) di avere la coscienza a posto.

I prossimi cantieri, allora, apriranno per lavorare **il concetto di rischio** nel (e del) diritto penale, e **il concetto di colpevolezza**, e in entrambi i cantieri, come in tutti gli altri, la regola prima sarà l'apertura alle discipline che quei concetti, o meglio, **il fondamento empirico di quei concetti**, conoscono più e meglio del penalista.

Il giurista non sparirà affatto, tutt'altro.

A lui – cioè a noi – toccherà il compito più difficile, **la sintesi finale**.

DPU non vuole solo essere **un vasto foro virtuale** dove si osserva da ogni angolo visuale il diritto in azione, cioè mentre vive, ma anche **il laboratorio** dove si progetta un diritto presente e futuro migliore di quello che abbiamo (che potrebbe essere anche un futuro diritto non penale).

Alla fine saremo noi a tirare le fila del discorso e, per questo, sarà sempre un giurista, meglio se penalista, ma certo non andrà male nemmeno il filosofo del diritto penale, a guidare i giochi dei singoli *team* di lavoro.

17.

Il diritto penale, ogni diritto penale, si fonda – che lo sappia o no – anche **su un'ontologia**, cioè su una visione di com'è fatto il mondo e di come esso funziona.

Il diritto penale odierno ancora si fonda su **un'ontologia ingenua**, che pensa, cioè, l'uomo e il mondo con una semplicità che ormai appare non solo debole, ma anche e soprattutto pericolosa, laddove la troppa semplicità crei il pericolo che al dover essere del diritto non corrisponda più un poter essere empirico.

DPU propone che il diritto penale cominci a fondarsi per davvero sulla **scienza empirica**, ma non perché siamo ammalati di scientismo, cioè adoriamo nella scienza un nuovo dio al posto di quello che è morto.

La scienza è infatti incerta e fallibile e talvolta anche poco onesta, ma, pur con tutti i suoi difetti, **non è il peggiore dei sistemi di credenza inventati dall'uomo, eccezion fatta per tutti gli altri** (così Churchill pare abbia detto a chi gli chiedesse se la democrazia fosse un buon metodo di governo).

Ho fatto cenno prima alla crisi del positivismo o empirismo logico che ha trascinato con sé ogni pretesa scientista.

Sappiamo che tra fatto e teoria scientifica non c'è separazione netta, perché **il fatto,** anch'esso carico di quella teoria, **non può mai dire la parola finale sulla bontà della teoria che dovrebbe verificare o confutare**; come sappiamo che qualunque base empirica scientifica **sotto determina plurime spiegazioni plausibili**; neppure ignoriamo che c'è uno iato incolmabile tra l'immagine ingenua della scienza e la sua realtà, perché **l'irrazionale penetra anche nella scienza** e, spesso, anche lo scienziato crede a un fatto perché tutti ci credono all'interno del paradigma dominante, e se un fatto nuovo contraddice quel paradigma, lo scienziato sarà sempre impegnato **a formulare ipotesi *ad hoc* per salvare il paradigma ed evitare che crolli** (almeno fino a quando le contraddizioni e le anomalie diventano così diffuse che si deve cambiare paradigma e, allora, accade quasi **una rivoluzione mistica**); sappiamo anche perfettamente quanto i finanziamenti pubblico ma soprattutto privati, **condizionino la scelta dei programmi di ricerca e anche i risultati**; e così via.

Il problema è che **il senso comune è** anni luce almeno **più malfermo e insicuro della scienza**.

Del **rapporto tra giudice e scienza** ho già scritto sin troppo altrove[15] ed è inutile ripetersi, per ribadire ora che anche questo cruciale argomento richiede **un nuovo e vasto programma di lavoro**.

18.

Non è mai buona cosa far previsioni sul lungo periodo, anche perché aveva ragione Keynes – che è stato prima ancora che un economista, un grance teorico della probabilità epistemica o logica – quando diceva che nel lungo periodo saremo tutti morti[16].

Che cosa verrà dopo, quali altri programmi di ricerca dovremo aprire?

[15] L. Santa Maria, *La mia idea di una scienza del diritto penale. Prima parte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 marzo 2018.
[16] J. M. Keynes, *A Tract on Monetary Reform*, MacMillan & Co., 1923, p. 80.

La nuova centralità del Giudice nella creazione del diritto porterà con sé la necessità della **rinascita del pensiero intorno alla giustizia**, perché l'interpretazione, oltre che un problema linguistico di regole dell'uso per evitare l'abuso del linguaggio, è qualcosa in più e richiede qualcosa in più (anzi, molto di più).

La cultura accademica è ancora assestata **sull'idea che esista una netta demarcazione tra fatti e valori**, i primi oggettivi e i secondi soggettivi, gli uni conoscibili con l'uso delle scienze e i secondi no, e quindi – questo è quello che ci viene dalla metodologia anche delle scienze umane di stampo liberale –, – a parlar di valori, saremmo tutti **condannati a non poter essere altro che irrazionali, e quindi arbitrari, e – quindi – è meglio non parlarne affatto.**

Questa idea, nobile e generosa – perché l'accettazione in linea di principio del politeismo dei valori è il fondamento della tolleranza della società liberale –, è anche tra **le cause maggiori della debolezza della ragione liberale che si è piegata troppo facilmente al populismo**, e il sintomo più evidente di questo pericoloso cedimento è proprio **la sparizione dell'idea di Giustizia dal discorso sul Diritto.**

Noi crediamo che si debba voltar pagina anche su questo piano, perché **la nuova polarizzazione del diritto penale sul Giudice** richiede, per poter funzionare, che la cultura penalistica sia in grado di costruire, sui singoli grandi problemi che già affiorano, **un nucleo di valori condivisi**, che siano il deposito culturale profondo cui il Giudice dovrà attingere tutte le volte che, nel decidere, capirà che né la linguistica né l'epistemologia del probabile sono abbastanza potenti per fronteggiare quello che altrove[17] abbiamo chiamato **il lato oscuro del diritto penale**.

Forse tra breve – e alcune vicende contemporanee già ora lo dimostrano – dovremo aver affilato concetti come "**obiezione di coscienza umanitaria**" (quando il Giudice dirà che il Diritto non conforme a Giustizia non è Diritto), o "**ragione umanitaria**", o "**reato umanitario**" (in cui l'umanità, ovvero la Giustizia, possa funzionare da causa di giustificazione di fatti altrimenti illeciti secondo il Diritto).

19.

In qualche modo, **il fondamento della costruzione del diritto** ha e avrà sempre più a che fare con la psicologia scientifica che sarà sempre più cruciale per comprendere il Giudice e il Reo e per mettere l'uno l'altro in relazione.

Siamo da tempo nell'era delle neuroscienze e la rivoluzione in atto non potrà mai essere abbastanza sopravvalutata. Si va compiendo l'intuizione di Freud per la quale, dopo la rivoluzione copernicana dell'eliocentrismo e la rivoluzione darwiniana della evoluzione, **il narcisismo dell'uomo subisce l'ultimo e più grave colpo**, ora che abbiamo davanti agli occhi l'evidenza che **non siamo più nemmeno padroni a casa nostra**, cioè non siamo noi – qualunque cosa significhi "noi" (Rimbaud scriveva che «io è un altro»)[18] – a guidare e controllare il nostro cervello che in ogni momento costruisce la mente.

[17] Cfr. L. Santa Maria, *Perché è necessaria una "svolta". Parte 1*, in *questa rivista*, 2 maggio 2019, p. 16.
[18] «È falso dire: io penso: si dovrebbe dire io sono pensato. – Scusi il gioco di parole. IO è un altro» (A. Rimbaud, *Lettera a Georges Izambard*, 13 maggio 1871).

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

In questo momento stanno nascendo molteplici nuovi saperi che si innestano, come rami, sull'albero delle neuroscienze: c'è **la neuroetica** – di cui ovviamente parleremo perché sapere se stiamo facendo passi avanti nel campo oscuro dell'***unde malum*** e del suo opposto, ***l'unde bonum***, nell'uomo, non può non interessarci – la **neurostoria**, la **neuroeconomia**, il **neurolinguaggio, la neurofilosofia, il neurodiritto, e tante altre, ad esempio il neuroesistenzialismo!**

Dobbiamo procedere però **con infinita cautela**, perché tutti, cominciando a **camminare su un sentiero che prima non avevamo visto**, rischiano di rimanere abbagliati dalle mitologie giuridiche che non nascondono più il vuoto, così come rischiamo, all'opposto, di accettare a scatola chiusa **la supremazia culturale** che già oggi la psicologia scientifica comincia a rivendicare.

Non saremo né neuro-fobici né neuro-maniaci.

Questo non vuol dire che si debba star fermi, e infatti andremo avanti!

Probabilmente (e questa sarebbe la più meravigliosa delle possibilità) la società umana sarà così forte e coraggiosa da non aver più bisogno di punire per dimostrare una forza e un coraggio che ora non ha?

Forse già ora – dopo la rivoluzione scientifica in corso – apparirà meravigliosamente attuale il messaggio che nessuno può giudicare nessuno?

Intanto già ci attende **una nuova rivoluzione**, la quarta secondo il conteggio di Freud, perché siamo da tempo nella società dell'informazione, in cui **la tecnologia dell'uomo è già capace di insegnare ai computer ad imparare da soli**, e quel che ne seguirà è in gran parte ancora appena immaginabile.

C'è chi scrive che l'uomo è ormai antiquato[19].

Le domande dell'inizio, allora, sono davvero le domande che contano.

[19] G. Anders, *L'uomo è antiquato. I. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Bordigheri, 2007.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Neuroscienza, Diritto e Cervello – ch. 3

Traduzione dell'intervista con David Eagleman[1]

3. Il ruolo del carcere

Che ruolo ha il carcere, se ce l'ha, in un sistema giudiziario neuro-compatibile?

Un sistema legale neuro-compatibile non escluderebbe il fatto di mandare in prigione le persone. Perché? Perché la prigione è molto utile come deterrente sociale, perché fa pensare "Ah, come mi piacerebbe scippare quella vecchietta laggiù, ma se lo faccio rischio di beccarmi tre anni di galera". È un deterrente molto utile in questo senso, ed è per questo che il nostro sistema carcerario deve continuare a esistere, e continuerà a esistere. Il problema è che il carcere non è per tutti, non è utile per tutti.

"E in America abbiamo il tasso di detenzione più alto del mondo. Siamo quelli che mettono in galera la percentuale più alta di popolazione"

Il motivo per cui il carcere non sempre ha senso è che ci sono molte persone che non rispondono al deterrente del carcere nello stesso modo in cui faremmo noi. Voglio dire, io in galera non voglio andarci, quindi non commetterò quel reato. Ma non tutti rispondono in questo modo. Perché? Perché ci sono centinaia di cose che possono andare storte in un cervello. Potrebbe esserci un danno di qualsiasi tipo, oppure un problema di sviluppo congenito nell'area preposta a

[1] Prof. David Eagleman, adjunct professor in the Department of Psych/Public Mental Health & Population Sciences at Stanford University.

BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

ragionare sulle conseguenze a lungo termine delle nostre azioni. Naturalmente, le droghe cambiano il processo decisionale del cervello. C'è la variabile del QI. Ci sono centinaia di cose diverse che possono rendere le cose… che possono fare in modo che le persone siano molto diverse nel prendere le medesime decisioni.

Quindi la domanda è: la prigione è la soluzione giusta per tutti?

Ed è qui che penso che un sistema giudiziario orientato al futuro possa avere qualche merito e qualche sottigliezza in più.

"Non pensiamo che la prigione sia una soluzione adatta a tutti; piuttosto cerchiamo di capire se esistano strategie di riabilitazione che in questa situazione abbiano un senso, per poterti aiutare, riabilitarti e farti uscire dal carcere nei tempi più brevi possibili"

Giusto per fare un esempio, relativamente alle persone tossicodipendenti: se si prende qualcuno arrestato per dipendenza da droga e lo si mette in prigione, innanzitutto in carcere gira parecchia droga, quindi è ancora possibile trovarla. Ma il problema più grosso è che quando si mette in carcere qualcuno vengono interrotti tutti i suoi circoli sociali e le sue opportunità economiche, così si avrà un maggior tasso di recidiva, per il quale queste persone finiscono per ritornare in prigione.

Al contrario, si potrebbe prendere quelle persone e metterle in un programma di riabilitazione sensato, anziché dire loro "se ti droghi sei una persona cattiva che non può stare in circolazione". Si può dire loro "ecco, cercheremo di aiutarti in qualche modo", e credo che da un punto di vista dei costi sia una soluzione migliore anche per i governi. È meglio per la società quindi, ma è meglio anche in termini economici.

Un grande problema nel sistema legale americano è correlato al tema delle malattie mentali. La stima è che circa il 30% della nostra popolazione carceraria soffra di disturbi mentali. In questo paese avevamo istituti, i manicomi, ma sono stati chiusi decenni fa nell'ambito di un processo chiamato de-istituzionalizzazione. Il motivo di questa scelta fu che quelle istituzioni venivano gestite molto male, e le persone ci passavano praticamente tutta la vita.

Tuttavia, il governo li chiuse e la maggior parte di quelle persone affette da disturbi mentali confluì nel sistema carcerario. Oggi il nostro sistema penitenziario è il nostro sistema di igiene mentale.

Ci sono anche altri tipi di reato che le persone commettono in relazione ai quali sarebbe utile fare qualcosa di diverso anziché mandarne gli autori in carcere. Per esempio, con la prostituzione. La prostituzione è un tipo di reato molto diverso dagli altri. In alcune contee degli Stati Uniti stanno creando tribunali specializzati in prostituzione in cui si cerca di aiutare le donne a trovare altri tipi di lavoro, in modo che possano trovare una via d'uscita dalla loro situazione.

Alcune contee stanno istituendo tribunali specializzati in sostanze stupefacenti, così anziché dire "Allora, tu hai abusato di questa droga, te ne vai in galera per questo periodo", all'imputato si dice "OK, quali sono le strategie riabilitative che possiamo usare per aiutarti?". I giudici e le giurie sono specializzati nel capire le dipendenze da sostanze e le terapie disponibili, oppure hanno formazione specifica con riferimento alla prostituzione e alla salute mentale, cose di questo tipo.

Vorrei solo aggiungere che normalmente queste soluzioni vengono messe in piedi solo quando le contee restano senza soldi, che è un vero peccato. Accade questo: finiscono i soldi e si dicono, accidenti, non c'è più posto nella prigione locale, ci serve più spazio, dobbiamo trovare una soluzione intelligente. È a questo punto che creano questi sistemi di tribunali specializzati, per evitare di mandare tutti in carcere.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

“Anziché dire “sei una cattiva persona che è necessario mettere in carcere”, potremmo dire “troviamo il modo per aiutarti”. Da un punto di vista dei costi, per il Governo è meglio agire in questo modo: è meglio per il Governo, è meglio per la società”

[*continua*]

DIRITTO PENALE
E UOMO

Neuroscience, Law and the Brain – ch. 3

Transcription of the interview with David Eagleman[1]

3. The role of prison

What's the role, if any, that prison should play in a neuro-compatible legal system?

A neuro-compatible legal system would not not send people to prison. Why? Because prison is very useful as a societal deterrent, for making somebody think "okay, wow I really wanna rob that old lady over there, but if I do I run the risk of going to jail for three years". It's a very useful deterrent in that way and that's why our prison system will and should continue to exist. The problem is, prison is not for everybody, it's not useful for everybody.

"And in America we have the highest incarceration rate in the entire world. We stick a larger percentage of our population in prison than any other country"

The reason that doesn't always make sense is because there are many people who don't respond to the deterrent of prison in the way that you or I would. I mean I don't wanna go to prison, so I'm gonna not do that crime. But not everybody responds that way. Why? Because there are a hundred things that could go wrong with the brain. You can have damage to the brain of all sorts or you can have maldeveloped parts of your brain that think about the long-term

[1] Prof. David Eagleman, adjunct professor in the Department of Psych/Public Mental Health & Population Sciences at Stanford University.

(cc) BY-NC-ND

consequences. Obviously, drugs change brain decision making. There's a spectrum of IQ. There's a hundred different things that can make it so that ... that do make it so that people are very different in their decision-making.

So the question is, is prison the right solution for everybody?

And this is where I think a forward looking legal system would have some better distinctions and refinement.

"We're not going to imagine that prison is a one-size-fits-all solution, but instead we're going to see if there are rehabilitative strategies that are meaningful in this situation, that we can help you to rehabilitate to get you back out as quickly as is useful"

So just as an example, for people who are addicted to drugs, if you take somebody who is arrested for drug addiction and you put them in prison, first of all, there is a big drug ring in prison, so you can still get drugs. And the bigger problem is once you send somebody to jail, you break their social circles and you break their economic opportunities, and so we have a major recidivism rate in this country where people end up returning to prison.

Instead, you could take those people and put them into a meaningful rehabilitation program, such that instead of saying if you do drugs, you are a bad person who needs to be off the streets. Instead you say look we're gonna help you in some way. And I think from a cost perspective, it's actually better for governments to do this. So it's better for society, it's better from a cost perspective also.

Obviously, a big one in the American legal system has to do with mental illness. The estimate is that about 30% of our population in prisons has mental illness. We used to have institutions in this country, mental institutions and then several decades ago, those were all shut down, this process called de-institutionalization. The reason that happened is, because those institutions were being run very poorly and people were essentially spending their whole lives in those institutions.

Anyway, the government shut those down and most of that mentally ill population just flowed into the prison system. Now our prison system is our mental healthcare system.

There are also different kinds of crimes that people commit where doing something other than putting them in jail would be helpful. For example, with prostitution. Prostitution is a very different kind of crime than other sorts of crimes. What some counties here in the United States are doing is spinning off specialized prostitution courts where what you're trying to do is help the women to find other kinds of jobs so that they have some outlet they can do besides that.

Some counties are setting up specialized drug courts so that instead of saying, "Look, you did this drug, you're going to prison for this amount of time," instead you say, "Okay, what are the rehabilitative strategies that are available here for you?" The judges and juries have specialization in understanding drugs and the treatments available, or specializations in prostitution, specializations in mental health, these sorts of things.

I would just add that typically, these things get set up only when counties run out of money, which is a real shame. What happens is they run out of money and they think gosh, we don't have any more room in the jail, and we need more room, and so they think gosh, now we have to think of something smart. That's when they start setting up these specialized court systems so that they don't just send everybody to prison.

"Instead of saying "you are a bad person who needs to be off the streets" you say "look we're gonna help you in some way". From a cost perspective, it's actually better for government to do this: it's better for government, it's better for society"

[*to be continued*]

DIRITTO PENALE
E UOMO

Intervista

Intervista a Giacomo Rizzolatti

di Susanna Arcieri

La prima cosa che le vorrei chiedere è in realtà una curiosità. È appena uscito il suo ultimo libro[1], scritto a quattro mani assieme a un filosofo, il professor Corrado Sinigaglia; è il secondo libro che scrivete insieme.

Il quesito che allora sorge spontaneo – e che è particolarmente interessante per il nostro progetto DPU, che è fortemente transdisciplinare – è questo: perché un filosofo? Voglio dire, quale apporto le neuroscienze sono in grado di dare alla filosofia e, in parallelo, che cosa la neuroscienza può ricevere dalla filosofia, specie con riferimento al suo campo di ricerca?

Dunque, lei mi ha fatto due domande, in realtà. Cosa può dare il neuroscienziato al filosofo, ma anche l'opposto, che insegnamento può trarre il neuroscienziato dalla filosofia.

Ora, il punto di vista, non solo di Corrado Sinigaglia, ma anche di Giulio Giorello e in generale di tutta la scuola di Milano, è che ogni filosofo dovrebbe avere anche una **competenza scientifica**, che potrebbe essere di fisica, di matematica, di biologia, e così via. La filosofia infatti non è una disciplina astratta; essa, al contrario, si basa in gran parte su dati reali. Pertanto, soltanto se conosce bene – poniamo – la fisica, il filosofo potrà parlare con cognizione di causa della teoria della relatività.

Corrado Sinigaglia ha avuto un *training* in filosofia a Lovanio, dove ha potuto studiare gli **archivi di Husserl**, il padre della fenomenologia; quindi, in un certo senso, egli era già preparato ad affrontare problemi come quelli che abbiamo messo in luce con la scoperta dei neuroni specchio.

Non credo, però, che tutte le neuroscienze necessitino di un aiuto da parte dei filosofi, ma il tipo di ricerca che stiamo facendo noi è particolare, profondamente cognitiva: ha che fare con

[1] G. Rizzolatti, C. Sinigaglia, *Specchi nel cervello. Come comprendiamo gli altri dall'interno*, Raffello Cortina, 2019.

BY-NC-ND

la comprensione l'uno dell'altro. Motivo per cui è importantissima **la precisione dei termini** e, in questo, la collaborazione con Corrado è stata utilissima.

Ad esempio – lo abbiamo scritto più volte, io e i miei colleghi –, se tu fai un determinato atto motorio, come quello di prendere in mano una bottiglia, io capisco – appunto – che stai afferrando la bottiglia. Per un filosofo, tuttavia, questo non è propriamente vero: filosoficamente parlando, infatti, "capire" presuppone che io sappia anche qual è la tua intenzione, quali sono i tuoi desideri. Tutta la filosofia analitica definisce il termine "comprensione" come qualcosa di molto più complesso del mero rendersi conto di che cosa un'altra persona sta materialmente facendo, come l'atto del prendere la bottiglia.

Insomma, si tratta di un problema linguistico.

Sì, ma è un problema importante.

Di recente, ho partecipato come relatore a un convegno, a Bosisio Parini, vicino a Milano; si parlava di empatia, e tra i relatori c'era anche un abate, che a un certo punto ha detto: «l'empatia non esiste».

Da un punto di vista filosofico, effettivamente, se con "empatia" si intende "io ho capito te", l'affermazione dell'abate è corretta. Non esiste nulla del genere. Tutto quello che possiamo dire è, semmai, «**capisco in che stato sei tu, in questo momento**», ma cosa provi tu quando hai dolore, proprio non posso saperlo. Nessuno, all'infuori di te, può.

Nel mio ultimo libro, con Corrado approfondiamo anche questi aspetti: quando io dico «ho capito», occorre distinguere tra – per usare un termine inglese – il *core*, il **nucleo centrale** del capire («ho preso la bottiglia»), e tutto ciò che circonda quel nucleo. In altre parole, la ricerca sui **neuroni specchio**, e sull'empatia, non è in grado di dirmi se hai preso la bottiglia perché hai sete, o perché sei un alcolista, o perché tua moglie ti ha tradito.

Il dialogo col filosofo è quindi molto importante per precisare i termini, così da non fare confusione. Perché, attenzione, la gente fa confusione. Questo vale per gli scienziati, ma soprattutto i "laici": nel momento in cui si sentono affermazioni come: «abbiamo i "neuroni dell'empatia"», la reazione diffusa, tipicamente, suona più o meno così: «ah, bene, questo significa che siamo in grado di comprenderci l'un l'altro». È importante chiarire qual è la misura, e quindi **il limite, di questa comprensione**.

Quindi, se capisco bene, l'empatia ha a che fare più con il riconoscimento, che con la comprensione, dell'altro.

Esattamente. Per un verso, è giusto parlare di "empatia", perché quegli stessi neuroni – appunto, i neuroni specchio – si attivano sia quando sono io stesso a compiere un atto, sia quando osservo lo stesso atto compiuto da un'altra persona. Per altro verso, però, è scorretto parlare di completa "comprensione" dell'altro, perché è pur sempre il mio neurone a parlare.

Quel che in ogni caso resta vero, e che lo studio dei neuroni specchio ha dimostrato, è che io e l'altro siamo nello stesso stato. Negare questo è molto pericoloso.

Porto spesso questo esempio, per spiegare il concetto: perché una persona come **Adolf Eichmann**, che non era una persona cattiva, ha organizzato il trasporto degli ebrei? Semplicemente, perché **non li considerava esseri umani**. Il punto di vista di Eichmann era, molto banalmente: «se mi dicono di trasportare legna, o bestiame, io lo faccio; perché non dovrei trasportare anche questi esseri, che sembrano quasi uomini ma di fatto non lo sono?».

Per tornare alla domanda iniziale, direi allora che, da una parte, una conoscenza scientifica è molto importante per il filosofo, se vuole filosofare; dall'altra parte, per noi scienziati – almeno per quelli di noi che si interessano del campo cognitivo –, la filosofia è fondamentale per consentirci di precisare i nostri termini e i nostri concetti e, quindi, in definitiva, per farci chiarezza tra noi. In questo modo, naturalmente, è possibile anche far capire al pubblico di cosa parliamo.

Il problema terminologico e linguistico è spesso sottovalutato, ma è estremamente importante. Un uso scorretto del linguaggio infatti può dare origine a equivoci tremendi.

Riprendendo l'esempio di Eichmann, che cosa possono dirci i risultati delle sue scoperte e delle sue riflessioni sui neuroni specchio e sull'empatia in ordine ai processi psicologici di deumanizzazione e disimpegno morale, che si rivelano spesso una delle cause dei mali più atroci che l'uomo infligge a un altro uomo?

Si tratta di una domanda difficile, perché le cause del crimine possono essere molto diverse. Ad esempio, proprio parlando di neuroscienziati, **Adrian Raine** fa una distinzione tra **assassini "impulsivi"** – nel suo libro[2], cita l'esempio di un criminale originario dell'Oregon, la cui risonanza magnetica ha mostrato la presenza di anomalie nel lobo frontale – e assassini **"a sangue freddo"**, nei quali sono stati evidenziati *deficit* nel funzionamento dell'amigdala tali per cui questi individui non sono in grado di comprendere il concetto stesso di punizione, e quindi di rendersi del fatto che, ponendo in essere determinati comportamenti, saranno puniti.

L'idea della punizione, quindi, può rappresentare un freno al compimento di atti violenti per alcune persone, ma non per altre.

Per tornare ad Eichmann, peraltro, abbiamo a che fare con un'ipotesi ancora diversa: ci troviamo infatti nel terreno dei cd. "**pseudo-delitti**".

Certo, forse qualcuno, nella Germania nazista, era realmente un mostro che si divertiva a torturare gli ebrei prigionieri nei campi di concentramento, ma la gran parte della popolazione tedesca dell'epoca non era costituita da delinquenti sadici. Si trattava, in massima parte, di **pura e semplice obbedienza all'autorità**. Eichmann, secondo quello che è stato riferito dagli psicologi e dagli psichiatri che lo hanno visitato, era una persona non solo normale, ma – potremmo dire – "buona", secondo i nostri canoni tradizionali: amava gli animali, amava la natura, era un padre affettuoso. Non c'era nessun elemento, nei giudizi clinici dei psichiatri che lo hanno esaminato, che consentissero di concludere che quell'uomo era un mostro. Semplicemente, obbediva agli ordini.

Questo ci conduce ad affermare che dovrebbe essere la società e mettere in atto strumenti atti a prevenire aberrazioni come quelle commesse prima e durante la seconda guerra mondiale.

[2] A. Raine, *L'anatomia della violenza*, Mondadori Università, 2016.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Stiamo quindi parlando di un'opera culturale. Come, poi, quest'opera debba o possa essere realizzata in concreto, è un'ottima domanda, e di certo non ho una risposta.

Dovrebbe essere la società e mettere in atto strumenti atti a prevenire aberrazioni come quelle commesse prima e durante la seconda guerra mondiale.

Mi pare però, in ogni caso, che una situazione come quella dell'assassino dell'Oregon sia estremamente diversa dai delitti che può compiere un Eichmann nell'organizzare lo sterminio degli ebrei.

Certo, si tratta di situazioni differenti sotto molti profili – il contesto in cui i fatto si collocano, le cause e i motivi che spingono all'azione –; non troppo diversi, però, sono i risultati di tutti quei comportamenti…

È vero. Anche se, a ben vedere, i risultati delle azioni di Eichmann, ai suoi stessi occhi, non erano la morte di un essere umano. Erano la morte di… **qualcos'altro**. Qualcosa di molto simile a un uomo, ma che umano non era.

Sembra proprio che il contesto, sociale e culturale, in cui l'individuo è inserito, possa fare la differenza in ordine alla percezione che quest'ultimo ha della propria condotta.

Del resto, si tratta di un meccanismo che è stato chiaramente messo in luce dalla psicologia sociale: basti pensare al *Stanford Prison Experiment* di Philip Zimbardo[3]. Nel momento in cui i volontari che vestivano i panni delle guardie vennero istruiti a non guardare ai prigionieri come a veri e propri esseri umani, ecco che ognuno di loro si dimostrò capace di una violenza spaventosa, che mai avrebbe esercitato nella propria vita normale e quotidiana.

Un discorso simile vale anche per gli agenti delle **forze dell'ordine**. Senza dubbio si tratta, nella quasi totalità dei casi, di bravissime persone, ma nel momento in cui devono disperdere i dimostranti non possono permettersi di sentire pietà per il primo che cade, fermarsi e assisterlo.

Tutti noi, quindi, abbiamo dei **meccanismi** che potremmo definire "**di blocco**", che sono nient'altro che meccanismi di difesa, i quali hanno giocato un ruolo fondamentale nell'evoluzione della nostra specie, assicurandoci la sopravvivenza. Se una tribù nemica ti attacca, cosa fai? Devi, per forza di cose, reagire con la violenza.

I neuroni specchio hanno un **grande compito**, a mio avviso, in questo: il loro funzionamento ci permette di capire l'azione dell'altro nel momento in cui assistiamo al suo compimento. Se non fossimo in grado di fare questo, sarebbe impossibile qualunque forma di relazione. Detto questo, però, è poi la cultura a insegnarci – quantomeno, dovrebbe insegnarci – che, se vediamo una persona che sta male, dobbiamo curarla e non aggredirla.

La cultura, quindi, può intervenire sull'effetto prodotto dal sistema *mirror*?

---

[3] P.G. Zimbardo, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?* Raffaello Cortina, 2008.

La cultura può certamente aumentare l'effetto naturalmente prodotto dai neuroni specchio. Per un verso, infatti, la cura del prossimo è un intinto connaturato alla specie umana: siamo dotati, per fortuna, di un "sistema" tale per cui – quasi tutti noi – siamo portati a riconoscere che "tu ed io siamo la stessa cosa".

Se non fosse così, la mamma non rimarrebbe sveglia tutta la notte quando il neonato piange, e allora la specie umana semplicemente non esisterebbe: la cura di bambino è un grosso impegno, specie in confronto con quello richiesto nel resto del mondo animale. Abbiamo bisogno dei nostri genitori fino a vent'anni! Non possiamo certo dire: «il bambino è nato, e da questo momento in poi può cavarsela da solo».

Come fanno le vipere.

Come fanno le vipere, esattamente, l'esempio funziona bene. Insomma, per concludere su questo argomento, sono convinto che la cultura debba trasmettere un messaggio di fondo secondo cui avere compassione dagli altri è vantaggioso, tanto per l'individuo quanto per la società.

L'influenza della cultura però, lo abbiamo visto parlando delle forze dell'ordine, può essere anche di segno opposto.

Naturalmente, dobbiamo essere dotati – e in effetti lo siamo – anche di meccanismi che in qualche modo frenano il funzionamento dei neuroni specchio. Ci sono alcune professioni in cui è necessario poter bloccare, almeno temporaneamente, questa nostra necessità biologica, per ragioni di sopravvivenza. Si tratta di un tema che personalmente non ho mai studiato; posso però ipotizzare che siano le **funzioni cognitive superiori**, e quindi i processi razionali e consapevoli, a permetterci di intervenire e modulare l'intensità degli effetti prodotti dai neuroni specchio.

Siamo in grado, quindi, almeno in una certa misura, di imparare a modulare le nostre capacità empatiche?

Io credo proprio di sì. Credo che noi, fin da bambini, impariamo a fare esattamente questo: il bambino è per sua natura **profondamente egoista** («mio! Mio!»), e gli viene subito insegnato a trattenere il suo egoismo, e alla fine capisce che è effettivamente vantaggioso, anche per se stesso, trattenersi. Ripeto, però, che si tratta di un tema che non ho mai studiato, e che tuttavia sarebbe indubbiamente interessante approfondire, sotto il profilo neuroscientifico.

A questo proposito, si sente spesso dire che una delle caratteristiche degli individui affetti da psicopatia è rappresentata dall'assenza di empatia. Si tratta di un'affermazione corretta?

Assolutamente no, **è falsa**; talvolta è vero l'opposto.

O meglio, dipende: alcuni individui psicopatici sono spiccatamente asociali, non hanno alcuna relazione con gli altri e tendono a considerare i le persone come qualcosa di molto simile agli oggetti inanimati; si tratta però di casi limite.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

E per quanto riguarda i cd. "psicopatici di successo" – ossia quella particolare categoria di individui che, nonostante la loro patologia, mostrano di essere perfettamente in grado di inserirsi nei diversi contesti (sociale, familiare, lavorativo) in cui vivono –?

Penso che stiamo parlando in questo caso di individui con personalità narcisista.

Il narcisista è la tipica persona perennemente infelice perché ritiene che gli altri non abbiano mai sufficiente comprensione di lei e che, in parallelo, non mostra alcuna compassione o sensibilità nei confronti del prossimo. Da un punto di vista neuroscientifico, però, è scorretto parlare di carenza di empatia in relazione alla psicopatia. Certo, ogni persona è diversa, ma l'empatia è qualcosa di cui tutti – tranne forse pochi casi eccezionali – siamo dotati.

Quello che può fare la differenza, semmai, è come ciascuno di noi decide di sfruttare questa capacità. In questo periodo, sono state fatte diverse ricerche sul rapporto mamma-bambino e i risultati sembrano suggerire che, se i genitori trascurano i propri figli, questi, una volta divenuti adulti e a loro volta genitori, tenderanno a replicare il trattamento subito, trascurando così i propri bambini.

Addirittura, sembrerebbe esistere una sorta di "**trasmissione**" – entriamo qui nel campo della scienza nota come **epigenetica** – di questi comportamenti. Si è discusso, ad esempio, di alcuni casi di figli di genitori tossicodipendenti, che hanno finito col trattar male i propri figli una volta diventati adulti. È come se restasse una sorta di "*imprinting*", verrebbe da dire.

Tornano in mente, a questo proposito, gli studi del Prof. Adrian Raine[4], che lei ha citato prima, secondo cui noi tutti saremmo il risultato, per il 50%, del nostro DNA, e, per l'altro 50%, del contesto nel quale siamo vissuti.

Sì. E questo, in effetti, pone **problemi giuridici immensi**. Cosa fare con una persona che, a causa (ad esempio) di una lesione cerebrale, non è suscettibile di frenare i suoi istinti, neppure a fronte di un condizionamento esterno in tal senso?

Infatti, a ben vedere, dovrebbe essere proprio questo il **senso ultimo della punizione** dei criminali: consentirne la **riabilitazione**, attraverso gli opportuni condizionamenti.

Ma è davvero questo che accade? Quali forme di riabilitazione vengono praticate nei confronti di un assassino?

Il punto allora diventa: perché una persona viene messa in carcere? Per punizione, affinché non possa nuocere, o perché si intende riabilitarla? La giustificazione della pena, a mio avviso, dovrebbe essere la seguente: è necessario allontanare il criminale violento dalla società e collocarlo in un contesto isolato perché, in questo ambiente isolato, possa essere riabilitato, e quindi ritornare a essere un "agente sociale". Si riesce realmente a fare questo?

Verrebbe da dire che no, non ci stiamo riuscendo.

---

[4] A. Raine, *L'anatomia della violenza*, cit.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

E viene anche in mente, al contempo, quello che l'antropologo francese Didier Fassin, tra gli altri, spiega molto bene nel suo ultimo libro[5]: è estremamente difficile per noi liberarci delle istanze puramente retributive nei confronti degli autori di reato. Istanze che sono istintive e, forse, almeno in parte ineliminabili.

Questo è un tema interessantissimo, come anche quello dei rapporti tra sistema giuridico e capacità di intendere e di volere. Lavorare su questi argomenti significa, di fatto, lavorare sulla vita. Chi è in grado di dire, infatti, cosa vuol dire capace di intendere e di volere?

Questo ci conduce direttamente a parlare di libero arbitrio.

Beh, credo si possa dire che il libero arbitrio assoluto non esiste. Esiste però la **responsabilità**; non possiamo fare a meno di considerare le persone responsabili delle loro azioni.

Durante la crescita, l'essere umano apprende una serie di **regole**: se poi queste regole vengono violate – e possiamo farlo per innumerevoli motivi –, questa è una scelta. Come esseri umani, abbiamo la **possibilità di scegliere**. Non si tratta di un libero arbitrio assoluto, certo; siamo condizionati dalla nostra educazione, dal contesto sociale. Scegliamo, questo sì, se fare A o fare B, ma la nostra scelta è sempre più o meno condizionata.

Pertanto, a voler andare a fondo nella questione, nessuno di noi è davvero "libero", **siamo tutti influenzati** da qualcosa o da qualcuno.

A fronte di un condizionamento fortissimo, per tornare ancora all'esempio di Eichmann, che probabilmente era del tutto convinto di essere innocente...

Lui si sentiva innocente, assolutamente.

Eichmann aveva effettivamente modo di comportarsi diversamente da come fece?

Io penso di no. Penso che la sua personalità era, potremmo dire, "predisposta" all'osservanza delle leggi, all'obbedienza agli ordini, a essere sempre il primo della classe. A questo, probabilmente, si aggiungeva un sentimento nazionalistico – non voleva che il suo Paese perdesse la guerra –; considerando tutte queste componenti, non so se Eichmann potesse agire in modo diverso da come agì.

Cambiando argomento, quanto conta secondo Lei – in un'ottica di giustizia in senso lato – la capacità del giudice di empatizzare con il reo? È un bene o un male? Dovremmo lavorare per favorire questa capacità, o al contrario per ridurla?

Se – come sarebbe corretto – con il termine empatia intendiamo la capacità di capire in che stato è la persona che mi trovo di fronte, allora l'empatia del giudice nei confronti del reo è **certamente importante**. Se, viceversa, consideriamo l'empatia come una sorta di sinonimo di "essere buoni", il discorso è diverso.

---

[5] D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

Esistono senza dubbio professioni nelle quali la capacità di empatizzare è estremamente importante; è il caso del medico, del medico psichiatra in particolare. Con riguardo al giudice non saprei dire; l'esempio più vicino che mi viene in mente è quello del poliziotto. Il **Commissario Maigret**, il protagonista dei romanzi e dei racconti di Simenon, è colui che riesce a capire la causa del delitto proprio grazie alla sua capacità di empatizzare con le persone coinvolte, entrando nel loro ambiente sociale e riuscendo a comprendere come l'autore del reato è stato educato e quali situazioni ha vissuto.

Maigret va far visita ai protagonisti dei suoi casi, si reca nelle loro case e nei loro villaggi, parla con loro, ragiona con loro. È un personaggio molto diverso da Sherlock Holmes, che guarda le cause, gli effetti, dà la caccia agli indizi e risolve i casi grazie alla pura logica. Maigret non arriva alla soluzione attraverso la logica, ci arriva cercando di **capire le persone, più che i fatti**.

Ecco che, in questo senso, forse un magistrato dovrebbe essere in grado di capire qual è il sistema sociale in cui l'imputato vive, quali sono i suoi rapporti con la vittima, come è stato educato, in modo da assicurare che la pena sia, in qualche misura, proporzionata alla misura del condizionamento subito dal singolo autore di reato.

In questo periodo, assistiamo a una vera e propria esplosione di studi sull'intelligenza artificiale, che viene applicata, potremmo dire, quasi a tutto. Soprattutto in America – ma studi analoghi iniziano a fare la loro comparsa anche in Italia – si comincia a discutere talvolta di veri e propri "giudici-*robot*".

Sì. E a me sembra **una follia**.

Vero. D'altra parte, però, nel campo della psicologia è nota da tempo l'esistenza di una serie di pregiudizi – i cd. *bias* cognitivi – dai quali il giudice penale, come ogni altro essere umano, non è immune. Così, proprio a causa dell'influenza dei *bias*, le sentenze penali finiscono a volte con l'essere condizionate da fattori del tutto estranei alla decisione, come le caratteristiche personali (razziali, ad esempio) del singolo imputato. Questo problema, nel caso della sostituzione della macchina all'uomo, sarebbe risolto.

Qui però ci riavviciniamo all'argomento di cui abbiamo discusso prima, ossia il rapporto tra giudice ed empatia.

Mi spiego con un esempio: laddove si trovi di fronte un imputato che è figlio di genitori tossicodipendenti, che ha subito abusi durante l'infanzia e che vive in un contesto economico e sociale disagiato, il giudice, se è un **buon giudice**, deve essere capace di capire – attraverso l'empatia – tutto questo, e di tenerne conto nel momento in cui stabilisce la pena da applicare. La pena, in questo caso, dovrà dunque essere, in qualche misura, "compassionevole".

Un *robot* non fa nulla di tutto ciò, non può farlo.

Un tema molto studiato è quello del rapporto tra neuroni specchio e cd. "violenza imitativa". Secondo alcuni studi, tendiamo a simulare le azioni osservate, e se assistiamo ad atti di violenza tenderemo a replicare con più facilità condotte violente.

Nel momento in cui assisto a una scena di violenza, però, vedo – questo è certo – un individuo che commette violenza, ma vedo anche una persona che la subisce.

Perché dovrei immedesimarmi nel **carnefice** e non invece nella **vittima**?

Bene, le chiedo allora: se mi trovo ad assistere ad una esecuzione, come agisce il mio sistema *mirror*? Con chi dei due soggetti entro in empatia, con il boia e il condannato?

Empatizzeremmo con il giustiziato, più che con il boia, direi. E credo che la ragione di questa propensione dipenda in larga misura da come è fatta la nostra civiltà. La pena di morte, nella nostra società, è stata abolita da tempo, siamo stati educati in modo da provare compassione per una persona che viene condannata a morte.

Quindi potrebbe essere, ancora una volta, la nostra cultura a fare la differenza, portandoci più vicino alla condizione della vittima, che non a quella del carnefice?

Direi di sì. Del resto, durante la rivoluzione francese le piazze erano gremite di persone che si recavano lì appositamente per assistere alle esecuzioni capitali; evidentemente lo consideravano uno spettacolo meraviglioso, che dava piacere. Altrimenti come si spiegherebbe questo comportamento? **L'influenza culturale**, anche sotto questo profilo, è **certamente fondamentale**.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

Lo stato dell'Arte e della Scienza

Consentire condanne personalizzate e, al contempo, ridurre la soggettività: una valutazione del rischio di recidiva basata sull'utilizzo dei *tablet*.

di Francesca Tomasello

1.

Alcuni dati per iniziare.

Negli Stati Uniti i costi connessi al mantenimento e alla gestione del sistema carcerario sono esorbitanti: secondo una stima al ribasso, infatti, per ogni soggetto detenuto lo stato spende, ogni anno, non meno di 25.500-26.000 dollari.

I tassi di recidiva tra coloro che hanno vissuto l'esperienza carceraria sono, parimenti, assai elevati: più in particolare, è stato documentato che oltre il 62% dei soggetti rilasciati dal carcere vi fa rientro entro i tre anni successivi alla propria liberazione[1].

Di più. Diversi studi hanno messo in luce il carattere potenzialmente criminogeno della carcerazione: secondo i dati raccolti, infatti, se la perdita di opportunità di impiego e la rottura della cerchia sociale che conseguono all'esperienza carceraria sono correlate a un aumento delle probabilità che il soggetto ristretto in carcere torni a delinquere, il rischio di recidiva si riduce, invece, enormemente per gli imputati che hanno beneficiato della sospensione condizionale della pena[2].

[1] A.J. Beck, B. Shipley, *Recidivism of prisoners released in 1983*, Washington, DC: Bureau of Justice Statistics, 1989; M.R. Durose, A.D. Cooper, H.N. Snyder, *Recidivism of prisoners released in 30 states in 2005: patterns from 2005 to 2010*, Washington, DC: Bureau of Justice Statistics, 2014.
[2] L. Vieraitis, T.V. Kovandzic, T.B. Marvell, *The criminogenic effects of imprisonment: evidence from state panel data, 1974-2002*, in *Criminol Public Policy*, 6(3), 2007, pp. 589 ss.; J. Cid, *Is imprisonment criminogenic? A comparative study of recidivism rates between prison and suspended prison sanctions*, in *Eur J Criminol*, 6(6), 2009, pp. 459 ss.

BY-NC-ND

Insomma, agli ingenti esborsi economici – e agli altri costi sociali a lungo termine, per il singolo e per l'intera collettività – che la carcerazione comporta non corrisponde, oggi, alcun tangibile beneficio in termini di rieducazione dei criminali.

Di qui la necessità, agli occhi degli autori, **di sviluppare dei metodi di valutazione e misurazione del rischio di recidiva che consentano di fare un miglior uso sia dello strumento del carcere, sia delle limitate risorse sociali a disposizione.**

2.

Qualche passo in avanti in tale direzione è già stato fatto.

Se per decenni, infatti, in assenza di sistemi formali di valutazione del rischio di recidiva, fondati su dati concreti, l'apparato giudiziario statunitense si è sempre affidato al giudizio (necessariamente soggettivo) di esperti, a partire dai primi anni '80 diversi ricercatori hanno sperimentato nuovi metodi di *risk assessment* che prevedono la **somministrazione di interviste ai soggetti imputati**, e sono volti a ricostruire e a comprendere la **relazione esistente tra le caratteristiche personali, i tratti e i comportamenti dei criminali** (ad esempio l'età al momento dell'arresto, i precedenti penali, l'ambiente sociale in cui sono inseriti) **e la probabilità che gli stessi tornino a delinquere**.

Tali studi, in particolare, hanno permesso di sviluppare strutturati modelli di questionari che consentono di **attribuire a ogni soggetto intervistato un "punteggio di rischio"** variabile a seconda del **numero di fattori predittivi della recidiva** – di carattere statico (es. precedenti penali), dinamico (es. bisogno di cure e risposta alle stesse) e sociale (es. supporto della famiglia e accesso ai servizi) – emersi nel corso dell'intervista, oggi ampiamente utilizzati dai giudici ai fini dell'identificazione della pena da infliggere ai singoli imputati, nonché della concessione della sospensione condizionale della pena o della liberazione condizionale.

Si tratta di strumenti che, a ben vedere, hanno affinato la capacità degli addetti ai lavori di identificare i fattori di rischio connessi al pericolo di recidivanza[3].

Tuttavia, a detta degli autori, gli stessi risultano affetti da due gravi limiti.

In primo luogo, la raccolta di dati richiede lo svolgimento di lunghe interviste a tu per tu: ciò significa che la possibilità di ricorrere ai descritti modelli di *risk assessment* è, di fatto, subordinata alla concreta disponibilità di psicologi forensi, non soltanto costosi, ma anche altamente formati.

In secondo luogo, l'intervista non è in grado di fornire una misura obiettiva di alcuni tratti individuali del criminale, come l'impulsività e la propensione all'assunzione di rischi, con la conseguenza che gli psicologi che conducono l'intervista, per poter determinare il rischio di recidiva, devono affidarsi (ancora una volta) ad un'analisi soggettiva delle risposte fornite dall'intervistato alle domande del questionario.

[3] I fattori di rischio individuati dall'ORAS (famoso sistema di *risk assessment* sviluppato in Ohio), per esempio, hanno mostrato un rapporto di diretta proporzionalità con la recidiva, con indici di correlazione che oscillano, per gli uomini, tra lo 0.30 e lo 0.37 e, per le donne, tra lo 0.30 e lo 0.44.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

3.

È possibile, allora, superare questi limiti e raggiungere più proficuamente l'obiettivo inizialmente dichiarato?

Gli studiosi si dicono ottimisti al riguardo: **risultati più efficaci** potrebbero essere ottenuti, in particolare, **sfruttando i progressi della neuroscienza e della psicologia cognitiva**.

È proprio in tale direzione che si muove il progetto "Neuroscienza e Diritto" dell'Università di medicina di Baylor, nell'ambito del quale gli autori hanno sviluppato un **innovativo strumento di valutazione del rischio di recidiva** che ha lo scopo di **identificare e soppesare una gamma di tratti individuali – di carattere sia cognitivo, sia empatico – propri dei soggetti criminali**, quali l'aggressività, l'empatia, la capacità di programmazione, le capacità decisionali, il controllo degli impulsi.

È stato, infatti, dimostrato che alcuni specifici tratti – ad esempio la carenza di empatia, un ridotto controllo degli impulsi e la propensione a reagire con aggressività alle minacce percepite – sono associati all'aumento dei comportamenti criminali.

Gli studi in materia hanno, peraltro, suggerito la possibilità che questi atteggiamenti costituiscano **il risultato di un sottosviluppo delle strutture o delle funzionalità cerebrali,** in particolare della corteccia dorsomediale prefrontale, della corteccia insulare anteriore, del lobo caudato e della corteccia orbitofrontale: tutte minorazioni accertabili grazie all'utilizzo delle più moderne tecnologie mediche che consentono una compiuta mappatura del cervello.

Ora, vista l'impossibilità di impiegare su larga scala, perché ancora troppo costosa, tale tecnologia medica, i ricercatori, ai fini dello sviluppo del proprio modello di *risk assessment*, hanno optato per **l'utilizzo di test psicoattitudinali validati che attribuiscono un punteggio alla prestazione dei singoli partecipanti, e li hanno convertiti in coinvolgenti e colorati videogiochi per *tablet*, che includono diversi task**: lo "*Stop –Signal Task*"[4] (per valutare le capacità di autocontrollo); l'*Eriksen Flanker Task*[5] (per misurare l'attenzione selettiva del soggetto); il "*Reading the Mind Through the Eyes Task*"[6] (per verificare il livello di empatia

[4] ***Stop –Signal Task***: test volto a **misurare la capacità del singolo soggetto di controllare i propri impulsi**. Il soggetto sottoposto al test deve rispondere a uno stimolo esterno, nello specifico, l'immagine di una freccia che punta, alternativamente, a destra o a sinistra. A seconda della direzione indicata di volta in volta dalla freccia, il soggetto deve scegliere se premere il pulsante che tiene nella mano destra o nella mano sinistra. In presenza di un segnale audio, però, l'esaminato deve trattenere l'impulso di rispondere e non deve premere il pulsante corrispondente alla direzione indicata dalla freccia. I risultati ottenuti consentono di misurare gli errori di direzione, la proporzione dei casi in cui il soggetto ha arrestato con successo i propri impulsi, i tempi di reazione ai segnali di avvio e al segnale di stop.

[5] ***Eriksen Flanker Task*:** il test, nella sua versione più diffusa, prevede che il soggetto risponda a uno "stimolo bersaglio" (solitamente l'immagine di una freccia che punta, alternativamente, a destra o a sinistra) premendo un bottone con la mano destra o sinistra, a seconda della direzione indicata dallo stimolo. Nella schermata proiettata per l'esecuzione del test, lo stimolo bersaglio occupa la posizione centrale e viene affiancato da altri quattro stimoli (i c.d. *flankers* o "stimoli disturbo") indicanti, alternativamente, la stessa risposta direzionale del target (*flankers* congruenti) o la risposta opposta (*flankers* incongruenti), che vanno a indebolire e compromettere la capacità del soggetto di elaborare la risposta allo stimolo target.
Tale prova ha la funzione di **investigare e misurare i processi di elaborazione delle informazioni e l'attenzione selettiva** (processo cognitivo della mente che permette di selezionare alcuni stimoli e di ignorarne altri) del partecipante: più in particolare, andando ad attivare la parte della corteccia cerebrale deputata all'elaborazione dei pericoli e dei problemi in cui il soggetto incorre (la corteccia cingolata anteriore), il test consente di **valutare la capacità del singolo di sopprimere reazioni inadeguate in un particolare contesto**.

[6] ***Reading the Mind Through the Eyes Task***: il test ha la funzione di **misurare le capacità di comprensione degli stati emozionali altrui** e prevede che il soggetto esamini una serie di fotografie ritraenti il dettaglio degli occhi di diversi volti e, per ognuna di esse, scelga tra le parole che gli vengono suggerite quella che ritiene descrivere al meglio ciò che la persona fotografata sta pensando o provando.

conoscitiva); il "*Point-Subtraction Aggression Paradigm*"[7] (per misurare il livello di aggressività nelle reazioni soggettive), il "*Tower of London Task*"[8] (per indagare le capacità di pianificazione del singolo) e il "*Balloon Analogue Risk Task*"[9] (per saggiare la propensione del soggetto all'assunzione di rischi).

Attraverso la somministrazione di tale batteria di test, gli studiosi puntano a fornire **una migliore comprensione della relazione esistente tra la recidiva e i tratti individuali cognitivi correlati al processo decisionale** e ad affinare, di conseguenza, l'attuale capacità di predizione del rischio che un criminale torni a delinquere.

L'obiettivo ultimo è quello di aprire il sistema giudiziario alla pronuncia di **condanne maggiormente individualizzate**, fornendo ai giudici gli strumenti necessari per **calibrare in maniera più efficace la severità della pena da applicare al singolo imputato**, sia per ciò che concerne la scelta della sanzione in concreto da infliggere, sia nell'elezione di eventuali specifici programmi rieducativi.

I vantaggi connessi a tale modello di *risk assessment*?

Innanzitutto, il ricorso a consolidati test psico-attitudinali **garantisce una misura diretta e oggettiva dei tratti del processo decisionale correlati alla recidiva**.

In secondo luogo, **l'utilizzo di software che attribuiscono in automatico un punteggio** ai soggetti partecipanti allo studio **consente una raccolta di dati su larga scala**: il team di studiosi, ad esempio, si è avvalso di tale strumento per quantificare e comparare i tratti di un

---

[7] ***Point-Subtraction Aggression Paradigm*** (PSAP): il test fornisce una **misura del livello di aggressività del soggetto in risposta alle provocazioni subite**.
Ogni partecipante ha l'opportunità di guadagnare del denaro in base al numero di punti accumulati in un gioco a computer contro un altro avversario che, in qualsiasi momento, ha la possibilità di sottrargli punti e accumularli in proprio favore.
In particolare, il soggetto esaminato ha a disposizione una tastiera con tre tasti (A, B, e C), ciascuno dei quali corrisponde a una diversa azione: premendo il tasto A per 100 volte consecutive può guadagnare un punto; premendo il tasto B per 10 volte consecutive può sottrarre un punto al proprio avversario, senza però che tale sottrazione (a differenza di quanto avviene a parti invertite) vada a incrementare il proprio punteggio; premendo, infine, il tasto C per 10 volte, può proteggere il proprio conto dalle incursioni dell'avversario per un determinato lasso di tempo.
Il test prevede che il singolo abbia, in tempo reale, una piena cognizione dell'andamento del gioco: sul monitor del pc, infatti, compare un contatore che segnala ogni incremento e decremento del punteggio accumulato.
Ciò che, invece, il soggetto esaminato non sa è che la propria controparte è, in realtà, il programma del computer che, a prescindere dalle selezioni operate dal giocatore, va periodicamente a sottrarre dei punti dal suo conto.
In base alla risposta del soggetto a tali provocazioni esterne, è possibile valutare il suo livello di aggressività. Posto, infatti, che l'opzione che consente di sottrarre punti in danno del proprio avversario (tasto B) non comporta per il giocatore alcun guadagno diretto, la stessa viene considerata espressione della volontà di punire il proprio rivale e, per questo, costituisce un indice primario e una misura affidabile del comportamento aggressivo del soggetto che partecipa al test.

[8] ***Tower of London Task*: test utilizzato per valutare le c.d. "funzioni esecutive" del soggetto, ovverosia i moduli della mente che regolano i processi di pianificazione, controllo e coordinazione del sistema cognitivo e, in particolare, per individuare eventuali deficit nelle capacità di pianificazione**. Il soggetto esaminato ha a disposizione una tavola con tre aste verticali, di altezza crescente, capaci di accogliere, rispettivamente, una, due o tre palline. All'inizio del test il software dispone tre palline di diverso colore sulle aste, in un ordine determinato. Compito del paziente è quello di raggiungere il diverso ordine di disposizione delle palline indicatogli dal computer, servendosi del numero di mosse di volta in volta messe a sua disposizione dall'esaminatore.

[9] ***Balloon Analogue Risk Task*:** il test fornisce una **misura della propensione del soggetto all'assunzione di rischi**, attraverso un gioco a computer che saggia la capacità del singolo di bilanciare ricompense e perdite potenziali. Ogni partecipante ha la possibilità di guadagnare del denaro pompando un palloncino che compare sullo schermo del computer, attraverso un click del mouse che determina un progressivo accrescimento delle dimensioni del palloncino e, in contemporanea, un incremento del punteggio accumulato. Il partecipante sa, tuttavia, che, una volta raggiunta la soglia limite stabilita dal software e a lui sconosciuta, il palloncino esploderà e il punteggio accumulato andrà in fumo. Ogni nuovo click, dunque, aumenta il rischio di esplosione del palloncino e, al contempo, la potenziale ricompensa per il soggetto che partecipa al test.
Il fatto che il singolo giochi senza avere contezza dei punti di rottura del palloncino previsti per ciascuna prova consente di testare sia la sua risposta iniziale al test, sia le eventuali modifiche nell'approccio al gioco, conseguenti all'esperienza maturata nelle prove precedenti.

gruppo di soggetti in libertà vigilata dell'area di Huston (550 casi) con quelli di un gruppo di individui (150 controlli) della medesima età e razza.

A quanti obiettano, poi, che un simile approccio possa aprire la strada a indagini di natura preventiva, funzionali a impedire la commissione di reati futuri e non, invece, a perseguire crimini già commessi, con il conseguente rischio di condurre alla carcerazione di soggetti innocenti, i ricercatori ribattono che, alla luce delle garanzie offerte dalla Carta dei Diritti, tale scenario deve ritenersi altamente improbabile.

Anzitutto – rilevano gli autori –, il quarto emendamento prevede a chiare lettere che nessuno può essere privato del diritto a essere salvaguardato nella propria «persona, domicilio, corrispondenza e proprietà», *senza fondato motivo*: ciò significa che, affinché un soggetto possa essere legittimamente incarcerato, servirà la prova di una condotta criminosa a lui imputabile e non sarà sufficiente, invece, una valutazione positiva circa la possibilità che lo stesso commetta reati in futuro.

In aggiunta, il quinto e il sesto emendamento impongono il rispetto di requisiti procedurali ben precisi, incluso il diritto a un processo rapido e pubblico, al fine di privare un individuo della sua vita, libertà o proprietà.

Solo una modifica dei principi fondanti sanciti dalla Carta costituzionale consentirebbe, dunque, di superare le descritte fondamentali protezioni poste a salvaguardia dei singoli.

4.

A detta degli autori, è ancora troppo presto per stabilire se il progetto riuscirà o meno a produrre i risultati auspicati.

Non lo è, invece, per confrontarsi con la **fondamentale questione etica sottesa al nuovo approccio proposto: il sistema giudiziario penale dovrebbe accordare ai singoli criminali un trattamento differenziato in base alle peculiarità che connotano i rispettivi processi decisionali?**

La risposta a tale quesito cambia, necessariamente, a seconda della funzione che si ritiene di attribuire alla pena.

Secondo l'orientamento (minoritario) che riconnette alla pena una funzione esclusivamente retributiva, nessuno spazio può riconoscersi in favore di condanne individualizzate, anche ove ciò significhi incrementare i tassi di criminalità: se, infatti, lo scopo precipuo del sistema giudiziario è quello di «amministrare la giustizia e non il trattamento» dei condannati, ammettere condanne "su misura" finirebbe soltanto per confondere il messaggio («occhio per occhio, dente per dente») correlato alla sanzione (p. 3).

D'altra parte, anche in seno all'orientamento (maggioritario) che attribuisce alla pena una funzione preventiva, soltanto coloro che considerano la sanzione uno strumento volto a impedire che il singolo torni a delinquere in futuro – e non, invece, un deterrente per la generalità dei consociati – enfatizzano l'importanza della riabilitazione individuale e ammettono l'utilità di condanne individualizzate.

I ricercatori ritengono, invece, che il quesito meriti una risposta affermativa a prescindere dall'estensione (generale o speciale) della funzione preventiva attribuita alla pena, e che sia assolutamente necessario privilegiare la rieducazione dei singoli attraverso il ricorso a condanne individualizzate, piuttosto che una giustizia retributiva, fine a se stessa.

Del resto, in un sistema come quello attuale in cui la gran parte dei crimini sono commessi da soggetti recidivi, la riabilitazione individuale e la prevenzione generale non possono che avanzare di pari passo: soltanto riducendo il rischio che il singolo criminale torni a delinquere si potrà, infatti, perseguire l'obiettivo di un ridimensionamento della criminalità nel suo complesso, con conseguente beneficio per l'intera collettività.

5.

Non è tutto. Gli autori sono convinti che una risposta affermativa al quesito etico formulato si imponga anche per una diversa ragione.

Il sistema giudiziario statunitense, di fatto, modula già le proprie sentenze: lo fa almeno da trent'anni e, per di più, sulla base di criteri meramente soggettivi.

Ai fini della determinazione delle pene da comminare, infatti, i giudici fanno ricorso al "*Sentencing Guidelines Manual*"[10], un apparato di linee guida elaborato nel 1987 dalla *United States Sentencing Commission*, che individua per ogni reato un ampio e variegato novero di condanne applicabili, in base al grado dell'offesa arrecata e alla storia criminale dell'imputato.

Dapprima considerate obbligatorie e dal 2005 soltanto raccomandate, tali linee guida finiscono, in ogni caso, con l'attribuire piena discrezionalità ai singoli giudici, chiamati a soppesare un'ampia varietà di fattori soggettivi – inclusi la natura e le circostanze del reato, la storia personale e i tratti individuali dell'imputato – per scegliere, tra le molteplici sanzioni astrattamente irrogabili, quella più appropriata.

Ora, il fatto di conferire piena autorità e discrezionalità ai "guardiani" del sistema carcerario, dotati di una rilevante esperienza in materia, potrebbe apparire, in astratto, circostanza da valutarsi positivamente.

E tuttavia – rilevano i ricercatori –, i risultati pratici di tale attribuzione di potere sono tutt'altro che confortanti: diversi studi hanno, infatti, dimostrato che **i giudici emettono le sentenze più disparate in relazione alle medesime ipotesi di reato**, e, addirittura, che le singole **pronunce risultano fortemente condizionate da fattori che nulla hanno a che vedere con il diritto**, quali il sesso e la razza dell'imputato, o la filosofia della pena accolta dal giudice (spesso influenzata dal tipo di contesto, urbano o suburbano, in cui quest'ultimo si trova a operare).

Un primo studio, ad esempio, ha documentato che il tasso di carcerazione dei soggetti arrestati per furto varia enormemente a seconda della contea presa in considerazione: si passa dal 26% nella contea di DuPage (Illinois), al 52% nella contea di Erie (Pennsylvania), sino al 75% nella contea di Kalamazoo (Michigan)[11].

[10] United States Sentencing Commission Guidelines Manual, 2008.
[11] C.C. Spohn, *How Do Judges Decide?: The Search for Fairness and Justice in Punishment*, Sage Publications, 2008.

Un altro studio – condotto, questa volta, su dodici diversi giudici operanti nell'ambito della medesima contea (Cook) – ha rilevato che i tassi di carcerazione dei soggetti con precedenti penali arrestati per possesso di stupefacenti variano dal 37.5% al 90% e, allo stesso tempo, la durata media delle pene inflitte oscilla tra un minimo di 14.5 mesi e un massimo di 42 mesi[12].

L'esempio forse più significativo dell'influenza esercitata da fattori squisitamente soggettivi sulle decisioni dei giudici è, però, rappresentato da una ricerca condotta nel 2011, volta a saggiare le *chance* per gli imputati di ottenere la libertà condizionale[13].

Tale studio, in particolare, ha dimostrato l'assoluta ininfluenza della storia criminale del reo e del suo contegno a processo ai fini della determinazione dell'esito favorevole della pronuncia; esito che, invece, è risultato dipendere, in via pressoché esclusiva, dall'orario di assunzione della decisione da parte del giudice.

I dati raccolti hanno, infatti, documentato che la percentuale di pronunce favorevoli emesse prima della pausa pranzo andava via via scemando, dal 65% sino allo 0%, e tornava, invece, bruscamente ad attestarsi intorno al 65% immediatamente dopo la sospensione prandiale.

È, allora, chiaro – dicono gli autori – che il sistema giudiziario attuale apre già le porte a condanne sensibilmente diverse in relazione al medesimo reato.

Non solo. Se si considera che l'assegnazione dei singoli procedimenti ai giudici avviene in maniera del tutto casuale, deve concludersi che **oggi è il caso – e non un'analisi obiettiva delle caratteristiche del reo – a giocare un ruolo sproporzionato nella determinazione della pena inflitta al singolo.**

Appurato questo, gli studiosi ritengono necessario un deciso cambio di rotta, che consenta di superare le criticità di un sistema giudiziario in evidente cortocircuito.

L'intenzione dichiarata è, dunque, quella di promuovere l'utilizzo del nuovo software, sia in ambito accademico, sia in ambito educativo: in ultima analisi, incoraggiando una politica sociale fondata su basi scientifiche, gli autori coltivano la speranza di **ridurre i tassi di incarcerazione e offrire nuovi strumenti di valutazione e controllo dei soggetti criminali, che consentano ai giudici di pronunciare sentenze di condanna, sì differenziate e modulate, ma esclusivamente sulla base di «valutazioni dirette, provate e liberamente accessibili della propensione al crimine di ciascun individuo»** (p. 5)**.**

[12] K.C. Monahan, L. Steinberg, E. Cauffman, E.P. Mulvey, *Trajectories of antisocial behavior and psychosocial maturity from adolescence to young adulthood*, in *Dev Psychol*, 45(6), 2009, pp. 1654 ss.

[13] S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, in PNAS, 108(17), 2011, pp. 6889 ss., oggetto della Riflessione di S. Arcieri, *La giustizia è ciò che il giudice ha mangiato a colazione?*, in *questa rivista*, 23 aprile 2019.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

I nostri occhi bugiardi

di Jed S. Rakoff

Pubblicato originariamente in The New York Review of Books (J.S. Rakoff, Our lying Eyes), April 18, 2019, Copyright © 2019.

L'identificazione dell'imputato da parte di un testimone oculare rappresenta spesso una delle prove più critiche e decisive nell'ambito di un procedimento penale. «Riconosci in questa aula la persona che hai visto sparare il colpo fatale?» domanda il pubblico ministero. «Sì» risponde il testimone, indicando l'imputato e aggiungendo, a ulteriore conferma: «**non dimenticherò mai la sua faccia**».

Tuttavia, in realtà, **il testimone oculare spesso si sbaglia**: le identificazioni erronee dei testimoni oculari sembrano essere, da sole, la principale causa degli **errori giudiziari**. Ad esempio, si è fatto riscorso a tale strumento di prova in oltre il 70% degli oltre 360 casi che *Innocence Project* ha poi dimostrato, attraverso l'analisi del DNA, essersi conclusi con un'ingiusta condanna. In quasi un terzo di questi casi, inoltre, sono stati accertati molteplici errori di identificazione dell'imputato. Per fare un confronto, la seconda causa principale delle erronee condanne, ossia le false dichiarazioni dei c.d. "testimoni esperti", ha interessato il 45% di questi casi, mentre il terzo fattore più frequente, rappresentato dalla falsa confessione del reo, ha riguardato circa il 30% dei casi.

Se alcuni testimoni oculari hanno avuto contatti precedenti con l'individuo identificato come l'autore del reato (come nel caso, ad esempio, del vicino di casa che assiste all'atto di violenza del marito nei confronti della moglie), per molti non è così, posto che **vedono l'imputato solo una volta**, al momento della consumazione del reato. Il che, peraltro, rende in un certo senso più forte la testimonianza di questi ultimi, perché essi non hanno motivo di mentire. Non avevano alcun rapporto con il reo, hanno avuto semplicemente la sfortuna di vestire i panni dello spettatore o peggio, della vittima. In entrambi i casi, l'incontro con il reo non rappresenta un avvenimento per loro facile da dimenticare, e la giuria ritiene generalmente credibile questo genere di testimonianze.

Qual è la ragione dei frequenti errori dei testimoni oculari? A volte, le **condotte improprie del personale investigativo** giocano un ruolo importante, come nel caso in cui l'agente di polizia, nell'ambito della procedura di identificazione, invita il testimone oculare a

BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

«osservare bene il soggetto numero tre», o nell'ipotesi in cui il testimone identifica – provvisoriamente – come l'autore del reato proprio colui che, tra i presenti, gli inquirenti sospettano essere il responsabile, e l'agente di p.g. commenta: «**bel lavoro**». Tuttavia, le ragioni principali degli errori di identificazione da parte dei testimoni oculari hanno a che fare con i limiti intrinseci alla percezione e alla memoria umane, le quali non possono essere eliminate facilmente, o non possono esserlo affatto. In alcuni casi, si tratta di limiti palesi. La capacità di un testimone di percepire il volto del reo sarà influenzata dalla luce, dalla distanza e dall'angolo visuale, dall'acutezza visiva del soggetto, dal lasso di tempo nel quale il testimone oculare ha avuto modo di osservare il reo e da eventuali fattori di distrazione, come ad esempio la presenza di una pistola. Allo stesso modo, i ricordi tendono a svanire nel tempo, il che può influire sulla precisione con cui il testimone oculare è in grado di ricordare un volto visto diverse ore, o giorni, o persino settimane, prima.

Importanti ricerche indicano, d'altra parte, che molte persone sopravvalutano la propria capacità di percepire e ricordare volti che hanno visto solo una volta e che ciò che ricordano si riferisce principalmente ad alcune **caratteristiche generali**, come ad esempio la circostanza che il soggetto aveva la mascella quadrata, o aveva i baffi[1]. Le medesime ricerche mostrano altresì l'esistenza di numerosi altri fattori in grado di influenzare e distorcere le percezioni e i ricordi di un testimone oculare. Ad esempio, un filone di studi accurati risalenti agli anni '80 ha accertato un fenomeno che viene oggi chiamato "**effetto altra razza**": «i testimoni oculari hanno meno probabilità di commettere errori nell'identificazione di un individuo della propria razza rispetto a un soggetto di razza differente»[2]. Sono state formulate diverse teorie per spiegare il fenomeno, la cui esistenza è tuttavia oggi sostanzialmente pacifica.

Un'ulteriore causa di errore, meno scontata, ha a che fare con la nota **tendenza dei ricordi a unirsi tra di loro nel tempo per "colmare le lacune"**. Un testimone oculare che non conosce l'identità del reo, ad esempio, molto spesso si sentirà chiedere dagli inquirenti di procedere a una ricognizione personale o di visualizzare una serie di foto che includa uno o più possibili sospetti, per verificare se il testimone è in grado di individuare il responsabile della condotta illecita. In quelle occasioni, il testimone può avere anche **solo un vago ricordo** del fatto di reato, ma tipicamente osserverà con attenzione le persone o le fotografie poste dinanzi a sé prima di pronunciarsi (laddove effettivamente lo faccia). Al momento della testimonianza resa nel corso del processo, tuttavia, il vago ricordo originario dell'autore del reato si sarà spesso fuso con la memoria formata in occasione della – molto più scrupolosa – osservazione condotta nell'ambito della ricognizione o dell'esame fotografico, così che il testimone affermerà, in assoluta buona fede, di ricordare un dettaglio particolare, come una cicatrice sul volto del reo, al momento del crimine, anche se, in realtà, la sua percezione di quel dettaglio discende dalla ricognizione o dalla visione delle foto. Più in generale, come riassunto in un recente articolo del *New York Times*, «i ricordi formatisi durante un evento traumatico si trasformano in una commistione di ciò che il soggetto percepisce della realtà e delle persone che lo circondano, e dei frammenti che il suo cervello è stato in grado di codificare»[3].

---

[1] Salvo dove diversamente indicato, la ricerca a cui si fa riferimento in questo articolo è riassunta in uno studio condotto dal Committee on Scientific Approaches to Understanding and Maximizing the Validity and Reliability of Eyewitness Identification in Law Enforcement and the Courts della National Academy of Science, *Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification* (National Academies Press, 2014). L'autore del presente articolo, insieme al prof. Thomas D. Albright dell'Istituto Salk, è stato co-presidente del comitato che ha condotto lo studio e ha redatto il rapporto.

[2] G.L. Wells, E.A. Olson, *The Other Race Effect in Eyewitness Identification*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 7, No. 1, 2001, p. 230.

[3] S.E. Garcia, *Jazmine Barnes Case Shows How Trauma Can Affect Memory*, in *The New York Times*, January 6, 2019.

Anche i **pregiudizi diffusi** sono suscettibili di distorcere l'identificazione dell'autore di un reato da parte di un testimone oculare. Ad esempio, anche se un poliziotto ben addestrato invita espressamente il testimone a non partire dal presupposto che una delle persone osservate in sede di ricognizione, o in occasione dell'esame delle foto segnaletiche, sia effettivamente il sospettato, la maggior parte dei testimoni oculari presumerà che uno o più dei soggetti mostratigli siano effettivamente inclusi nella lista dei sospettati, e questo aumenterà la probabilità di esito positivo dell'identificazione.

Certo, non tutte le ricognizioni e le analisi delle foto segnaletiche condotte dagli agenti di polizia sono svolte con la giusta attenzione, e molti degli interventi operati negli ultimi decenni in merito alle procedure di identificazione da parte dei testimoni oculari si sono concentrati sulla necessità di **prevedere metodi investigativi meno suggestivi**, come ad esempio quello di far condurre la ricognizione, o l'esame fotografico, a personale di polizia non personalmente coinvolto nelle indagini riguardanti quel crimine. L'obiettivo di questa riforma è eliminare la possibilità che l'agente suggerisca al testimone oculare, anche solo attraverso il linguaggio del corpo, una determinata scelta. Simili riforme, per quanto utili, sono **però in gran parte irrilevanti** nella prospettiva della risoluzione dei problemi di fondo connessi alla percezione umana e alla memoria, che sembrano essere la causa principale di un così ampio numero di false identificazioni.

Alcune di queste identificazioni errate appaiono a dir poco sorprendenti. Basti considerare i seguenti **tre casi**.

Nel **1984**, **Kirk Bloodsworth** fu condannato a morte con l'accusa di violenza sessuale e omicidio ai danni di una bambina di nove anni, a Baltimora. Pur nell'assenza di prove materiali o indiziarie in grado di collegare Bloodsworth al fatto di reato, non meno di cinque testimoni oculari sostennero di aver visto l'imputato in compagnia della vittima, o sulla scena del crimine. A quell'epoca, i test del DNA non erano ancora utilizzati nell'ambito della giustizia penale; il primo caso americano nel quale questo tipo di analisi ha fatto ingresso, su impulso del pubblico ministero, nelle aule di giustizia, risale al 1988, e gli avvocati difensori hanno iniziato a farne uso solo alcuni anni dopo. Nel 1993, l'analisi del DNA effettuata sui campioni di liquido seminale rinvenuto sulla biancheria intima della ragazza ha rivelato che il responsabile non era Bloodsworth, ma qualcun altro, il quale ha successivamente confessato. Per fortuna, Bloodsworth non era stato giustiziato e fu rimesso in libertà quello stesso anno.

Sempre nel **1984**, una studentessa universitaria di nome Jennifer Thompson venne violentata a Burlington, nel North Carolina. Quando le fu mostrata una serie di sei foto segnaletiche, la ragazza identificò provvisoriamente **Ronald Cotton** come il suo aggressore, affermando inizialmente: «penso che sia questo il ragazzo». Al momento del processo, tuttavia, la Thompson testimoniò che era «assolutamente sicura» che Cotton fosse l'uomo che l'aveva violentata. Cotton venne condannato all'ergastolo. Oltre un decennio dopo, il test del DNA operato sui campioni dello sperma prelevato dalla sua vagina subito dopo il crimine rivelò che lo sperma apparteneva in realtà a un altro uomo, che venne messo sotto accusa, e Cotton fu liberato.

Nel **1974**, **James Bain** fu condannato in Florida per aver usato violenza su un bambino di nove anni. Sebbene ciò avvenne molto prima dell'introduzione del *test* del DNA, il sangue trovato nel liquido seminale prelevato dalle mutande del ragazzo era del gruppo B, mentre il gruppo sanguigno di Bain era AB. Ciononostante, la giuria ne ha decretato la condanna, principalmente sulla base dell'identificazione di Bain fatta dal ragazzo; identificazione che la vittima aveva più volte confermato nel corso del processo, a partire dal primo riconoscimento fotografico. Anni dopo, in seguito all'introduzione del test del DNA, Bain presentò alla Corte

quattro diverse istanze scritte, chiedendo che venisse effettuata l'analisi de *test* del DNA sui campioni di sperma, ma tutte e quattro le richieste furono rigettate. Alla fine, solo dopo aver ottenuto l'assistenza di un avvocato e dell'*Innocence Project of Florida*, a Bain fu concesso il ricorso al *test* del DNA, i cui risultati lo scagionarono completamente. Bain fu rilasciato nel 2009, dopo aver scontato **trentacinque anni di pena detentiva** per un crimine che non aveva commesso.

In ognuno di questi casi, se non fosse stato per il *test* del DNA, gli imputati sarebbero rimasti in carcere, o sarebbero morti. D'altra parte, i campioni di DNA spesso non sono disponibili, o sono rilevanti ai fini delle indagini relative alla maggior parte dei reati. Si potrebbe ragionevolmente inferire, quindi, che numerosi imputati attualmente detenuti siano stati condannati ingiustamente sulla base di testimonianze oculari inesatte. E si può altresì ritenere che, mentre alcune di queste identificazioni inesatte possono essere state il prodotto di procedure di polizia suggestive, una percentuale ben maggiore di esse siano il risultato dei limiti percettivi e della memoria, propri della specie umana.

Come dovrebbe essere affrontato dal sistema giudiziario questo problema apparentemente irrisolvibile? Il fatto che le ricognizioni effettuale dai testimoni oculari siano spesso inaffidabili è stato riconosciuto dalla **Corte Suprema** già nel **1967** in casi come *United States v. Wade*, *Gilbert v. California*, e *Stovall v. Denno*, nell'ambito dei quali la Corte si è concentrata sulla necessità della presenza dell'avvocato difensore all'atto della ricognizione, per prevenire eventuali scorrettezze. Fu solo un decennio dopo, nel **1977**, che la Corte Suprema, in *Manson v. Brathwaite*, affrontò **la questione della validità delle identificazioni** che risultassero il prodotto di metodi investigativi fortemente suggestivi, come nell'ipotesi – di cui al caso *Manson* – in cui al testimone venga mostrata una sola fotografia. Nel caso *Manson* e nella maggior parte dei casi successivi ci si è concentrati soprattutto sull'identificazione e sull'eliminazione di pratiche di questo tipo, le quali rappresentavano l'aspetto più semplice da risolvere, nell'ambito del problema connesso all'imprecisione delle testimonianze oculari.

Sebbene ci sia **ancora molto da fare**, sono stati compiuti numerosi **passi in avanti**. Almeno nove stati, ora, prescrivono che le ricognizioni, sia personali sia a mezzo di fotografie, siano condotte "**alla cieca**", cioè da un ufficiale di polizia che non abbia familiarità con le indagini. In molte giurisdizioni si richiede altresì che gli organi investigativi procedano alla ricognizione personale e all'esame fotografico secondo linee guida volte a minimizzare il rischio di condotte suggestive. Inoltre, undici stati oggi fanno obbligo di **indicare a verbale il grado di sicurezza** iniziale del testimone che effettua l'identificazione, e di mettere il documento a disposizione della difesa. Se, da un lato, non vi sono dubbi in merito alla necessità di ulteriori riforme – come la previsione di norme che impongano di documentare, tramite **videoregistrazioni**, l'intera procedura di ricognizioni (e, possibilmente, anche le reazioni dei testimoni), e l'introduzione di forme di addestramento del personale investigativo che conduce le ricognizioni, così da scongiurare il pericolo di suggestioni anche involontarie –, dall'altro lato, quello delle procedure di polizia è un terreno sul quale **è certamente possibile intervenire**, con misure concrete, per ridurre al minimo gli errori.

Tuttavia, né le corti né gli organi inquirenti hanno fatto granché per affrontare il problema più importante connesso alla testimonianza oculare, ossia l'imprecisione dovuta ai limiti di fondo insite nella percezione e nella memoria umane. Sebbene la decisione del caso *Manson* inviti i giudici federali a escludere l'ammissibilità della testimonianza oculare, in ragione non solo delle suggestioni da parte della polizia, ma anche dei profili di debolezza di cui si è detto, tale invito, essendo stato rivolto ai giudici prima che fossero disponibili la maggior parte delle ricerche sui

difetti meno evidenti della percezione e della memoria umane, nei fatti ha portato raramente alla predetta esclusione.

Più di recente, comunque, alcune corti statali, in particolare nel New Jersey, hanno cominciato a sperimentare un approccio diverso: **informare i giurati** sui più sottili limiti della percezione e della memoria dell'uomo, capaci di influenzare il processo di identificazione dei testimoni oculari, oppure consentire a **testimoni esperti** di rendere dichiarazioni su questi limiti. Purtroppo, i risultati dei primi studi riconoscono a tali misure un'**efficacia modesta**. Per un verso, infatti, i giurati tenderebbero a interpretare le istruzioni del giudice, specificamente riguardanti l'identificazione da parte del testimone oculare, come una sorta di messaggio velato di sfiducia nei confronti del testimone stesso; pertanto, anziché cercare di distinguere quali identificazioni siano maggiormente suscettibili di essere state influenzate dai fattori menzionati dal il giudice, i membri della giuria finiscono con l'**ignorare** *in toto* **le istruzioni** ricevute. Per altro verso, la testimonianza esperta spesso si trasforma in una **battaglia tra i consulenti** di entrambe le parti, le cui rispettive conclusioni, secondo gli studi, vengono del tutto ignorate dalla giuria[4]. In entrambi i casi, ciò che emerge è che i giurati non hanno ancora affrontato seriamente il difficile compito di distinguere tra le ricognizioni affidabili e quelle che invece non lo sono.

A mio parere, le predette misure non tengono neppure conto del fatto che la stragrande maggioranza dei procedimenti penali – oltre il 95% – si concludono con un patteggiamento o con transazioni stragiudiziali, che **non richiedono l'accertamento dei fatti** da parte di un giudice o di una giuria. I processi veri e propri, invece, sono oggi in gran parte nelle mani dei pubblici ministeri, che dispongono di una **discrezionalità pressoché illimitata** nel decidere chi dovrà essere indicato come imputato, in relazione a quale titolo di reato, e in che modo deve essere portata avanti l'accusa[5]. Per quanto tutto ciò sia decisamente spiacevole, è improbabile che possano verificarsi cambiamenti nell'immediato futuro. Pertanto, la cosa migliore da fare, ora, per ridurre la frequenza di identificazioni imprecise da parte dei testimoni oculari, è di **garantire una formazione ai pubblici ministeri**, mediante appositi corsi all'inizio della loro carriera, in merito ai rischi di errore, che continuano a sussistere anche quando le procedure di polizia siano state svolte perfettamente e non siano dunque passibili di contestazione. Forse le corti non sono in condizione di prevedere una simile formazione (ma lo sarebbero certamente gli organi dell'esecutivo e del legislativo); nondimeno, esse potrebbero farsi portavoce della predetta esigenza e chiedere con forza l'adozione di procedure *ad hoc*.

Merita, poi, di essere menzionato anche un altro fattore importante ai fini dell'attenuazione i questi problemi. Per molti reati comuni, come la rapina, la presenza di **telecamere di sorveglianza** all'interno degli esercizi commerciali e degli edifici ha reso gli organi di polizia un po' meno dipendenti dalle identificazioni da parte dei testimoni oculari. Si dovrebbe, pertanto, incoraggiare una **maggiore diffusione** dell'utilizzo degli strumenti di videosorveglianza. Certo, si tratta di una soluzione solamente parziale del problema, non soltanto perché gli autori di reato fanno di tutto per evitare di essere scoperti, ad esempio indossando maschere, ma anche perché la maggior parte dei crimini violenti è commessa da individui non mascherati, in luoghi come vicoli e case private in cui non sono presenti videocamere.

Per il sistema giudiziario, dunque, quella della testimonianza oculare costituisce **una sfida diversa da qualsiasi altra**. In molti casi, l'unica prova diretta della responsabilità di un soggetto in relazione a uno specifico reato è rappresentata dalla testimonianza oculare. Tuttavia,

---

[4] er una disamina più completa di questi studi preliminari, vedi J. S. Rakoff, E.F. Loftus, *The Intractability of Inaccurate Eyewitness Identification*, in *Daedalus*, Vol. 147, 2018, pp. 90 ss.

[5] Si veda il mio articolo *Why Innocent People Plead Guilty*, in *The New York Review*, 20 novembre 2014.

la scienza moderna lascia intendere che gran parte di tali testimonianze è intrinsecamente inaffidabile, e i membri della giuria non sono in grado di prendere atto prontamente, con la loro esperienza, di tale circostanza. **Il risultato, purtroppo, è un'alta probabilità di condanne ingiuste**.

DIRITTO PENALE
E UOMO

Storia

Vicino a te

L'ordinaria immobilità di una domenica all'interno del carcere minorile.

di Greta Montaruli

Circa una volta alla settimana entro come volontaria in un istituto penale per minorenni (IPM), il luogo di esecuzione della pena, o di misure cautelari detentive, per coloro che, all'epoca della commissione del reato, erano minorenni.

L'età dei detenuti accolti in IPM è compresa tra i quattordici e venticinque anni. La forma dell'IPM è quella di un istituto penitenziario vero e proprio.

Ogni volta che entro lì il tempo si ferma.

È come entrare in una zona separata dal resto del mondo in cui le regole della comunicazione e delle relazioni umane sono speciali.

L'organizzazione, all'interno dell'IPM, è pensata in funzione dell'**obiettivo educativo**, che viene perseguito in modo differente a seconda dell'età dei ragazzi i quali, perciò, sono divisi in gruppi – più o meno omogenei –, in base alle loro necessità trattamentali.

Io vado sempre a trovare il gruppo di "orientamento", che accoglie **ragazzi giovanissimi**, spesso appena arrivati, o che stanno svolgendo un programma educativo in una fase relativamente "iniziale", ovvero che non lavorano ancora.

Quando arrivo all'ingresso della sezione, al terzo piano, mi affaccio tra le sbarre della prima porta che divide me e i ragazzi detenuti e le impugno aspettando che l'assistente mi venga ad aprire.

A volte i ragazzi vengono a vedere chi arriva e si affacciano a loro volta.

L'ultima volta era **domenica**.

Un giorno vuoto per loro: non ci sono attività, non ci sono le educatrici, non ci sono colloqui con i famigliari.

BY-NC-ND

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

N. è un ragazzo afgano, venuto in Italia con il padre ed entrato da qualche settimana.

Mentre aspettavamo la guardia, N. è venuto verso di noi, ha impugnato le sbarre a sua volta e sorridendo ha detto «ragazzi, grandi che siete venuti a trovarci». L'assistente ha aperto le porte e io e il mio collega siamo entrati.

Il clima quella domenica era teso e anche triste.

I tre ragazzi della cella 1 "**erano chiusi**" come dicono le guardie. C'era stato un litigio tra loro e altri ragazzi della sezione, per cui la cella n. 1 era stata chiusa e loro tre non sarebbero potuti uscire in corridoio né fare l'ora d'aria in cortile.

Allora siamo andati a salutare gli altri che giravano per la sezione.

La sezione è composta da un corridoio con due aule comuni.

La prima è più ampia e lì si consumano i pasti.

La seconda è più stretta e c'è una televisione (che però funge solo da stereo perché per il resto non funziona), un biliardino e un vecchio divano sgangherato.

Negli orari in cui i ragazzi "**sono aperti**" girano per questi spazi, fumano sigarette, giocano a biliardino e ascoltano la musica. Quando "sono chiusi" stanno in cella.

Questo quando non ci sono in programma delle attività a cui partecipano, e quindi soprattutto nel *week-end*. Durante la settimana infatti **vanno a scuola** la mattina e **partecipano alle attività** che l'istituto è in grado di offrire il pomeriggio, come il laboratorio di musica.

Quel giorno i ragazzi che non avevano litigato erano abbastanza tranquilli e anzi sembravano quasi entusiasti di vedere qualcuno arrivato per stare con loro in quella giornata vuota. Questo calore era inaspettato.

Infatti le prime volte che siamo stati lì, i meno estroversi ci guardavano come alieni. Persone adulte e lontane dalle loro vite.

«Ovviamente siete qui per soldi» ci aveva detto M. la prima volta che ci ha visto, durante un pranzo.

Il concetto del volontariato per loro è difficile. La maggior parte di loro scopre lì che esiste e che cos'è. E comunque non è di facile comprensione per loro il fatto che tu voglia passare del tempo lì.

In ogni caso, le prime volte che siamo entrati in sezione, io e il mio collega, la maggior parte dei ragazzi è stata schiva. Si avvicinavano con fatica. Ci guardavano da lontano, come se fossimo **estranei nella loro casa**.

Domenica invece è andata diversamente.

Quella immediata dimostrazione di affetto da parte di N. era stata significativa di un clima diverso dal solito.

Non ero mai stata lì la domenica. In una precedente visita avevo chiesto quale fosse per loro **il giorno più difficile** della settimana e tutti mi avevano risposto che era la domenica, proprio perché **non c'è niente da fare**.

E il calore dimostrato a noi probabilmente è dipeso proprio da questo senso di noia, di vuoto, d'immobilità che si respirava.

C'era **tensione**, anche. Una tensione sospesa. Come se ci fosse una bomba pronta ad esplodere da un momento all'altro e loro fossero tutti in attesa di quel momento.

Immobilità e tensione come facce della stessa medaglia, momenti della stessa giornata.
Come se questi ragazzi lasciati con le loro sigarette in un corridoio, fossero inevitabilmente destinati a litigare.

N.I., un ragazzo arrivato da un paio di settimane e, nonostante la giovane età di 16 anni, già **detenuto per la seconda volta**, precedentemente non aveva mai parlato con me.

Aveva solo risposto a domande che gli avevo rivolto direttamente e da cui non poteva scappare, come durante un'interrogazione a scuola.

Quel giorno, invece, mi ha invitato a chiacchierare vicino alla finestra dove fumano le sigarette.

Ha tirato giù una panchina (che era in posizione verticale per non occupare spazio nell'aula comune) per farmi sedere e mi ha anche offerto una sigaretta.

Per loro è un gesto enorme perché le sigarette sono contate, costano e rappresentano uno dei loro svaghi principali.

Ovviamente ho rifiutato la sigaretta ma mi son seduta volentieri.

Io N.I., M.E. e un nuovo ragazzo abbiamo chiacchierato parecchio dei reati per cui sono entrati in IPM. Ne hanno parlato loro, senza che io chiedessi. Era **una presentazione di sé**.

Il nuovo ragazzo si è presentato dicendo «pensa te che io sono qua per una rapina che non ho commesso, vedi te!». Sorridendo, l'ho invitato ad approfondire.

Ad un certo punto ognuno voleva raccontare il suo reato e si parlavano sopra come i bambini che vogliono mettersi in evidenza agli occhi della maestra.

Sono adolescenti, **sono piccoli**, e alcuni di loro non sembrano avere la consapevolezza per cui ad ogni azione corrispondono cause e conseguenze.

Spesso sembra che si stupiscano delle seconde e che le prime non siano per loro oggetto di interesse. Sembra che alcuni di loro viaggino in base alle **emozioni del momento**.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

In quel momento con noi c'era anche M.E.

M.E. è un ragazzo cinese ma cresciuto a Milano nella zona di Loreto. Visto che è cinese tutti lo chiamano Cina. Quando si era presentato ci aveva detto di chiamarsi M.E., ma ci aveva dato il permesso di chiamarlo Cina.

Lui ad esempio mi ha raccontato che, dopo aver trascorso un periodo in carcere, ha ottenuto l'affidamento in comunità, che è una cosa positiva, in teoria meglio del carcere. Mi ha raccontato che appena è arrivato in comunità ha bevuto un caffè e poi **è scappato**. Morale, l'hanno riportato in carcere subito dopo.

Allora gli ho chiesto «ma perché sei scappato? Volevi tornare qui, forse non ti è piaciuta la comunità quando sei arrivato?». Stupidamente davo per scontato ci fosse una **progettualità** in quella fuga.

Invece lui con naturalezza massima mi aveva riposto «no, no, volevo solo scappare, ho bevuto il caffè e son scappato».

E da quello che ho sentito la maggior parte di loro fa cose di questo tipo, scappare dalla comunità *in primis*, ma senza un piano in mente, non per andare da un'altra parte o in un luogo migliore.

Ad un certo punto, mentre parlavo con loro, abbiamo sentito delle urla.

M., uno dei ragazzi "chiusi" nella cella 1 gridava e io ho riconosciuto subito la voce.

Ho chiesto a N.I. perché M. urlasse e lui, con molto rispetto e aria vissuta, come se stesse parlando di una cosa molto delicata, mi ha spiegato che M. ha queste reazioni perché «**si faceva**» prima di entrare e adesso gli danno una terapia per fronteggiare l'astinenza. Il problema è che ne vorrebbe di più.

Ho rassicurato N.I. sul fatto che M. si era confidato con me e mi aveva raccontato della tossicodipendenza.

«Eh ma del fratello lo sai?» ha continuato lui.

«No, cosa gli è successo?» ho chiesto a quel punto.

Lui tentennava prima di rispondere, come se non fosse sicuro di potermelo dire.

Poi, sempre con aria vissuta, ha iniziato a raccontare «eh, il fratello ci è rimasto sotto pesantemente».

Lo ascoltavo ma le urla di M. in sottofondo mi distraevano.

Allora ho deciso di andare da M. a vedere cos'avesse e stare un po' con i tre ragazzi della cella 1. Infatti tra le sbarre della cella c'è spazio e loro possono parlare e vedere chi è in corridoio.

Sono andata davanti alla cella e mi sono appoggiata alle sbarre, come sempre.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Ho infilato la mano dentro per salutarli uno per uno. Poi mi sono rivolta a M.

Lui nervosamente continuava ad andare avanti e indietro e alzava la voce lamentandosi di tutto e di tutti. Si riferiva al litigio con gli altri, dicendo che «quello stronzo gliela avrebbe pagata» e cose del genere.

Non riuscivo a seguire bene il discorso.

Ascoltavo e cercavo di farlo calmare un po', ma lui non sentiva ragioni.

Poi **si è sfogato** perché quella domenica era la festa della mamma e sono quattro mesi che non sente sua mamma, diceva. E si lamentava perché non gli facevano fare nemmeno una telefonata.

Poi è passato al tema della terapia: non funziona e lo fa solo arrabbiare di più.

Io stavo lì alle sbarre ad ascoltare.

Ho detto qualche parola per calmarlo, per farlo sentire ascoltato. Ma lui non sentiva ragioni, era tutto nero e la vita uno schifo.

Non l'avevo mai visto così negativo, di solito lui è espansivo ed estroverso.

La seconda volta che sono stata con loro, mi era venuto incontro e si era presentato subito dicendo che lui era scappato dalla comunità e che l'avevano portato lì.

Aveva spiegato che è **tossicodipendente dalla cocaina**. Questa era stata la seconda cosa detta dopo il nome.

Mi aveva colpito molto, trattandosi di un ragazzino di sedici anni.

M. a differenza di altri non è schivo. Sembra fidarsi degli altri, come se il bisogno dello scambio umano superasse la vergogna, la sfiducia, la diversità e tutto ciò che invece inibisce i ragazzini di quell'età, soprattutto in carcere. Infatti quando mi vede mi parla sempre, mi fa delle domande e mi saluta con affetto.

Ma domenica proprio era una giornata no.

Ho cercato di ricordagli che venerdì avrebbe avuto il processo, di stare calmo.

Poi l'ho salutato con affetto e così gli altri due ragazzini chiusi con lui, che durante questa conversazione erano stati seduti sul letto a guardare me e M. parlare.

Ho sentito dire una volta, da alcuni del gruppo, che uno dei due in cella con M., quello più basso, ha **21 reati** nel capo di imputazione e ha **soli 15 anni**.

Comunque con lui non sono mai riuscita a parlare.

L'assistente è venuto a chiamare me e il mio collega dicendoci che a breve avrebbe portato i ragazzi **giù all'aria** e che noi avremmo potuto iniziare a scendere, per una questione logistica.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

«Va bene, scendiamo».

A tutti, meno che ai ragazzi della cella 1, ho detto che ci saremmo visti in cortile.

Quel cortile è veramente triste. Tutto in cemento ed erba sintetica.

Domenica c'erano anche carte e plastica per terra. Notando la bottiglia di plastica a terra io e il mio collega ci siamo guardati con sconforto.

Per i ragazzi quello è il momento più bello della giornata: campetto da calcio, la palla e basta.

Perché nessuno raccoglie le carte e la plastica da terra?

Appena sono scesa in cortile ho visto A., il primo ragazzo che ho conosciuto in IPM.

Non lo vedevo da un mese.

Prima era nel mio gruppo, poi non l'ho più visto e non avevo capito dalle parole dell'educatrice se fosse uscito o se fosse stato trasferito.

Domenica era seduto sul muretto davanti al campo.

Sono andata lì, gli ho dato la mano e gli ho detto «A! è un po' che non ti vedo».

«Uei ciao, ero uscito e mi sono rivenuti a prendere ieri…» mi ha risposto con un'aria tra lo sconforto, la rassegnazione e la consapevolezza di stare dicendo una cosa interessante.

«Ma come?»

«Eh sì, ero uscito e son rientrato».

Non abbiamo approfondito.

«Allora in che gruppo sei adesso?»

«Al secondo, perché al primo non c'era posto».

«Ho capito».

Mi sono seduta vicino a lui a guardare altri ragazzi che stavano giocando.

A quel punto la guardia li ha radunati per farli risalire in sezione, visto che dovevano scendere i ragazzi della prima sezione e i due gruppi si sarebbero alternati.

Ho salutato A, gli ho dato la mano.

Ho osservato la procedura di raduno eseguita dalla guardia.

dpu DIRITTO PENALE E UOMO

Nel carcere minorile è tutto scandito da procedure di movimento e controllo dei ragazzi.

Sono rimasta lì ad aspettare i "miei".

Mentre aspettavo seduta sul gradino del campetto pensavo alle percezioni. Pensavo alla tristezza che mette quel campo da calcio e a come invece per loro rappresenti aria, luce, movimento, libertà.

Un momento fondamentale, soprattutto in giornate tese e vuote come quella domenica.

Mi chiedevo **come possa bastare** un momento di aria, in giornate così.

Come possano bastare, in quelle giornate, un corridoio, un biliardino, un pacchetto di sigarette e la presenza di qualche volontario.

Può bastare?

DIRITTO PENALE
E UOMO

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org