

Novembre 2019

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
11/2019

EDITORE

Luca Santa Maria e Associati Studio Legale

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), 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 Riscato, 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

Criminal Law and Human Condition

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

Intervista

1 L'IMPUTABILITÀ DEL MINORENNE. INTERVISTA AD ANTONIO CERASA

Redazione, Antonio Cerasa

Intervista

22 L'IMPUTABILITÀ DEL MINORENNE. INTERVISTA A CHIARA SCIVOLETTO

Redazione, Chiara Scivoletto

Intervista

8 L'IMPUTABILITÀ DEL MINORENNE. INTERVISTA AD ALFIO MAGGIOLINI

Redazione, Alfio Maggiolini

Riflessione

27 ABBASSARE A DODICI ANNI LA SOGLIA DELL'IMPUTABILITÀ?

Uno scambio di opinioni in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge

Giovanni Berlucchi, Lucio Camaldo, Antonio Cerasa, Anna Lucchelli, Alfio Maggiolini, Franco Martelli, Alessandro Rudelli, Cristina Saottini, Chiara Scivoletto, Piergiorgio Strata, Mario Tantalò

Intervista

15 L'IMPUTABILITÀ DEL MINORENNE. INTERVISTA AD ALESSANDRO RUDELLI

Redazione, Alessandro Rudelli

Riflessione

37 QUANDO IL CERVELLO È "MATURO"?

Susanna Arcieri

Intervista

**72 INTERVISTA A PHILIP
ZIMBARDO - P.TE 3**

*La politica penitenziaria
negli USA*

Susanna Arcieri, Giovanna Baer,
Matteo Vizzardi, Philip G. Zimbardo

Intervista

**42 NATURA E FUNZIONI
DELLA
RESPONSABILITÀ.
INTERVISTA A CARLA
BAGNOLI**

Redazione, Carla Bagnoli

Riflessione

**78 LA TUTELA DELLE
DONNE DALLA
VIOLENZA
DELL'UOMO: DAL
CODICE ROCCO... AL
CODICE ROSSO**

Fabio Basile

Riflessione

**49 EPILOGO. TRA
PRESENTE E FUTURO**

Giovanni Fiandaca

Riflessione

Articolo

**54 IL VAGLIO ESTESO
AL MERITO SULLE
SANZIONI
DISCIPLINARI
CARCERARIE**

Lorenzo Cattelan

94 ESISTE L'EMPATIA?

Mario Iannucci, Gemma Brandi

Riflessione

101 L'IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE NEL COMPLESSO RAPPORTO TRA PROCEDIMENTO DI COGNIZIONE E PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

Cass., Sez. VI, sent. 2 aprile 2019 (dep. 11 ottobre 2019), n. 41975, Pres. Petruzzellis, rel. Tronci, ric. I. e altra

Fabrizio Cosentino

Intervista

105 QUESTIONI DI FINE VITA. INTERVISTA A MARINA LALATTA COSTERBOSA

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)

Redazione, Marina Lalatta Corsterbosa

Intervista

108 QUESTIONI DI FINE VITA. INTERVISTA A CARLO MELZI D'ERIL E GIULIO ENEA VIGEVANI

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)

Redazione, Carlo Melzi d'Eril, Giulio Enea Vigevani

Fabio Fiorentin

Intervista

112 QUESTIONI DI FINE VITA. INTERVISTA A MARIO TANTALO

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)

Redazione, Mario Tantalo

Riflessione

116 **SCIENZA E DIRITTO
SI INCONTRANO
ALLA RICERCA
DELL'UOMO**

*La Corte di cassazione (Sez. I,
11607/2018) apre a una nuova
considerazione del giovane
adulto che delinque*

Giulia Giglio Sarlo

Intervista

— L'imputabilità del minorenne. Intervista ad Antonio Cerasa

Domande in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri)*

Minor's culpability. Interview with Antonio Cerasa

Questions regarding minors' imputability in light of the recent draft law (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri).

di Redazione, Antonio Cerasa

Abbiamo chiesto ad Antonio Cerasa, Ricercatore presso l'Istituto di bioimmagini e fisiologia molecolare (IBFM) - CNR e Professore Aggregato di Psicologia Fisiologica all'Università "Magna Graecia" di Catanzaro, di illustrarci il suo punto di vista professionale sul tema dell'imputabilità del minore, a partire dagli spunti offerti dalle recenti iniziative legislative volte ad abbassare l'attuale di età - 14 anni - prevista per l'imputabilità penale.

Dal Suo punto vista professionale, ritiene che sia sensato abbassare la soglia di imputabilità penale del minorenne autore di reato da 14 anni (soglia attuale) a 12 anni? Perché?

Nel caso in cui la proposta dovesse tradursi in legge, quali sono, dal punto di vista scientifico, i possibili rischi o, viceversa, i vantaggi della sua entrata in vigore?

*"Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa" (1580).

Quello della definizione della soglia dell'età imputabile a scopi penali – specie se parliamo di individui molto giovani, addirittura di età inferiore ai 14 anni –, è senza dubbio un problema complesso.

Per provare a dare risposta agli interrogativi che mi vengono posti, credo sia utile – da un punto di vista neuroscientifico – domandarsi innanzitutto se esistano o meno delle basi biologiche tali da giustificare la scelta oggetto della presente proposta di legge, ovvero sia di abbassare a 12 anni l'attuale soglia dell'imputabilità penale.

A questo proposito, formulerò dapprima alcune riflessioni generali sull'età media di insorgenza di alcuni disturbi psichiatrici negli adolescenti; in secondo luogo, vorrei soffermarmi brevemente sul tema del neurosviluppo, per ripercorrere in particolare il quadro delle conoscenze scientifiche relative ai tempi e ai modi dello sviluppo del cervello degli adolescenti. Infine, dedicherò alcune considerazioni conclusive al possibile apporto offerto dalle neuroscienze al problema della definizione, in sede penale, della soglia minima di età imputabile.

1. L'abbassamento dell'età media di insorgenza dei disturbi del comportamento.

Vorrei prendere le mosse da alcune recenti acquisizioni nel campo della psichiatria, che possono a mio avviso aiutarci a comprendere meglio il complesso rapporto che esiste tra età, neurosviluppo e comportamento.

Numerosi disturbi psichiatrici emergono mediamente dai 14 anni in poi¹, salvo alcune eccezioni (come i disturbi d'ansia o quelli legati alla incapacità di controllare gli impulsi, che presentano un'età media di insorgenza più bassa – 11 anni circa)².

In linea generale, tuttavia, secondo alcuni ricercatori (pur in assenza, ad oggi, di dati multicentrici internazionali) l'età media di insorgenza di alcune patologie psichiatriche si sta abbassando rispetto al passato.

Esiste una spiegazione scientifica per questi fenomeni? Sicuramente, molto dipende dalle capacità diagnostiche che sono nettamente migliorate negli ultimi 20 anni grazie alla grande innovazione che ha interessato numerosi campi della medicina. Inoltre, posto che svariate forme di disagio mentale sono fortemente influenzate da fattori esterni, come la pressione sociale e lo *stress* ambientale, è molto probabile che anche i cambiamenti nella loro insorgenza siano connessi, almeno indirettamente, ai cambiamenti sociali che hanno caratterizzato le società occidentali nelle ultime decadi.

D'altra parte, però, se questi cambiamenti nell'età di insorgenza dei disturbi psichici possano essere associati a modifiche nell'andamento del neurosviluppo è un'ipotesi che ancora non ha riscontri.

2. Lo stato attuale delle conoscenze in materia di neurosviluppo.

¹ P. Fusar-Poli, *Integrated Mental Health Services for the Developmental Period (0 to 25 Years): A Critical Review of the Evidence*, in *Front Psychiatry*, 10, 355, 2019, pp. 1 ss.

² R.C. Kessler, P. Berglund, O. Demler, R. Jin, K.R. Merikangas, E.E. Walters, *Lifetime prevalence and age-of-onset distributions of DSM-IV disorders in the National Comorbidity Survey Replication*, in *Arch Gen Psychiatry*, 62(6), 2005, pp. 593 ss.

A scopo di chiarezza, può essere utile spendere qui qualche parola per spiegare cosa si intenda per “neurosviluppo”.

Per secoli, medici e scienziati si sono chiesti come, quando e quanto la materia cerebrale si sviluppasse. Prima dell’avvento delle moderne tecniche di risonanza magnetica, infatti, non era possibile indagare direttamente la materia neurale durante la crescita dell’individuo. All’epoca di Costantino Economo nei primi anni del ‘900, si poteva lavorare solo con modelli *post-mortem* o animali. Si trattava, dunque, sempre di misure indirette. Con l’arrivo, negli anni ‘90, dell’*imaging* strutturale *in vivo*, fu finalmente possibile quantificare ogni piccolo cambiamento che avveniva all’interno della scatola cranica con riferimento a qualsiasi fascia di età³. Fu possibile disegnare le “traiettorie” che ogni singolo lobo o area cerebrale seguiva dalla nascita fino alla morte dell’individuo.

Si è così scoperto che lo sviluppo cerebrale non segue un andamento regolare; al contrario, i tempi necessari al neurosviluppo variano sensibilmente a seconda che si considerino le porzioni del cervello interessate dalla materia grigia – più esterna, che va a formare la corteccia cerebrale – o quelle interessate dalla materia bianca – interna, ubicata immediatamente sotto la corteccia –, le quali insieme costituiscono l’“architettura” di base di ciascuna regione cerebrale.

Per semplificare al massimo il discorso, proviamo a pensare al cervello umano come a un palazzo su più piani. I singoli piani rappresentano gli strati di cui è composta la materia grigia sulla corteccia cerebrale, ciascuno dei quali presenta una particolare tipologia e conformazione di neuroni.

Il neurosviluppo delle singole sezioni della corteccia inizia immediatamente dopo la nascita e, da lì in poi, cresce esponenzialmente, raggiungendo il picco intorno ai 10-12 anni; da quel momento in avanti, esso tende a stabilizzarsi per il resto della vita⁴.

All’interno dei “piani”, o strati della corteccia, si trova poi un insieme complesso di massa neurale (corpi cellulari, alberi dendritici, sinapsi, vasi sanguigni, ecc..) che, seguendo la metafora del palazzo, è rappresentata dagli interni dei singoli appartamenti sui vari piani. Il neurosviluppo di questa seconda componente cerebrale è più lento, perché raggiunge il picco solo dopo i 14 anni, momento a partire dal quale comincia una lunga decadenza, che porterà a perdere lo 0.2/0.5%⁵ di valore assoluto per ogni anno di vita fino alla morte⁶.

Un’abitazione, per essere funzionale, necessita però altresì dell’allaccio della corrente, del gas, della rete idrica e di quella rete telefonica. In termini neurobiologici, stiamo ora parlando della materia bianca, che si comporta in maniera diversa rispetto alla grigia. La materia bianca, infatti, cresce in modo estremamente lento, secondo un processo che la porterà a raggiungere il picco nella prima fase dell’età adulta intorno ai 22-30 anni⁷. Da quel momento in poi, comincerà

³ Per una revisione di questa parte storica delle neuroscienze leggere il libro: A. Cerasa, F. Tomaiuolo, *La scatola magica: all’origine delle neuroscienze*, Hoepli Editore, 2019.

⁴ P. Shaw, N.J. Kabani, J.P. Lerch, K. Eckstrand, R. Lenroot, N. Gogtay, D. Greenstein, L. Clasen, A. Evans, J.L. Rapoport, J.N. Giedd, S.P. Wise, *Neurodevelopmental trajectories of the human cerebral cortex*, in *J Neurosci*, 28(14), 2008, pp. 3586 ss.

⁵ A. Pfefferbaum, D.H. Mathalon, E.V. Sullivan, J.M. Rawles, R.B. Zipursky, K.O. Lim, *A quantitative magnetic resonance imaging study of changes in brain morphology from infancy to late adulthood*, in *Arch Neurol*, 51, 1994, pp. 874 ss.

⁶ A. Raznahan, P. Shaw, F. Lalonde, M. Stockman, G.L. Wallace, D. Greenstein, L. Clasen, N. Gogtay, J.N. Giedd, *How does your cortex grow?*, in *J Neurosci*, 31(19), 2011, pp. 7174 ss.

⁷ D.H. Salat, D.S. Tuch, D.N. Greve, A.J. van der Kouwe, N.D. Hevelone, A.K. Zaleta, B.R. Rosen, B. Fischl, S. Corkin, H.D. Rosas, A.M. Dale, *Age-related alterations in white matter microstructure measured by diffusion tensor imaging*, in *Neurobiol. Aging*, 26, 2005, pp. 1215 ss.

una lenta ma progressiva perdita di mielinizzazione delle fibre esattamente come descritto per la materia grigia.

Dunque, in estrema sintesi: mentre la struttura portante del cervello, ossia la materia grigia, viene costruita subito, la materia bianca – che, come i servizi di un’abitazione, consente di stabilire una “connessione” con il mondo esterno – richiede tempi decisamente più lunghi⁸.

Le conoscenze acquisite dalla scienza medica grazie al ricorso alle nuove tecnologie non sono tuttavia limitate a queste scoperte.

Con il progressivo aumento della potenza dei campi magnetici – siamo infatti passati rapidamente da risonanze che avevano un campo magnetico di 1.5 Tesla, a 3/7 Tesla, fino a 9.4 Tesla, con un aumento esponenziale della capacità di risoluzione utile a definire la morfologia cerebrale – è stato possibile apprendere che lo sviluppo cerebrale non è affatto omogeneo, ma al contrario interessa in modo diverso ogni singola area del cervello. Pare infatti che lo sviluppo di ogni centimetro di superficie corticale abbia un proprio specifico andamento nel tempo, che spesso non segue criteri lineari o esponenziali e procede lungo traiettorie diverse che variano a seconda dell’età. Questa incredibile variabilità si manifesta soprattutto nei primissimi anni di vita e si mantiene fino ai 12-14 anni, per poi diminuire progressivamente⁹. Una delle regioni maggiormente interessate da tale variabilità è la corteccia orbitofrontale, un’area particolarmente critica per quanto riguarda la regolazione degli stimoli e degli stati emotivi. Esistono infatti parti della corteccia orbitofrontale che si sviluppano anche prima dei 10 anni; con riguardo ad altre, invece, lo sviluppo prosegue fino a 14 anni, secondo un andamento anch’esso estremamente vario – lineare, cubico o quadratico, a seconda delle varie zone.

3. Neurosviluppo, neuroscienze e imputabilità penale.

Per tornare ai quesiti posti inizialmente, ritengo che le conoscenze attuali in materia di neurosviluppo¹⁰ non possano in alcun modo essere poste a fondamento della proposta di abbassare da 14 a 12 anni l’età minima per l’imputabilità penale.

Per un verso perché, allo stato, non sappiamo se – neurobiologicamente parlando – le generazioni di oggi sviluppino più velocemente rispetto a quelle di 30-40 anni fa o oltre.

Per altro verso perché, se anche fossimo in grado di affermare, in maniera scientificamente fondata, che si è effettivamente verificata un’accelerazione nel neurosviluppo negli ultimi anni (grazie, ad esempio, ad una alimentazione più equilibrata, ad una miglior vaccinazione, a condizioni ambientali più favorevoli), con ciò non avremmo comunque risolto il problema della definizione dell’età imputabile.

Il comportamento delle persone, infatti, non dipende in via esclusiva dal loro livello di maturazione cerebrale. Il mio cervello può essere perfettamente sviluppato già a 9 anni, ma non

⁸ P. Kochunov, L.E. Hong, *Neurodevelopmental and neurodegenerative models of schizophrenia: white matter at the center stage*, in *Schizophr Bull*, 40(4), 2014, pp. 721 ss.

⁹ Y. Ostby, C.K. Tamnes, A.M. Fjell, L.T. Westlye, P. Due-Tønnessen, K.B. Walhovd, *Heterogeneity in subcortical brain development: A structural magnetic resonance imaging study of brain maturation from 8 to 30 years*, in *J Neurosci*, 29(38), 2009, pp. 11772 ss.

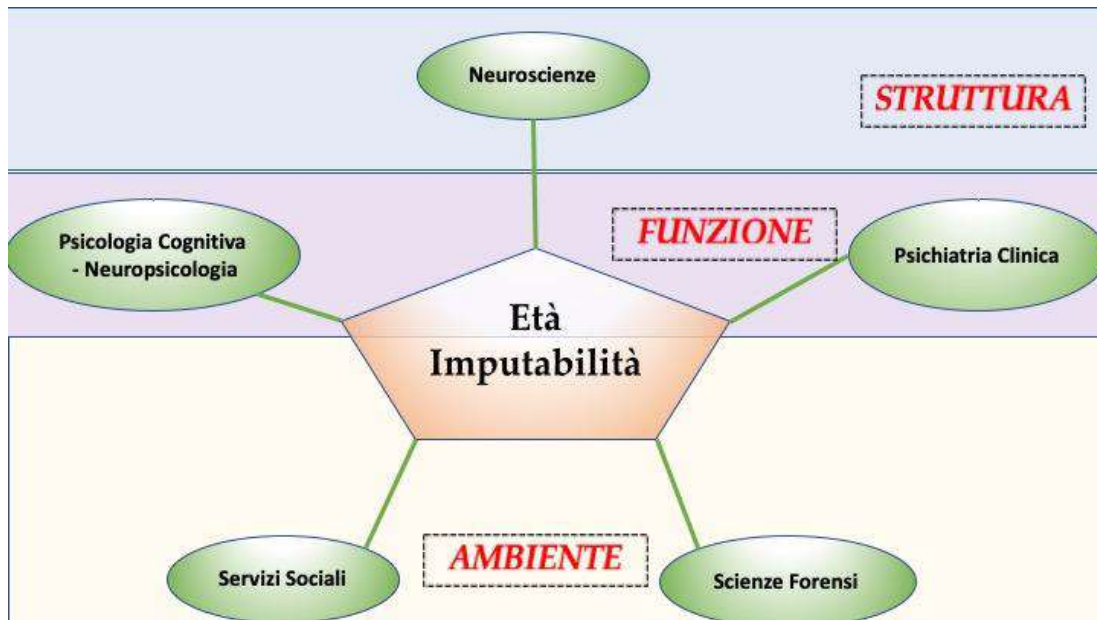
¹⁰ Conoscenze che oggi si stanno ampliando sempre di più grazie a nuovi modelli teorici come quello affrontato dai seguenti Autori: X.N. Zuo, Y. He, R.F. Betzel, S. Colcombe, O. Sporns, M.P. Milham, *Human Connectomics across the Life Span*. In *Trends Cogn Sci.*, 21(1), 2017, pp. 32 ss.

per questo sarò più intelligente o più bravo dei miei coetanei a controllare le mie emozioni. Infatti, ciò che, a livello comportamentale, fa la differenza tra individui è in gran parte l'ambiente o contesto di vita, che permette al singolo giovane di crescere più o meno velocemente. Insomma, a mio avviso la "cerebralizzazione" dell'essere umano (come la definivano Umiltà e Legrenzi)¹¹, non può risolvere l'annoso dilemma sull'età dell'imputabilità.

Nondimeno, sono convinto che le neuroscienze, e non solo queste, possano fornire indicazioni utili alle scienze giuridiche per affrontare i problemi connessi alla definizione e all'accertamento dell'imputabilità.

A questo proposito, mi sono permesso di illustrare il mio pensiero con una semplice figura, in cui sono rappresentati i diversi campi scientifici coinvolti nel problema di cui parliamo.

Ho provato a immaginare una divisione basata su: a) Struttura; b) Funzione; c) Ambiente.



In una prima fase vengono in luce, le *neuroscienze*, che possono fornire le informazioni *strutturali* di natura neurobiologica utili a spiegare cosa è e come avviene la maturazione cerebrale dalla fase infantile a quella della pubertà (il neurosviluppo, appunto). In particolare, un settore che a mio avviso presenta enormi potenzialità in questo ambito è quello delle Neuroscienze Computazionali, di cui fa parte l'intelligenza artificiale (IA).

A questa conoscenza si collegano poi quelle inerenti la *funzione* cerebrale: in questo senso, assumono importanza la *psicologia cognitiva*, che può aiutarci a capire quali sono i processi cognitivi che il singolo soggetto mette in atto quando compie le proprie scelte (le quali dipendono delle sue pulsioni interne e del sistema di regole esterne nel quale è inserito) e la *psichiatria clinica*, cui spetterebbe il compito di fare luce sui possibili disturbi della sfera emotiva che impediscono o alterano i suddetti processi.

¹¹ P. Legrenzi, C. Umiltà, *Neuro-mania, il cervello non spiega chi siamo*, Il Mulino, 2009.

L'insieme di tutte queste conoscenze dovrebbe essere trasferita nel contesto concreto in cui operano gli avvocati, i giudici e gli assistenti sociali, perché possano rappresentare un ausilio per la definizione di linee guida in materia di gestione del minore.

Prima di concludere su questo argomento, vorrei tornare brevemente alle neuroscienze, e segnatamente alle neuroscienze computazionali, un settore che a mio avviso potrebbe rivelarsi estremamente importante nell'ambito della riflessione sull'imputabilità minorile.

Credo in particolare che tale disciplina possa offrire indicazioni preziose per quanto riguarda la profilazione psico-sociale dei giovani autori di reati, mettendo in luce – ad esempio – l'esistenza di eventuali differenze connesse all'età o della fascia di età (es. 12, 14 o 18 anni) del minore.

Per scendere più nel concreto del funzionamento degli algoritmi di IA, possiamo fare l'esempio che segue: immaginate di avere 3 gruppi di giovani di età diversa (12, 14 e 18 anni), autori tutti del medesimo reato.

Ipotizziamo che ogni gruppo sia composto da 100 unità e di avere a disposizione, per ciascun membro del campione, dati: a) demografici, b) sociali, c) psicologici (ottenuti tramite anamnesi e test quantitativi) e d) cognitivi (test neuropsicologici).

Ora, l'impiego degli algoritmi prevede un processo in due fasi, una prima fase di *learning* e una successiva che prende il nome *testing*.

La prima fase è quella dedicata all'apprendimento (*learning*, appunto) delle informazioni in nostro possesso: immaginiamo allora di "inserire" all'interno del sistema di IA la metà dei dati riguardanti i tre gruppi. A seguito del processo di elaborazione, l'algoritmo sarà in grado di individuare un profilo unico, costituito da un insieme di caratteristiche multidimensionali (a+b+c+d) sulla cui base imparerà a distinguere i 12enni rispetto ai 14enni o ai 18enni.

La fase successiva, quella di *testing*, è finalizzata a verificare la correttezza delle elaborazioni operate dal sistema. Immaginiamo allora di mettere a disposizione dell'algoritmo l'altra metà dei dati in nostro possesso, contestualmente chiedendogli di identificare, all'interno del campione, i ragazzi di 12 anni. In questa fase, però, l'algoritmo di IA non conosce la provenienza dei dati che gli vengono forniti senza "l'etichetta" della classe di appartenenza.

Se il sistema darà una risposta errata, ciò significa che il profilo multidimensionale individuato in precedenza, durante la fase di *learning*, era debole: il che rappresenterà per noi un indizio del fatto che, in realtà, non esiste una profilazione psico-sociale dello stesso reato differenziata per fascia di età.

Se invece la risposta fornita dal sistema risulterà corrispondente – o, quantomeno, sufficientemente vicina – alla realtà, ecco che avremmo trovato (ipoteticamente) un profilo, a parità di reato commesso, in grado di differenziare l'età anagrafica del suo autore.

In definitiva, possiamo affermare che, per rispondere alla complessa domanda posta all'inizio dell'intervista, occorre un modello scientifico parimenti complesso, caratterizzato da un approccio multidisciplinare e che comporti l'utilizzo di strumenti multidimensionali come quelli su cui si basa l'Intelligenza Artificiale.

Bibliografia.

A. Cerasa, F. Tomaiuolo, *La scatola magica: all'origine delle neuroscienze*, Hoepli Editore, 2019.

P. Fusar-Poli, *Integrated Mental Health Services for the Developmental Period (0 to 25 Years): A Critical Review of the Evidence*, in *Front Psychiatry*, 10, 355, 2019, pp. 1 ss.

R.C. Kessler, P. Berglund, O. Demler, R. Jin, K.R. Merikangas, E.E. Walters, *Lifetime prevalence and age-of-onset distributions of DSM-IV disorders in the National Comorbidity Survey Replication*, in *Arch Gen Psychiatry*, 62(6), 2005, pp. 593 ss.

P. Kochunov, L.E. Hong, *Neurodevelopmental and neurodegenerative models of schizophrenia: white matter at the center stage*, in *Schizophr Bull*, 40(4), 2014, pp. 721 ss.

P. Legrenzi, C. Umiltà, *Neuro-mania, il cervello non spiega chi siamo*, Il Mulino, 2009.

Y. Ostby, C.K. Tamnes, A.M. Fjell, L.T. Westlye, P. Due-Tønnessen, K.B. Walhovd, *Heterogeneity in subcortical brain development: A structural magnetic resonance imaging study of brain maturation from 8 to 30 years*, in *J Neurosci*, 29(38), 2009, pp. 11772 ss.

A. Pfefferbaum, D.H. Mathalon, E.V. Sullivan, J.M. Rawles, R.B. Zipursky, K.O. Lim, *A quantitative magnetic resonance imaging study of changes in brain morphology from infancy to late adulthood*, in *Arch Neurol*, 51, 1994, pp. 874 ss

J.L. Rapoport, J.N. Giedd, S.P. Wise, *Neurodevelopmental trajectories of the human cerebral cortex*, in *J Neurosci*, 28(14), 2008, pp. 3586 ss.

A. Raznahan, P. Shaw, F. Lalonde, M. Stockman, G.L. Wallace, D. Greenstein, L. Clasen, N. Gogtay, J.N. Giedd, *How does your cortex grow?*, in *J Neurosci*, 31(19), 2011, pp. 7174 ss.

D.H. Salat, D.S. Tuch, D.N. Greve, A.J. van der Kouwe, N.D. Hevelone, A.K. Zaleta, B.R. Rosen, B. Fischl, S. Corkin, H.D. Rosas, A.M. Dale, *Age-related alterations in white matter microstructure measured by diffusion tensor imaging*, in *Neurobiol. Aging*, 26, 2005, pp. 1215 ss.

P. Shaw, N.J. Kabani, J.P. Lerch, K. Eckstrand, R. Lenroot, N. Gogtay, D. Greenstein, L. Clasen, A. Evans, J.L. Rapoport, J.N. Giedd, S.P. Wise, *Neurodevelopmental trajectories of the human cerebral cortex*, in *J Neurosci*, 28(14), 2008, pp. 3586 ss.

X.N. Zuo, Y. He, R.F. Betzel, S. Colcombe, O. Sporns, M.P. Milham, *Human Connectomics across the Life Span*. In *Trends Cogn Sci.*, 21(1), 2017, pp. 32 ss.

Intervista

— L'imputabilità del minorenne. Intervista ad Alfio Maggiolini

Domande in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri)*

Minor's culpability. Interview with Alfio Maggiolini

Questions regarding minors' imputability in light of the recent draft law (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri).

di Redazione, Alfio Maggiolini

Abbiamo chiesto ad Alfio Maggiolini, psicologo psicoterapeuta, Professore universitario di Psicologia del ciclo di vita, direttore della scuola di psicoterapia del Minotauro di Milano e consulente del Centro per la giustizia minorile della Lombardia, di illustrarci il suo punto di vista professionale sul tema dell'imputabilità del minore, a partire dagli spunti offerti dalle recenti iniziative legislative volte ad abbassare l'attuale di età – 14 anni – prevista per l'imputabilità penale.

Dal Suo punto vista professionale, ritiene che sia sensato abbassare la soglia di imputabilità penale del minorenne autore di reato da 14 anni (soglia attuale) a 12 anni? Perché?

L'idea che sia opportuno abbassare l'età imputabile può essere basata su alcuni presupposti:

*"Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa" (1580).

- L'anticipazione dell'ingresso nella pubertà degli adolescenti di oggi.
- La conseguente maggiore maturità, che li rende più responsabili del loro comportamento.
- L'aumento dei reati commessi da minorenni, in particolare da preadolescenti.
- L'utilità di un intervento precoce del sistema penale con i preadolescenti.

Discuto brevemente questi presupposti dal punto di vista della psicologia dello sviluppo, con particolare riferimento ai concetti di responsabilità e imputabilità, alla diffusione dei reati degli adolescenti e agli interventi efficaci sui comportamenti antisociali dei minori.

Una riflessione preliminare sul concetto di imputabilità da un punto di vista di psicologia dello sviluppo: l'imputabilità è correlata al riconoscimento della responsabilità, che prima di essere un concetto giuridico è un concetto relazionale, un modo di descrivere reciproche aspettative nelle relazioni sociali. Responsabilità, infatti, significa "rispondere" delle conseguenze dei propri comportamenti. È quindi un impegno nelle relazioni sociali.

Da un punto di vista evolutivo, già nei primi anni di vita un bambino ha un senso di responsabilità del proprio comportamento. Ha la capacità, infatti, di capire le conseguenze dei propri comportamenti sugli altri e di provare senso di colpa. Questa capacità è basata sulla percezione di essere un soggetto agente e non solo sull'autocontrollo e nemmeno sulla libertà del volere. Quando un bambino vede che un suo comportamento provoca una reazione in un genitore, sente che questa reazione è una risposta al suo comportamento e se compie un'azione riprovevole può provare senso di colpa. I genitori, che sono consapevoli di questa capacità, possono rimproverare un figlio per i suoi comportamenti inadeguati. Lo considerano, quindi, educativamente responsabile e "imputabile", cioè meritevole di eventuali sanzioni.

Attorno ai sette anni c'è un passaggio evolutivo importante in questa dinamica, perché un bambino incomincia non solo ad essere consapevole delle conseguenze delle sue azioni sugli altri, ma anche ad essere in grado di assumersi impegni. I sette anni sono un *turning point* e nel cervello dei bambini, a partire da questa età, si stabilisce una rete di regioni cerebrali connesse, che favorisce una migliore distinzione tra stati fisici e intenzionali, una più complessa comprensione dei ruoli e un maggior senso di *agency*. In età di scuola elementare un bambino può essere rimproverato e punito non solo per quello che ha fatto, ma anche per quello che ci si aspettava che facesse e che non ha fatto.

All'ingresso in adolescenza, nell'età delle scuole medie, ci sono altri importanti cambiamenti. In preadolescenza non cambia solo il corpo, con la maturazione sessuale, ma anche il cervello. Si avvia, infatti, un importante processo di maturazione, in una prima fase di aumento di connessioni sinaptiche tra i neuroni e, in una seconda fase, nell'adolescenza vera e propria, di potatura o sfoltimento sinaptico – in cui vengono eliminate dal cervello le connessioni meno importanti o poco utilizzate – e di mielinizzazione – in cui gli assoni delle vie neurali importanti vengono ricoperti da una guaina isolante, la mielina, che li rende più veloci ed efficienti. Questo processo di maturazione cerebrale non è limitato agli anni della pubertà, ma si completa dopo i vent'anni. Questi cambiamenti cerebrali, accanto a quelli ormonali, danno ragione della maggiore reattività emotiva e impulsività degli adolescenti, soprattutto nella prima adolescenza, perché maturano prima le aree limbiche del cervello, che riguardano le emozioni e gli impulsi, e solo più tardi quelle neocorticali, deputate al controllo. Passare dall'eteroregolazione da parte degli adulti all'autoregolazione comporta facilmente una fase di disregolazione, che non riguarda le capacità cognitive, ma i criteri di valutazione delle azioni. Per esempio, un adolescente è in grado, come un adulto, di valutare le conseguenze rischiose di un certo comportamento, ma può usare diversi criteri di valutazione, soprattutto quando è in gruppo. Può quindi prevalere l'idea che un comportamento rischioso sia un segno di coraggio, con conseguente riduzione dei freni inibitori.

La capacità di prendere decisioni a freddo e individualmente, ovvero a caldo e in gruppo, sono più divergenti negli adolescenti che in un adulto.

I dati che provengono dagli studi sullo sviluppo degli adolescenti hanno influenzato gli orientamenti della giustizia minorile nel senso di riconoscere una “naturale immaturità” degli adolescenti. Anche a partire da questi dati la Suprema Corte degli USA nel 2005 ([caso Roper vs Simmons](#)) ha abolito della pena di morte per i minori di 18 anni.

In sintesi, anche se fin da bambini si è in grado di provare senso di colpa, di capire il valore delle proprie azioni e le conseguenze dei propri comportamenti sugli altri, è solo intorno ai vent'anni che si raggiunge una piena maturità cerebrale. Questa maturità è parallela alla progressiva acquisizione di un'identità sociale, che si sviluppa dal bambino all'adolescente fino al giovane adulto, quando all'individuo viene riconosciuto uno *status* di adulto, con diritti e doveri sociali e non più solo famigliari e interpersonali. La responsabilità sociale è parallela al riconoscimento dell'identità sociale.

Nell'ultimo secolo c'è stata un'anticipazione significativa della maturazione puberale, definita appunto “tendenza secolare”. Alla metà del 1800 l'esordio puberale era tra i 15 e i 16 anni, mentre attualmente per la maggior parte delle ragazze si situa a ridosso dell'ingresso nelle scuole medie (12 anni circa). Lo sviluppo dei maschi ha lo stesso andamento, con un ritardo di uno-due anni.

Questa anticipazione della pubertà, tuttavia, non comporta necessariamente una parallela anticipazione di maturazione e di comportamenti adulti. L'attuale generazione di adolescenti, i cosiddetti “nativi digitali”, è caratterizzata da una tendenza al ritiro sociale più che all'esternalizzazione dei comportamenti impulsivi e trasgressivi. I giovani d'oggi sono meno ribelli, più infelici e tendono a ritardare le tappe di ingresso nel mondo adulto invece di anticiparle. Negli Stati Uniti, negli ultimi vent'anni sono diminuite le gravidanze precoci, il debutto sessuale è posticipato, e gli adolescenti hanno meno *partner* sessuali. C'è quindi un rallentamento e non un'accelerazione dello sviluppo, nonostante l'anticipo della pubertà, negli adolescenti di oggi (Twenge, 2018).

L'ingresso anticipato nella pubertà, quindi, non ha aumentato la maturità degli adolescenti, mentre si è allungato il periodo in cui gli adolescenti sono esposti alle possibili conseguenze derivanti dall'immaturità cerebrale.

I comportamenti trasgressivi, soprattutto dei maschi, sono tipici degli adolescenti, in ogni epoca. La curva dei reati mostra che sono più frequenti i reati negli adolescenti e nei giovani adulti, con un calo nelle fasi successive del ciclo di vita. L'adolescenza, quindi, di per sé è un fattore di rischio per i comportamenti trasgressivi. Il passaggio da queste caratteristiche fisiologiche a un disturbo antisociale di personalità e alla commissione di reati è frutto della combinazione di diversi fattori di rischio, temperamentali, famigliari, sociali e culturali (Maggiolini, 2014).

Se gli adolescenti sono per natura più impulsivi e quindi a rischio di commettere reati, qual è l'andamento dei reati minorili negli ultimi decenni? In realtà i reati degli adolescenti sono significativamente diminuiti nel corso dell'ultimo decennio a livello internazionale. La diminuzione arriva al 50% in alcuni paesi tra gli adolescenti di età compresa tra i 14 e i 15 anni e al 65% tra i preadolescenti di 12-13 anni. Il fattore che spiega maggiormente la diminuzione dei reati minorili è la diffusione di internet e degli *smartphone*. Da notare che la riduzione è tanto maggiore quanto più i ragazzi sono giovani (Berghuis, De Waard, 2017). La “rete”, quindi, non è

un fattore di rischio per i comportamenti impulsivi e per la commissione di reati e non c'è un'emergenza dei reati in rapporto all'età.

In sintesi, anche se gli adolescenti odierni hanno un ingresso nella pubertà precoce rispetto a quello dei minori di cent'anni fa, il loro percorso di maturazione non è accelerato. Vi sono, all'opposto, diversi indicatori che i "nativi digitali" stiano rallentando la crescita, invece di accelerarla, e diminuendo i comportamenti a rischio. La riduzione dei reati minorili nel mondo occidentale riguarda tutti i reati ed è più accentuato proprio nella prima parte dell'adolescenza. Una spiegazione è che gli adolescenti stiano riversando nel mondo virtuale esigenze di costruzione dell'idea di sé e della propria identità sociale e che questo passaggio riduca la ricerca di affermazione di sé messa in atto attraverso comportamenti anche impulsivi e di prevaricazione. Almeno per il momento, questo passaggio comporta una riduzione dei reati che non sono compensati da un aumento di reati in rete.

L'abbassamento dell'età imputabile non può essere quindi giustificato da considerazioni evolutive, ma eventualmente da ideologie sociali ed educative o da una logica di risposta sociale a problemi di comportamento dei preadolescenti.

L'imputabilità in questo caso non dovrebbe essere accertata, ma sarebbe presupposta. In effetti non è facile accertare l'imputabilità, soprattutto in relazione alla maturità/imaturità e non solo in relazione alla normalità/patologia. Poiché l'accertamento dell'imputabilità è correlato alle capacità di intendere e volere, dovremmo disporre di criteri operativi per accertare queste capacità. In realtà è difficile tradurre operativamente la capacità di intendere e volere, soprattutto in una prospettiva evolutiva. Uno strumento, il *Risk Sophistication Treatment-Inventory* (RST-I), per esempio, valuta l'imaturità attraverso la capacità dell'adolescente di essere autonomo, di capire le norme (capacità cognitive) e di identificare azioni alternative a quelle compiute (maturità emotiva) (Salekin, 2004).

In una prospettiva di interazione sociale, l'imputabilità non coincide con la valutazione delle caratteristiche di maturità o immaturità individuali. Si può dire, quindi, che nel quadro delle relazioni sociali, l'imputabilità di un adolescente è l'espressione del livello in cui la società stessa ne riconosce l'identità sociale. Da questo punto di vista, il fatto che non si consenta ad un dodicenne né di votare, né di firmare contratti, o di avere la patente, conferma la percezione della sua immaturità sociale. Il dibattito sull'abbassamento dell'età imputabile, per essere credibile, dovrebbe essere accompagnato, quindi, da una parallela discussione sul riconoscimento anticipato di diritti del preadolescente, un tema che non è all'ordine del giorno.

Nel caso in cui la proposta dovesse tradursi in legge, quali sono, dal punto di vista scientifico, i possibili rischi o, viceversa, i vantaggi della sua entrata in vigore?

Le meta-analisi sugli interventi con i minori autori di reati condotte negli Stati Uniti e in Europa dimostrano l'utilità, con adolescenti autori di reati, di interventi orientati al supporto educativo e psicosociale. Gli interventi ispirati a una logica punitiva e di deterrenza, invece, sono iatrogeni. L'ingresso precoce nel sistema penale dei minori rischia di fornire loro un'identità deviante, etichettandoli come delinquenti, con il possibile aumento, invece di una riduzione, della recidiva.

In Italia il codice penale minorile (d.P.R. 448/88) non è ispirato a una logica punitiva, ma riparativa ed evolutiva. La messa alla prova, misura centrale del sistema penale minorile italiano, in cui il tribunale rinuncia alla colpevolizzazione e alla sanzione penale in nome di obiettivi di

sviluppo e responsabilizzazione, è efficace. Nell'80% dei casi ha esito positivo e riduce del 10% il rischio di recidiva nei tre anni successivi (Totaro, 2015).

I risultati di una ricerca condotta presso l'USSM di Milano, tuttavia, mostrano che tra i fattori di rischio di insuccesso della messa alla prova ci sono la giovane età dei minori e le situazioni familiari multiproblematiche, che pesano più di altre caratteristiche come il tipo di reato e la differenza tra minori italiani e stranieri (Locatelli, di Lorenzo, Maggiolini, 2019). Responsabilizzare un preadolescente attraverso la messa alla prova, soprattutto in situazioni familiari a rischio, rischia quindi di essere controproducente. Un'anticipazione dell'età imputabile, in assenza di cambiamenti del codice di procedura penale minorile, allo stato attuale si tradurrebbe molto probabilmente in un elevato numero di preadolescenti inseriti in comunità educative di accoglienza.

Eventuali suggerimenti in proposito?

Con i preadolescenti sarebbero utili interventi psicosociali, rivolti alla famiglia, alla scuola e al quartiere, e non solo al preadolescente, che ne prevedano l'allontanamento dalla famiglia. Ci sono interventi di prevenzione molto efficaci nella prima infanzia. Sono interventi domiciliari nei primi due anni di vita di supporto ai genitori (*home visiting*) con famiglie a rischio, che mantengono la loro efficacia anche a decenni di distanza, fino alla fine dell'adolescenza (Olds et al., 2007). Sarebbero utili interventi simili anche con i preadolescenti, secondo il modello multisistemico, che ha dimostrato una grande efficacia anche in situazioni gravi e con interventi che combinino *counseling* e supporto educativo alla famiglia (Henggeler et al., 2012). In situazioni meno gravi sono utili anche gruppi di sostegno alla genitorialità (Kazdin, 2008).

Tenendo conto dell'ancora elevato livello di dipendenza dei preadolescenti dalla famiglia, l'azione del Tribunale per i Minorenni nei confronti dei minori con disturbi del comportamento dovrebbe, dunque, essere orientato ad intervenire non solo sul minore, ma anche e soprattutto sulla famiglia e sugli altri contesti di sviluppo, scuola e quartiere.

In sostanza il sostegno allo sviluppo della responsabilizzazione dell'adolescente deve essere accompagnato da un parallelo processo di responsabilizzazione degli adulti, a livello familiare, scolastico e sociale. L'anticipazione dell'età imputabile non sarebbe altro che un modo per togliere responsabilità agli adulti.

Riferimenti bibliografici.

J.J. Arnett, *Emerging Adulthood: A Theory of Development from the late Teens Through the Twenties*, in *American Psychologist*, 55, 2000, pp. 469 ss.

J. Belsky, M. Pluess, *Beyond risk, resilience, and dysregulation: phenotypic plasticity and human development*, in *Development and Psychopathology*, 25(4), 2013, pp. 1243 ss.

B. Berghuis, J. De Waard, [*Declining juvenile crime – explanations for the international downturn*](#), originally published in Dutch under the title *Verdampende jeugdcriminaliteit: Verklaringen van de internationale daling*, in *Justitiële Verkenningen*, vol. 43, 1, 2017, pp. 5 ss.

- A.E. Berti, A. Andriolo, *Third Graders' Understanding of Core Political Concepts (Law, Nation, State, Government) before and after Teaching in Genetic Social and General Psychology Monographs*, 127(4,) 2001, pp. 346 ss.
- S.J. Blakemore, S. Choudhury, *Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 47, nn. 3-4, 2006, pp. 296 ss.
- T. Grisso, *What We Know about Youths' Capacities as Trial Defendant'* in T. Grisso e R.G. Schwartz (a cura di), *Youth on Trial: Developmental Perspectives on Juvenile Justice*. University of Chicago Press, 2000, pp. 139 ss.
- S.A. Gruber, D.A. Yurgelun-Todd, *Neurobiology and the Law: a Role in Juvenile Justice?*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 3, n. 2, 2006, pp. 321 ss.
- A. Kazdin *The Kazdin Method for Parenting the Defiant Child*, Houghton Mifflin Harcourt, 2008.
- A. Haider, *Roper v. Simmons: The Role of the Science Brief*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 3, n. 2, 2005, pp. 369 ss.
- S.W. Henggeler, S.K. Schoenwald, C.M. Bourdin, M.D. Rowland, P.B. Cunningham, *Multisystemic therapy for antisocial behavior in children and adolescents* (2nd Ed.), Guilford Press, 2012.
- M.W. Lipsey, *The primary factors that characterize effective interventions with juvenile offenders: a meta-analytic overview*, in *Victims and Offenders*, 4, 2009, pp. 124 ss.
- M.W. Lipsey, *Can rehabilitative programs reduce the recidivism of juvenile offenders? An inquiry into the effectiveness of practical programs*, in *Virginia Journal of social policy and the Law*, 6, 2016, pp. 611 ss.
- G. Locatelli, M. di Lorenzo, A. Maggiolini, [L'esito della messa alla prova. Fattori di rischio e di protezione](#), in *Rivista Minotauro*, 2, 5, 2019, pp. 60 ss.
- A. Maggiolini (a cura di), *Senza paura, senza pietà*, Raffaello Cortina Editore, 2014.
- A. Maggiolini (a cura di), *Psicopatologia del ciclo di vita*, Franco Angeli, 2017.
- A. Maggiolini, A. Leoni, M. Picasso, *L'efficacia dell'intervento penale con gli adolescenti*, in *Rivista Minotauro*, 1, 8, 2018, pp. 81 ss.
- M. Miraglia, *USA: i minori non muoiono più di giustizia*, *Cassazione penale*, vol. 45, n. 11, 2005, pp. 3552 ss.
- D. Olds, H. Kitzman, C. Hanks, R. Cole, E. Anson, K. Sidora-Arcoleo, D. LuCkey, C. Henderson, J. Holmberg, R. Tutt, A. Stevenson, J. Bondy, *Effects of nurse home visiting on maternal and child functioning: Age-9 follow-up of a randomized trial*, in *Pediatrics*, 120, 4, 2007, pp. 832 ss.
- T. Paus, *Mapping Brain Development and Aggression*, in *The Canadian Child and Adolescent Psychiatry Review*, vol. 14, n. 1, 2015, pp. 10 ss.

R.T. Salekin, *Risk-Sophistication-Treatment Inventory: Professional Manual*, Psychological Assessment Resources, 2004.

L. Steinberg, *A social neuroscience perspective on adolescent risk-taking*, in *Developmental Review*, vol. 28, n. 1, 2008, pp. 78 ss.

M.S. Totaro, *La sospensione del processo e messa alla prova: l'analisi statistica dei dati*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 2015, pp. 81 ss.

J.M. Twenge, *Iperconnessi. Perché i ragazzi oggi crescono meno ribelli, più tolleranti, meno felici e del tutto impreparati a diventare adulti*, Einaudi, 2018.

Intervista

— L'imputabilità del minorenne. Intervista ad Alessandro Rudelli

Domande in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri)*

Minor's culpability. Interview with Alessandro Rudelli

Questions regarding minors' imputability in light of the recent draft law (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri).

di Redazione, Alessandro Rudelli

Abbiamo chiesto ad Alessandro Rudelli, Sociosemiotico, Consulente Criminologo nei servizi di diagnosi e cura per minori assuntori di sostanze e Giudice Onorario presso il Tribunale per i Minorenni di Milano, di illustrarci il suo punto di vista professionale sul tema dell'imputabilità del minore, a partire dagli spunti offerti dalle recenti iniziative legislative volte ad abbassare l'attuale di età – 14 anni – prevista per l'imputabilità penale.

Dal Suo punto vista professionale, ritiene che sia sensato abbassare la soglia di imputabilità penale del minorenne autore di reato da 14 anni (soglia attuale) a 12 anni? Perché?

Nel caso in cui la proposta dovesse tradursi in legge, quali sono, dal punto di vista scientifico, i possibili rischi o, viceversa, i vantaggi della sua entrata in vigore?

*"Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa" (1580).

Non è dato sapere con certezza quanti anni avesse Pinocchio quando «andò difilato»¹ in Tribunale al cospetto di un giudice penale. Pochissimi giorni erano trascorsi da quando Geppetto aveva sbottato con un sonoro: «occhiacci di legno, perché mi guardate?»², rivolgendosi al tronco che stava intagliando di buona lena; ma in quale fascia di età equivalente si poteva collocare in effetti quel burattino?

Tenendo conto che a Pinocchio toccava in (mala)sorte di andare alla scuola comunale munito di abbecedario e considerato che la vicenda si sviluppa tra il 1881 (quando apparve la prima puntata della *Storia di un burattino*) e il 1883 (data dell'edizione in volume de *Le avventure di Pinocchio*), ci occorre ricordare che in quel periodo l'istruzione pubblica era regolata dalla legge Coppino (legge 15 luglio 1877 n. 3961 sotto il governo Depretis) che fissava l'obbligo scolastico ai primi tre anni del quinquennale ciclo delle classi elementari.

Davanti al giudice si presenta perciò un ragazzino di età compresa tra i 5 e, più verosimilmente, gli 8-10 anni, volendo estendere di qualche anno il limite anagrafico superiore.

Il nostro Pinocchio (che notoriamente agiva con “poco sale in zucca”) non sarebbe stato probabilmente imputabile né per il Codice Penale Sabauda entrato in vigore il 1 maggio 1860 all'indomani dell'Unità d'Italia (imputabilità dai 14 anni, salvo il caso di minore che abbia agito con discernimento)³, né per il concomitante Codice Penale del Granducato di Toscana (imputabilità dai 12 anni, salvo il caso di minore che abbia agito con discernimento)⁴ che in quello stesso periodo era rimasto in vigore nei territori leopoldini comprendenti il paese di Collodi.

¹ Tra le tante edizioni disponibili, si farà riferimento a C. Collodi, *Le avventure di Pinocchio. Storia di un burattino*, Giunti Editore, 2002, p. 73.

² Questa folgorante interrogazione diverrà titolo di un acuto lavoro di svelamento delle potenzialità cognitive e morali, costruttive e distruttive dello spaesamento e della distanza: «tutto il mondo è paese non vuol dire che tutto è uguale: vuol dire che tutti siamo spaesati rispetto a qualcosa e a qualcuno»; C. Ginzburg, *Occhiacci di legno. Nove riflessioni sulla distanza*, Feltrinelli, 2011.

³ Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna, Torino, Stamperia Reale, 1859, Guardasigilli U. Rattazzi, *Titolo II. Regole generali per l'applicazione delle pene – Capo I. Dell'influenza dell'età e dello stato mentale del reo sulla applicazione e durata della pena.*

Art. 87: «Il reo che abbia compiuto l'età degli anni ventuno al tempo del commesso reato soggiace alla pena ordinaria».

Art. 88: «Il minore degli anni quattordici, quando abbia agito senza discernimento, non soggiacerà a pena.

Se si tratta però di crimine o delitto, le Corti e i Tribunali ordineranno che l'imputato sia consegnato ai suoi parenti facendo loro prestare sottomissione di ben educarlo e d'invigilare sulla sua condotta, sotto pena dei danni [...omissis...].

È tuttavia facoltà delle Corti e dei Tribunali di ordinare che l'imputato sia ricoverato in uno stabilimento pubblico di lavoro per un tempo maggiore o minore, secondo l'età di lui e la natura del reato, senza però che possa eccedere quello in cui l'imputato avrà compiuto il diciottesimo anno».

Art. 89: «Quando risulti che il minore degli anni quattordici abbia agito con discernimento, avranno luogo le disposizioni seguenti: [...omissis... ove si stabiliscono le pene per chi operò con discernimento]».

Art. 90: «Il reo maggiore degli anni quattordici e minore degli anni diciotto sarà punito nel seguente modo:

[...omissis... ove si quantificano tipologie e durata delle pene ridotte rispetto ai ventunenni]».

Art. 91: «Il reo maggiore degli anni diciotto e minore dei ventuno soggiacerà alle pene ordinarie colla diminuzione di un solo grado».

⁴ Codice Penale del Granducato di Toscana del 20 giugno 1859, copia conservata presso la Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia, Collocazione S 01427, Repertorio MSR 153358, *Titolo III. Delle cause che escludono o diminuiscono l'imputazione.*

Art. 36: «I fanciulli che non abbiano compiuto il duodecimo anno non sono imputabili. Le loro azioni contrarie alla legge penale appartengono alla disciplina domestica e, nei casi più gravi, richiamano l'autorità di polizia amministrativa a prendere un provvedimento adatto alle circostanze».

Art. 37: «1. Quando un delitto è stato commesso da un minore che abbia compiuto il duodecimo anno e non il decimoquarto, il tribunale dichiara se l'agente operò con discernimento o senza discernimento.

2. Se l'agente operò senza discernimento, il tribunale lo assolve ed ordina o che sieno richiamati a parenti ad invigilare sulla condotta di lui, o, nei casi più gravi, che sia collocato in una cassa di correzione per un tempo che non ecceda tre anni.

3. [...omissis...ove si stabiliscono le pene per chi operò con discernimento]».

Art. 38: «Il minore che ha compiuto l'anno decimoquarto ma non il decimottavo è punito [...omissis... ove si quantificano tipologie e durata delle pene ridotte rispetto ai maggiorenni]».

Art. 39: «Chiunque ha compiuto l'anno decimottavo è considerato agli effetti penali come maggiorenne».

Un po' più delicata sarebbe peraltro risultata la sua posizione processuale se fosse stato valutato dal giudice soltanto pochi anni dopo, vigente il Codice Penale Zanardelli approvato il 30 giugno 1889 che fissava l'acclarata non imputabilità solo al di sotto dei nove anni d'età⁵.

Molto più chiara sarebbe invece stata la situazione se Pinocchio avesse avuto sorte di essere giudicato qualche decennio dopo da un tribunale fascista all'indomani dell'entrata in vigore del Codice Penale del 1930, laddove al di sotto del quattordicesimo anno di età vige la presunzione assoluta di non imputabilità senza alcuna valutazione di discernimento, collocando l'apprezzamento della «capacità di intendere e di volere» nella fascia compresa tra i 14 ed i 18 anni⁶.

Interessante è leggere al proposito le ragioni addotte dal Guardasigilli Rocco nella sua relazione al re per l'innalzamento dell'età imputabile.

«La Commissione parlamentare, conformemente al sistema del codice del 1889, ha trovato eccessivo ritenere non imputabili tutti i minori di quattordici anni ed ha proposto di abbassare sensibilmente tale limite, osservando che a quattordici anni l'intelligenza è già sviluppata, e che la donna può contrarre matrimonio a dodici anni.

Ma non basta che sia sviluppata l'intelligenza; occorre sopra tutto che sia compiuto, o almeno molto progredito, il processo di formazione etica dell'individuo. È necessario, insomma, che per poter dare una base razionale all'imputabilità, la persona abbia raggiunto un'età nella quale è in grado non solo di ben intendere ciò che fa, ma altresì di valutare adeguatamente i motivi della volontà, il carattere morale (se non ancora quello giuridico) e le conseguenze del fatto.

Ora, secondo i migliori studi sull'argomento, prima dei quattordici anni, tenuto conto di tutti gli elementi biologici, psicologici, etnologici, ecc., non si può dire che gli individui appartenenti alla nostra popolazione abbiano raggiunto l'indicato grado di sviluppo. Lo stesso codice del 1889, in sostanza, riconosce questa verità, dal momento che, nell'età che va dai nove ai quattordici anni, presume la non imputabilità, sia pure fino a prova contraria. Questo sistema ha dato luogo a gravi difficoltà d'interpretazione e a notevoli inconvenienti pratici, così che ho preferito adottare una presunzione assoluta di non imputabilità, tanto più che le misure di sicurezza assicurano contro ogni pericolo derivante dall'impunità»⁷.

⁵ Codice Penale per il Regno d'Italia, Roma, Stamperia Reale, 1889, S.M. Umberto I, V. il Guardasigilli G. Zanardelli – Art. 53: «Non si procede contro colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i nove anni. Nondimeno, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, il presidente del tribunale civile, sulla richiesta del pubblico ministero, può ordinare, con provvedimento revocabile, che il minore sia rinchiuso in un istituto di educazione e di correzione per un tempo che non oltrepassi la maggiore età; [...omissis...].»

Art. 54: «Colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i nove anni ma non ancor ai quattordici, se non risulti che abbia agito con discernimento, non soggiace a pena. Nondimeno, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, il giudice può dare l'uno o l'altro dei provvedimenti indicati nel capoverso dell'articolo precedente. Qualora risultati che abbia agito con discernimento, la pena stabilita per il reato commesso è diminuita secondo le norme seguenti: [...omissis...ove si stabiliscono le diminuenti di pena].»

Art. 55: «Colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, è punito secondo le norme seguenti: [...omissis...ove si stabiliscono le pene].»

⁶ Regio Decreto n. 1398 del 19 ottobre 1930 – Art. 97. Minore degli anni quattordici: «Non è imputabile chi nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni».

Art. 98. Minore degli anni diciotto: «È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità di intendere e di volere; ma la pena è diminuita. [...omissis...].»

⁷ Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Anno 71°, n. 251, 26 ottobre 1930, pag. 4468, punto 59: *Approvazione del testo definitivo del Codice Penale. Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco.*

Dopo tanto peregrinare tra territori mobili oscillanti dai nove ai dodici ai quattordici anni, dopo discernimenti da provare o da escludere, dopo discrezionalità penalistiche giudiziarie in bilico tra i precetti di una pedagogia correzionale e le esigenze d'ordine pubblico sostenute dalle carabine dell'Arma; ecco che il nostro Pinocchio riceve infine la chiarezza di un *limite* (la presunzione *assoluta* di non imputabilità sotto i 14 anni) che apre ad una *soglia* (la valutazione della capacità di intendere e di volere nella fascia d'età tra i 14 ed i 18 anni), e questa decisa partizione la trova proprio tra le braccia autoritarie del regime. Non sorprenda tale conclusione, che non ha nulla di bonariamente "indulgenziale": alimentandosi nella mitologia della "giovinezza" il sistema fascista era fortemente impegnato a costruire contenitori disciplinari medico-pedagogici⁸ così rigorosi da non necessitare delle suggestioni apocalittiche della «spaventevole delinquenza minorile» alimentate nei decenni precedenti⁹.

Prima di chiudere il cerchio di questa veloce divagazione sulle oscillazioni dell'età imputabile, riprendiamo brevemente il filo della pinocchiesca vicenda per puntualizzare un aspetto non secondario: Pinocchio non era davanti al giudice in qualità di imputato, bensì di vittima poiché si era recato in Tribunale per denunciare la truffa perpetrata a suo danno dal Gatto e dalla Volpe.

Questo svogliato vagabondo aveva già incontrato l'autorità di pubblica sicurezza quando era scappato di casa inseguito da Geppetto non appena questi aveva terminato di costruirgli i piedi: una fuga a rotta di collo che, come si ricorderà, si risolse con l'arresto e la conduzione in carcere del falegname da parte di un solerte carabiniere che temeva che Geppetto volesse "darle di santa ragione" al burattino. Per quanto di discutibilissima valutazione ed esecuzione, lo si potrebbe definire un intervento a tutela del minore.

Più drammatico sarà il successivo incontro con i carabinieri, che avverrà tempo dopo l'udienza col giudice dalla quale siamo partiti, allorquando il burattino, pur avendo ripreso di buona lena la frequenza alla scuola comunale, si ritroverà a marinare le lezioni per seguire ancora una volta i cattivi consigli dei compagni di classe. Giunti insieme sulla spiaggia, una volta diventato vittima dei dileggi e delle angherie del "branco"¹⁰, ne verrà fuori una violenta colluttazione a suon di calci, pugni e lanci di oggetti, della quale rimarrà vittima Eugenio, caduto a terra come morto dopo essere stato colpito alla tempia dal pesante Trattato di Aritmetica scagliato da uno dei monelli avversi a Pinocchio.

Si ricorderà anche qui la vicenda: scappati tutti i ragazzi del branco, rimasto il solo burattino ad assistere il ragazzo disteso a terra senza sensi, giungono sul posto i carabinieri che, dopo aver riscontrato che il proprietario del voluminoso libro altri non era che lo stesso Pinocchio: «dopo averlo messo in mezzo a loro due, gl'intimarono con accento soldatesco: – Avanti! E cammina spedito! Se no, peggio per te! –»¹¹.

Che fa questa volta Pinocchio, tratto in arresto con l'evidente accusa di tentato omicidio? Elude la sorveglianza, scappa, si dà alla fuga come una palla di fucile, inseguito dal cane mastino Alidoro azzatogli dietro dai carabinieri che poi... e le avventure proseguono.

⁸ Tra le molteplici organizzazioni dedicate alla "rettitudine" giovanile si rammenta la costituzione dell'Opera Nazionale Balilla nel 1927, poi confluita nella Gioventù Italiana del Littorio, si segnala il già ricordato ricorso alle misure di sicurezza e si considerino anche gli interventi correzionali per i minorenni "traviati" previsti all'art. 25 e ss. del Regio Decreto Legge n. 1404/34 istitutivo dei Tribunali per i Minorenni.

⁹ Si rammenta l'allarme sollevato dal senatore Quarta nel 1908 all'apertura dell'anno giudiziario, con l'esposizione di dati statistici volti ad alimentare la preoccupazione sociale e politica nei confronti del pericolo rappresentato dall'incremento della delinquenza giovanile.

¹⁰ "Branco" è esattamente il termine usato dal Collodi, oggi utilizzato in parallelo con la dizione *baby-gang*.

¹¹ C. Collodi, *Le avventure di Pinocchio*, cit., p. 109.

Abbiamo quindi un primo Pinocchio da “tutelare” perché in presunta condizione di pregiudizio e un terzo Pinocchio da arrestare perché imputato di un reato gravissimo.

E il secondo Pinocchio, quello che abbiamo lasciato in Tribunale?

Rileggiamo con gusto lo svolgimento processuale:

«Il giudice lo ascoltò con molta benignità: prese vivissima parte al racconto: s'intenerì, si commosse: e quando il burattino non ebbe più nulla da dire, allungò la mano e suonò il campanello. A quella scampanellata comparvero subito due can mastini vestiti da gendarmi. Allora il giudice, accennando Pinocchio ai gendarmi, disse loro: – Quel povero diavolo è stato derubato di quattro monete d'oro: pigliatelo dunque e mettetelo subito in prigione. –

Il burattino, sentendosi dare questa sentenza fra capo e collo, rimase di princisbecco e voleva protestare: ma i gendarmi, a scampo di perditempi inutili, gli tapparono la bocca e lo condussero in gattabuia»¹².

Ma come? Un tragico errore giudiziario?

Più autori hanno lavorato su questo apparente paradosso.

Giorgio Manganelli, ripercorrendo passo a passo le enigmatiche topografie collodiane, ritiene che davanti al giudice: «Pinocchio è della stessa razza delle pecore tosate e delle farfalle mutilate. La condanna non è propriamente una punizione, è una collocazione, una classificazione. Come tale non è “morale” quanto “storica”»¹³.

Di diverso avviso è Emil Mazzoleni, che ne *Il diritto nella fiaba popolare europea*, analizzando la nomofunzione del giudizio nei racconti folclorici e popolari, ritiene di ritrovare in questa vicenda la ricorrenza della «funzione di critica o parodia del diritto vigente»¹⁴.

In alternativa alle due precedenti letture interpretative, proviamo ad ipotizzarne una terza: in quell'aula di Tribunale Pinocchio sarebbe stato destinatario di un provvedimento giudiziario “rieducativo” in ragione delle evidenti irregolarità nella condotta di questo birbante¹⁵.

Ed eccoci ad avere così attraversato tutte e tre le competenze dei tribunali per i minorenni: civile, penale ed amministrativa. Ma abbiamo quindi tre Pinocchi?

No: Pinocchio è uno, sempre lui, sempre quella “testa di legno”, ma in quella unicità sono inevitabilmente co-presenti sia i bisogni di accudimento che le istanze ribelli che le attrazioni illegali.

¹² *Idem*, pp. 73-74.

¹³ G. Manganelli, *Pinocchio: un libro parallelo*, Adelphi, 2002, p. 111.

¹⁴ E. Mazzoleni, *Il diritto nella fiaba popolare europea*, FrancoAngeli, 2016, p. 89.

¹⁵ A conforto di questa ipotesi, si pensi al prosieguo della vicenda: dopo quattro oscuri mesi di gattabuia Pinocchio potrà approfittare dell'amnistia soltanto auto-attribuendosi quella qualifica delinquenziale che gli era stata sinora inapplicabile:

«– Se escono di prigione gli altri voglio uscire anch'io – disse Pinocchio al carceriere.

– Voi no, – rispose il carceriere – perché voi non siete del bel numero...

– Domando scusa, – replicò Pinocchio – sono un malandrino anch'io.

– In questo caso avete mille ragioni – disse il carceriere; e levandosi il berretto rispettosamente, e salutandolo, gli aprì le porte della prigione e lo lasciò scappare»; C. Collodi, *Le avventure di Pinocchio*, cit., p. 74.

Bene: chiunque abbia a che fare con l'età evolutiva, a qualsiasi livello intervenga e con qualunque funzione operi, sa perfettamente che questi tre livelli sono inestricabilmente intrecciati tra loro. È assolutamente impossibile separarli con un forzato artificio per dedicarsi alla lettura di una sola caratterizzazione; le letture non possono che essere multidimensionali, prospettiche, articolate.

Per rispondere alla domanda iniziale sul *sensu* della proposta di legge: è del tutto *insensato* lanciare suggestioni di abbassamento dell'età dell'imputabilità senza che sia contestualmente sviluppata una articolazione discorsiva che si ponga sul piano complessivo richiesto necessariamente dalla questione esibita.

Ma facciamo un altro piccolo passo nella direzione del *sensu*.

Le avventure di Pinocchio prendono forma in una struttura narrativa che si apre alle varietà interpretative: non è monologica ma polisegnica e multisignificativa¹⁶.

I Codici che abbiamo prima richiamato e che hanno sinora disciplinato l'età imputabile (Codice Penale Sabauda, Codice Penale del Granducato di Toscana, Codice Zanardelli, Codice Rocco), pur nelle importanti differenze tra loro intercorrenti, appartengono ad un ordine discorsivo giuridico che si apre alle grandi narrazioni politiche e storico-sociali per sostenere le enunciazioni del diritto.

Il Pinocchio è una narrazione aperta favolistica; i Codici sono una narrazione a loro volta aperta all'ermeneutica.

La proposta di legge n. 1580 presentata alla Camera il 7 febbraio 2019 (primo proponente Cantalamessa) che forma narrativa ha?

Vediamone gli Autori, che sono sempre importanti nella valutazione di un testo. Primo firmatario l'onorevole Cantalamessa di professione assicuratore; 75 i proponenti tutti appartenenti, nessuno escluso, ad un unico schieramento politico denominato Lega – Salvini *Premier*; i proponenti provengono per la stragrande maggioranza da quattro regioni del nord Italia e soltanto 5 di loro dal sud, isole comprese.

L'Autore collettivo è quindi facilmente etichettabile in un *brand*: non è rappresentativo di una varietà di interessi o visioni che trovano una loro sintesi. È unico perché, lui, monodimensionato.

Questo Autore collettivo presenta una proposta di legge estremamente scarna nelle sue articolazioni e nelle sue argomentazioni, nella quale è espressamente indicata la finalità securitaria dell'abbassamento dell'età imputabile, che dovrebbe reggersi su aprioristiche necessità di «adeguare la legislazione penale alla realtà dei fatti». Il soggetto quindi non sono i minorenni, ma la «paura dei minorenni».

¹⁶ Tra le innumerevoli analisi, riletture, proposte interpretative e trasposizioni di questo racconto tradotto in 240 lingue, basterà qui ricordare gli studi sui linguaggi del Pinocchio proposta da I. Pezzini, P. Fabbri (a cura di), *Le avventure di Pinocchio. Tra un linguaggio e l'altro*, Meltemi, 2002; oppure l'analisi dei codici affettivi nascosti nella storia del burattino da S. Martella, *Pinocchio eroe anticristiano. Il codice della nascita nei processi di liberazione*, Edizioni Sapere, 2000; od anche l'agilissimo lavoro di D. Marcheschi, *Il naso corto. Una rilettura delle Avventure di Pinocchio*, Centro editoriale dehoniano, 2016; o infine l'analisi dell'influenza esercitata dall'opera, condotta da G. Gasparini, *La corsa di Pinocchio*, Vita e Pensiero, 1997.

Quando intende accennare ad una prospettiva di complessità multifattoriale, si sofferma a precisare che in tema di accertamento della capacità di intendere e di volere «[...] necessita una verifica criminologica (e non solo), di contesto, cioè basata su una molteplicità di fattori (storia individuale dell'autore di reato, contesto familiare, ambito sociale e razziale di provenienza)»¹⁷.

Neanche il Guardasigilli Rocco aveva introdotto il “fattore razziale” nella sua relazione al Parlamento del 1930, parlando piuttosto di “elementi etnologici” dei quali tener conto¹⁸.

Questi essenziali elementi di analisi sono sufficienti per condurci a dire che la proposta di legge non è formulata con una struttura narrativa aperta, qualsiasi essa sia, ma è improntata dal codice del comando autodimostrativo. È cioè in una posizione intermedia (si badi bene: dal punto di vista della enunciazione) tra la perentorità secca di un ordine che richiede adesione e la ripetitività di un Rosario sgranato nelle preghiere devozionali.

Oppure, e questa è forse l'ipotesi più interessante, è l'espressione di un messaggio di *marketing* nel quale ciò che conta è l'atto del comprare e non la qualità del comprato. O, forse meglio, predisporre il potenziale cliente a ritenere necessaria per sé una... copertura assicurativa.

Manca in questa proposta di legge qualsiasi possibile aggancio a qualsivoglia dimensione argomentativa o dimostrativa, scientifica o sociale, per il semplice fatto che ogni prospettato aggancio, in tale scarna struttura enunciativa, non può assolvere ad altra funzione se non a quella del pretesto.

Eventuali suggerimenti in proposito?

Nei tribunali per i minorenni, sedi giudiziarie ove sono co-presenti i tre livelli dei quali abbiamo detto in precedenza (civile, amministrativo e penale) arrivano i Pinocchi veri, non quelli *brandizzati*.

Anzi, a voler essere precisi i Pinocchi stanno cambiando lingua, abito, materiale, desideri, paure, bisogni e forme dell'oppositività.

Questo è il lavoro da fare, il suggerimento da avanzare: mettersi all'opera per comprendere quanto e verso dove queste inattese irruenze simil-pinocchiesche si stanno discostando dalle immagini che si danno di loro.

Quanto queste nuove narrazioni sono intraducibili nelle nostre narrazioni cliniche, giuridiche, pedagogiche e sociali, e quanto le forziamo per star dentro ai canoni prefissati.

L'imputabilità di cui parlare non è quella degli altri, ma la nostra.

¹⁷ Vedi Proposta di legge Camera dei Deputati n. 1580 presentata il 7 febbraio 2019.

¹⁸ Si veda quanto osservato sopra.

Intervista

— L'imputabilità del minorenne. Intervista a Chiara Scivoletto

Domande in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri)*

Minor's culpability. Interview with Chiara Scivoletto

Questions regarding minors' imputability in light of the recent draft law (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri).

di Redazione, Chiara Scivoletto

Abbiamo chiesto a Chiara Scivoletto, Professore Associato di Sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale presso l'Università di Parma, di illustrarci il suo punto di vista professionale sul tema dell'imputabilità del minore, a partire dagli spunti offerti dalle recenti iniziative legislative volte ad abbassare l'attuale soglia di età – 14 anni – prevista per l'imputabilità penale.

Dal Suo punto vista professionale, ritiene che sia sensato abbassare la soglia di imputabilità penale del minorenne autore di reato da 14 anni (soglia attuale) a 12 anni? Perché?

Ritengo che non sia sensato, per due ordini di motivi: a) per motivi sistematici, in quanto tale abbassamento contraddice a tutti i principi su cui è costruita la cultura giuridica minorile italiana (Palomba, 1991) che ha dato vita a un apparato normativo di indiscusso valore (mi

*"Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa" (1580).

riferisco innanzitutto al D.P.R. 448/88, che ha recepito gli indirizzi espressi in sede internazionale, tramite le c.d. Regole Minime di Pechino, ONU, 1985; e la Convenzione sui Children Rights, ONU, 1989) (Van Bueren, 2007); *b*) per motivi sostanziali, perché l'abbassamento della soglia provocherebbe una anticipazione degli effetti *distorti* del controllo formale.

Quanto al primo ordine di motivi, l'Italia può giovare di una "cassetta degli attrezzi" ben fornita: il D.P.R. 448/88 ha reso possibile al giudice minorile non solo il ricorso ai tradizionali strumenti (la perizia, il colloquio, le indagini sociali degli USSM, in collaborazione con i servizi degli enti locali), ma anche di assumere ogni altra informazione, nella più duttile ed ampia informalità, rispondendo così al criterio di celerità che deve connotare il transito del minore nel "circuito penale", nell'intenzione di assicurare il rispetto dei criteri di adeguatezza, minima offensività e de-stigmatizzazione che devono caratterizzare l'implementazione del processo penale minorile (Ricciotti, 2007).

Rispetto al secondo ordine di ragioni, è noto in letteratura, sin dagli studi degli anni '30 del secolo scorso, che tra i fattori più pregnanti nella determinazione della recidiva e quindi nel consolidamento delle c.d. «carriere criminali» (Lemert, 1951; Goffman, 1961), vi sia il contatto precoce con gli apparati del controllo e con il c.d. circuito penale (Sutherland, 1947).

L'anticipazione della soglia della minore età non gioverebbe ad alcuno degli attori del campo del penale minorile: né al minore, per le ragioni sopra descritte; né all'apparato formale, che avrebbe necessità di diverse e maggiori risorse per il trattamento di una fascia di popolazione di età ancor più giovane rispetto a quella con cui tradizionalmente è abituato a operare.

È pur vero che il canone dell'imputabilità si pone al crocevia tra il sapere giuridico e quello scientifico (Astrologo, 2014) e determina una nozione che è stata «traslitterata» dalla giurisprudenza minorile (Scivoletto, 2012) nel concetto di «maturità», che a sua volta è stato definito «un costrutto da riempire» (Amisano, 2005), «di difficile definizione» (Lanza, 2013).

Di recente, le neuroscienze esercitano un forte fascino su questo campo; se certo esse contribuiscono alla crescita del sapere scientifico, non evitano che i costrutti di età/imputabilità/maturità restino ancora invischiati nel loro noto dilemma, cui le nuove acquisizioni non portano rilevanti novità (Gulotta, Zara, 2009).

Il criterio del discernimento e la necessità dell'accertamento caso per caso, prevista dalla norma di legge, a carico del giudice sono quindi le chiavi ancora valide (sebbene forse un poco arrugginite?) per gestire il «deficit di tassatività» di cui si connota la risposta penale al fatto commesso dal minore (Vigoni, 2016).

Non va tralasciato il fatto che in Italia manchino pene minorili e che – sino a pochi mesi fa – abbiamo sofferto anche della mancanza di un "ordinamento penitenziario minorile", sebbene il legislatore abbia vincolato il giudice minorile all'obiettivo della residualità del carcere.

Si comprende allora perché il tema dell'imputabilità del minore intercetti ciclicamente quello della soglia (anagrafica) dell'età, nonostante tutta la letteratura specialistica, non solo giuridica, ma anche psico-sociale, rinneghi la «soluzione-manifesto» che sarebbe fornita dall'abbassamento dell'età imputabile (Pazè, 1982).

Non si tralasci di considerare la connessione esplicita (semplificatoria?) – operata dalla proposta di legge n. 1580 del 2019 – tra i fatti ascrivibili al minore e la sua "affiliazione" a

organizzazioni criminali con riferimenti generici alla etnia *rom*, nonché l'accostamento altrettanto generico con le c.d. “*baby gang*”, che rappresentano un richiamo per il «senso comune penale» (Wacquant, 2004) e per la trasposizione del tema in ambiti extra-scientifici ed extra-giuridici. Non è da sottovalutare inoltre la connotazione non del tutto precisa che viene esposta nel prologo alla proposta, in cui si assume di presentare una risposta «di carattere generale e sistematico» capace di far fronte ad una realtà criminale «trasformatasi qualitativamente, negli ultimi anni, quanto a capacità aggressiva».

Nel caso in cui la proposta dovesse tradursi in legge, quali sono, dal punto di vista scientifico, i possibili rischi o, viceversa, i vantaggi della sua entrata in vigore?

I rischi sono appunto quello dell'allargamento della rete del controllo (Abel, 1982) e della correlata «costruzione sociale della devianza» a carico di soggetti assai giovani, ancora non caratterizzati in senso identitario (Erikson, 1959). Ulteriore rischio, in senso sistematico, sarebbe quello dettato dalla mancanza di coerenza e di adeguatezza di una siffatta riforma rispetto ai canoni generali più sopra indicati (Giostra, 2005).

Eventuali suggerimenti in proposito?

Il tema dell'imputabilità del minorenni, pur nella sua schietta connotazione giuridico-penalistica (Ciannavei, 2009), non può prescindere dalla considerazione della dimensione extra-giuridica della cosiddetta *minore età*, che si compone di elementi e variabili diversificati e sfuggenti, legati sia all'essenza stessa della persona minorenni e della sua personalità, in evoluzione, sia alla considerazione sociale assegnata all'età “minorile” (Belloni, 2009; Magli, 2015).

In chiave sociologico-giuridica, la questione è legata alle rappresentazioni sociali che siamo in grado di indirizzare alla dimensione del bambino e dell'adolescente, nel nostro tempo odierno. La «storia sociale dell'infanzia» (Ariés, 1968) descrive una progressiva polarizzazione, tra culture del nord e del sud Europa; possiamo parlare di una distinzione tra la sfera privata-familiare e la sfera pubblica-istituzionale (Parsons, 1951) che rende possibile sia il ricorso a forme pubbliche di controllo e sorveglianza (Foucault, 1976) che una più recente spinta alla privatizzazione dell'infanzia.

Oggi qualcuno parla ormai di una «scomparsa dell'infanzia» (Amato, 2014), per negazione o sopraffazione, ossia per una paradossale ambivalenza: ad effetto di una sua precoce adultizzazione o per una sua esasperata difesa. Fuori dalla dimensione estremizzante, una simile tensione si ritrovava anche nella Convenzione ONU del 1989, che poggia sui tre pilastri della *protection*, della *provision* e della *participation* (Ronfani, 1995).

Paradossalmente, dal punto di vista scientifico, abbiamo assistito di contro ad una «scoperta dell'infanzia» (Saraceno, 1972) da parte di discipline che per lungo tempo si erano disinteressate all'infanzia e all'adolescenza e che oggi rendono possibile quindi trattare dell'*agency* dei minorenni, della loro “soggettività”, financo della loro cittadinanza (Moro, 1991), anche quando siano autori di condotte che la legge definisce reati.

Tutte queste tensioni possono ritrovarsi – con coloriture, lunghezze, dimensioni diverse – nella stessa evoluzione della c.d. giustizia minorile (Tomaselli, 2015); il giudice minorile ha assunto nel tempo diversi volti: dalla fisionomia di controllore (RDL1934); di educatore (riforma

del1956), di promotore (anni '60); ha poi assunto i tratti di un giudice onnipotente o addirittura indifferente (anni '70 e '80) (Fadiga, 2010).

Ciò che più interessa, ai nostri fini, è notare che tutte le modulazioni della costruzione sociale della minore età (essendo essa stessa un costrutto sociale) rendono possibile ridefinire il registro della incapacità e della imputabilità legale con quello più ampio della responsabilità e della soggettività psico-sociale (Ceretti, 1996).

Occorre quindi lavorare molto, nella consapevolezza che la risposta al reato minorile rimane polarizzata tra politiche di vario segno (Cipriani,2009), tutte da focalizzare sul piano sociale e relazionale più che su quello della connotazione giuridico-criminale.

Riferimenti bibliografici.

R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, 1982.

M. Amato, *Ci siamo persi i bambini*, Laterza, 2014.

M. Amisano, *Maturità del minore infradiciottenne: fra nominalismo e uso effettuale*, in *Critica del diritto*, fasc. 1, 2005, pp. 115 ss.

P. Aries, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, Laterza, 1968.

A. Astrologo, *Il "gruppo" come fattore incidente sulla valutazione dell'imputabilità del minore ultraquattordicenne*, in *Archivio Penale*, fasc. 1, 2014, pp. 12 ss.

C. Belloni, in R. Carriero, *Bambini*, ed. Aracne, 2009.

A. Ceretti, *Come pensa il Tribunale per i minorenni*, Franco Angeli, 1996.

A. Ciannavei, *L'imputabilità del minore*, UNI service, 2009.

D. Cipriani, *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*, Aldershot, 2009.

E.H. Erikson, *Identity and the life cycle: Selected papers*, Psychological Issues, 1, 1959.

L. Fadiga, *Il giudice dei minori*, Il Mulino, 2010.

M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, 1976.

G. Giostra, *Prime riflessioni per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, in *Cassazione penale*, fasc. 12, 2005, pp. 4059 ss.

E. Goffman, *Asylums*, Einaudi, 1968.

L. Gulotta, G. Zara, *La neuropsicologia criminale e dell'imputabilità minorile*, in A. Bianchi, e al., Giuffrè, 2009.

- E. Lanza, *L'imputabilità del minorenne: la difficoltà di interpretare la nozione di maturità e i possibili sviluppi in materia di responsabilità penale*, in *L'Indice penale*, fasc. 2, 2013, pp. 349 ss.
- E. Lemert, *Social Pathology*, McGraw-Hill, 1951.
- I. Magli, *Figli dell'uomo. Duemila anni di mito dell'infanzia*, BUR, 2015.
- A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Mursia, 1991.
- F. Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, 1991.
- P.C. Pazè, *L'imputabilità minorile*, in G. Barbarico, L. Lanza, P. Vercellone, P.C. Pazè, M. Morello, A. Vaccaio, *Risposte giudiziarie alla criminalità minorile*, Unicopli, 1982.
- R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, terza ed., CEDAM, 2007.
- P. Ronfani, *I diritti dei minori*, Giappichelli, 1995.
- C. Saraceno, *Alla scoperta dell'infanzia. La socializzazione del bambino: esperienza e teoria delle comuni infantili*, De Donato, 1972.
- C. Scivoletto, *Sistema penale e minori*, Carocci, 2012.
- E. Sutherland, *Principles of criminology*, Lippincott, 1947.
- E. Tomaselli, *Giustizia e ingiustizia minorile. Tra profonde certezze e ragionevoli dubbi*, Franco Angeli, 2015.
- G. Van Bueren, *Child rights in Europe: convergence and divergence in judicial protection*, Council of Europe, 2007.
- D. Vigoni, *Il difetto d'imputabilità del minorenne*, Giappichelli, 2016.
- L. Wacquant, *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Derive e approdi, 2006.

Riflessione

— Abbassare a dodici anni la soglia dell'imputabilità?

Uno scambio di opinioni in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge

Lowering the age of culpability to twelve years?

An exchange of opinions on the culpability of minors in light of the recent bill

di Giovanni Berlucchi, Lucio Camaldo, Antonio Cerasa, Anna Lucchelli, Alfio Maggiolini, Franco Martelli, Alessandro Rudelli, Cristina Saottini, Chiara Scivoletto, Piergiorgio Strata, Mario Tantalo¹

¹ G. Berlucchi, Professore emerito di Fisiologia e Psicologia presso il Dipartimento di Neuroscienze, Biomedicina e Movimento dell'Università degli Studi di Verona.

L. Camaldo, Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano.

A. Cerasa, Ricercatore IBFM – Centro Nazionale delle Ricerche (CNR) e Professore Aggregato di Psicologia Fisiologica all'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

A. Lucchelli, Avvocato del Foro di Milano e Presidente della Camera Minorile di Milano.

A. Maggiolini, Psicoterapeuta, docente di Psicologia del ciclo di vita presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

F. Martelli, Medico chirurgo, specialista in Psichiatria e in Criminologia clinica.

A. Rudelli, Sociosemiotico, Consulente Criminologo nei servizi di diagnosi e cura per minori assuntori di sostanze e Giudice Onorario presso il Tribunale per i Minorenni di Milano.

C. Saottini, Psicoterapeuta, psicoanalista e Giudice Onorario presso il Tribunale per i Minorenni di Milano.

C. Scivoletto, Professore Associato di Sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale presso l'Università degli Studi di Parma.

P. Srata, Professore Emerito di Neurofisiologia presso il dipartimento di Neuroscienze all'Università di Torino.

M. Tantalo, già Professore di Psicopatologia forense presso l'Università degli Studi di Padova; Medico, Specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni ed in Criminologia Clinica.

Abstract. Lo scorso 7 febbraio, è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri)¹ volta a modificare l'attuale formulazione dell'art. 97 c.p. nel senso di ridurre il limite di età per l'imputabilità del soggetto minorenni da quattordici a dodici anni. Affrontare una questione di straordinaria delicatezza quale è quella oggetto della presente proposta di legge richiede, a nostro avviso, l'adozione di un approccio integrato, suscettibile di mettere in relazione le opportune valutazioni di tipo penalistico e criminologico con le indicazioni provenienti da diversi campi del sapere extragiuridici. Pertanto, abbiamo chiesto un gruppo di esperti in svariate materie (dal diritto, alla criminologia, alla filosofia, alla semiotica, alla psicologia, alla psicoanalisi, alle neuroscienze e alle scienze computazionali) di condividere, ciascuno con riferimento al proprio settore di competenza, le proprie riflessioni in materia di imputabilità degli adolescenti e dei preadolescenti a partire dalla citata proposta di legge. Abbiamo sottoposto a tutti gli intervistati i medesimi quesiti, ossia:

- i) dal Suo punto vista professionale, ritiene che sia sensato abbassare la soglia di imputabilità penale del minorenne autore di reato da 14 anni (soglia attuale) a 12 anni? Perché?
- ii) nel caso in cui la proposta dovesse tradursi in legge, quali sono, dal punto di vista scientifico, i possibili rischi o, viceversa, i vantaggi (a seconda della risposta data in precedenza) della sua entrata in vigore?
- iii) Eventuali suggerimenti in proposito?

Il presente documento contiene una sintesi ragionata delle risposte ricevute e delle considerazioni formulate dai nostri intervistati.

Abstract. On February 7, a bill was proposed to the Italian Chamber of Deputies (A.C. 1580 - Cantalamessa ed altri), with the aim of modifying the current formulation of art. 97 c.p. by reducing the age limit for culpability from fourteen to twelve years. We believe that discussing such a delicate matter requires the adoption of an integrated approach that may allow to juxtapose criminal law considerations with indications from extrajudicial sciences. We therefore asked a pool of experts of various disciplines (law, criminology, philosophy, semiotics, psychology, psychoanalysis, neurosciences, computational sciences) to share their insights on the culpability of teenagers and pre-teens, starting from the aforementioned bill. We asked the pool a set of questions:

- ii) from your point of view, do you deem it reasonable to lower the limit for criminal culpability from 14 years (the current limit) to 12? Why?
- ii) should the bill be approved, what are, from a scientific perspective, the possible risks or advantages (depending on the previous answer) of it being enacted?
- iii) Any suggestion on the matter?

The present document contains a curated synopsis of the answers and insights of our interviewees.

SOMMARIO: 1. Sulla presunta maggiore maturità dei minori di oggi rispetto al passato. – 2. Il problema della variabilità del livello di maturazione degli adolescenti e cause di tale variabilità. – 3. Sulla necessità di un approccio multidimensionale e multilivello al problema dell'imputabilità minorile. – 4. Le conclusioni degli intervistati in ordine alla presente proposta di legge. – 5. Le possibili soluzioni alternative e i suggerimenti formulati dagli intervistati in

¹ Cfr. il testo della proposta di legge recante “Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa” (1580).

relazione al problema dell'imputabilità minorile. – 5.1. La necessità di un approccio metodologico integrato. – 5.2. In particolare: il possibile apporto delle neuroscienze. – 5.3. Il potenziamento degli strumenti giuridici già esistenti.

SUMMARY: 1. Presumed age of majority now and in the past. – 2. Variability of teenage maturity and its root causes. – 3. Necessity for a multidimensional approach on the culpability of minors. – 4. Insights from interviewees on the present bill. – 5. Possible alternative solutions and insights from the interviewees on the culpability of minors. – 5.1. Necessity for an integrated methodological approach. – 5.2. In particular: the possible contribution of neurosciences. – 5.3. Development of pre-existing legal instruments.

1. Sulla presunta maggiore maturità dei minori di oggi rispetto al passato.

Nel proporre le proprie riflessioni sul tema dell'imputabilità dei minori, molti degli intervistati si sono innanzitutto espressi sulla circostanza della presunta maggiore maturità degli adolescenti di oggi rispetto al passato, posta alla base della proposta di legge in esame.

Nel testo presentato in Parlamento lo scorso febbraio, infatti, si legge che l'abbassamento del limite dell'età imputabile sarebbe imposto dalla necessità di «adeguare la legislazione penale minorile alla realtà dei fatti», alla luce della «constatata capacità criminale ampiamente desumibile dalle cronache giudiziarie [...] da parte di soggetti infra-quattordicenni».

«L'abbassamento dell'imputabilità a 12 anni dovrebbe essere supportato da ricerche scientifiche in grado di dimostrare che, nella generalità dei casi, tali soggetti hanno già raggiunto la soglia minima della capacità di intendere e di volere», ha chiarito sul punto **Lucio Camaldo**.

Infatti, «il canone dell'imputabilità si pone al crocevia tra il sapere giuridico e quello scientifico e determina una nozione che è stata “traslitterata” dalla giurisprudenza minorile nel concetto di “maturità”, che a sua volta è stato definito “un costruito da riempire”, “di difficile definizione”», ha osservato **Chiara Scivoletto**, citando l'ampia letteratura disponibile in materia.

Ad avviso di alcuni intervistati, l'esistenza di prove in ordine a un'anticipazione del processo di maturazione dei giovani rispetto al passato è, infatti, quantomeno dubbia sul piano scientifico. È il caso ad esempio di **Giovanni Berlucci**, che ha ricordato come, ormai più di un secolo fa, nel campo della psichiatria era stata sottolineata la correttezza della scelta legislativa di fissare a 14 anni il limite minimo per l'imputabilità, in ragione del fatto che, a quell'età, i giovani non avrebbero ancora sviluppato la capacità di intendere e apprezzare a pieno le conseguenze dei propri atti.

«Ho guardato il vecchio grande libro (1911) Psichiatria forense di Eugenio Tanzi riguardo all'immaturità fisiologica del “discernimento”», ha raccontato **Berlucci**. «A proposito di proposte di legge di allora, tese ad abbassare l'età al di sotto della quale non si procede penalmente da 14 a 12 anni per i fanciulli meridionali in base ad una presunta maturazione più precoce rispetto ai settentrionali, Tanzi afferma che la presunta differenza non è provata e che pertanto la scelta del limite dei 14 anni da parte della legge va mantenuta. Siamo sicuri che i minori di oggi raggiungano (stasticamente) la maturità del discernimento prima di quelli di un secolo fa?».

Una risposta negativa a quest'ultima domanda pare desumersi, innanzitutto, dalle parole di **Alfio Maggolini**, che ha illustrato le ragioni per le quali, a suo avviso, «l'abbassamento dell'età imputabile non può essere [...] giustificato da considerazioni evolutive». Se da un lato è vero – ha spiegato lo psicoterapeuta – che si è effettivamente registrata, nell'ultimo secolo, una «anticipazione significativa della maturazione puberale», che oggi avviene due o anche tre anni prima rispetto al passato, e che viene definita appunto “tendenza secolare”, è però altrettanto vero

che tale tendenza «non comporta necessariamente una parallela anticipazione di maturazione e di comportamenti adulti [...]. Vi sono, all'opposto, diversi indicatori che i "nativi digitali" stiano rallentando la crescita, invece di accelerarla, e diminuendo i comportamenti a rischio». A tal proposito, l'intervistato ha portato ad esempio alcuni dati relativi all'andamento della criminalità minorile registrati negli ultimi decenni («i reati degli adolescenti sono significativamente diminuiti nel corso dell'ultimo decennio a livello internazionale. La diminuzione arriva al 50% in alcuni paesi tra gli adolescenti di età compresa tra i 14 e i 15 anni e al 65% tra i preadolescenti di 12-13 anni»).

In secondo luogo, anche **Antonio Cerasa** ha rilevato come l'insieme delle conoscenze scientifiche attualmente disponibili non consenta di dare una risposta certa alla domanda se i giovani di oggi maturino prima e più rapidamente rispetto al passato, posto che «non sappiamo se, a livello neurobiologico, rispetto a 30-40 anni fa le generazioni di oggi si sviluppano più velocemente».

2. Il problema della variabilità del livello di maturazione degli adolescenti e cause di tale variabilità.

A rendere ancora più complesso il quadro generale, si aggiunge poi un'ulteriore considerazione, evocata da alcuni degli odierni intervistati, che attiene all'estrema variabilità interindividuale.

Così, **Chiara Scivoletto** ha in particolare evidenziato che il tema dell'imputabilità del minore, «pur nella sua schietta connotazione giuridico-penalistica, non può prescindere dalla considerazione della dimensione extra-giuridica della cosiddetta *minore età*, che si compone di elementi e variabili diversificati e sfuggenti, legati sia all'essenza stessa della persona minore e della sua personalità, in evoluzione, sia alla considerazione sociale assegnata all'età "minorile"».

Sulla medesima linea, è stato inoltre da più parti sottolineato come, a parità di età anagrafica, infatti, il livello di "maturità" cambi sensibilmente da un individuo all'altro, specie nel caso dei preadolescenti, le cui capacità cerebrali sono ancora in piena fase di sviluppo.

Da un punto di vista evolutivo, infatti, «anche se fin da bambini si è in grado di provare senso di colpa, di capire il valore delle proprie azioni e le conseguenze dei propri comportamenti sugli altri, è solo intorno ai vent'anni che si raggiunge una piena maturità cerebrale», ha sintetizzato **Alfio Maggiolini**.

Ad avviso di altri, lo sviluppo cerebrale dell'individuo prosegue anche oltre i vent'anni. «La materia bianca», in particolare, «cresce in modo estremamente lento, seguendo un processo di accrescimento che la porterà a raggiungere il picco addirittura oltre i 30 anni», ha osservato in particolare **Antonio Cerasa**.

A tale processo fisiologico di maturazione cerebrale si accompagnano, influenzandolo fortemente, anche numerose variabili di altra natura: «i cambiamenti nell'organizzazione delle reti neurali [...] sono influenzati dall'esperienza della persona e dalla sua educazione in famiglia e a scuola con notevoli differenze di comportamento e di responsabilità fra coetanei», ha spiegato **Piergiorgio Strata**. Per queste ragioni, e tenuto conto del lungo arco di tempo che impiega il cervello umano per raggiungere la piena maturazione, a livello neuroscientifico «discriminare un individuo tra i 12 e i 14 anni è quasi un artificio», ha chiosato il professore.

L'importanza della variabilità tra individui, con riferimento al periodo dell'adolescenza e della preadolescenza, è stata sottolineata anche sotto il profilo psicoanalitico. Così, **Cristina Saottini**, nell'ambito di una riflessione più generale sul concetto di "responsabilità" riferito alla condizione dei giovanissimi, ha osservato che «a 12 anni l'equilibrio tra diritto alla dipendenza e richiesta di responsabilità è estremamente variabile e instabile», con una netta prevalenza, almeno in linea generale, per la prima delle due componenti. In termini evolutivi, infatti – ha proseguito la psicoanalista – si parla di una vera e propria «fisiologica dipendenza generazionale» del preadolescente nei confronti dei propri riferimenti esterni, la quale è peraltro funzionale allo sviluppo del minore (posto che «consente la costruzione di una soggettività adulta e matura, perché colloca il soggetto entro i suoi reali parametri di spazio e tempo»). Tale dipendenza si traduce in una serie di manifestazioni di bisogno da parte dell'adolescente, tra le quali possono talora rientrare anche comportamenti di tipo criminoso. Ancora **Saottini** ha infatti chiarito che «se un 12enne commette un reato esprime, a mio parere, il suo bisogno e la sua implicita richiesta di dipendenza», componenti delle quali occorre tenere conto nell'ambito di qualsiasi riflessione in punto di modifica dell'attuale regime di imputabilità.

Sulla coesistenza di istanze e bisogni contrapposti, con riferimento all'età evolutiva, e sulla conseguente necessità di soppesare tutte le diverse componenti nell'ambito di qualsivoglia intervento normativo destinato a incidere sull'attuale regime di imputabilità minorile, si è espresso anche **Alessandro Rudelli**. Durante l'adolescenza, infatti, «sono inevitabilmente co-presenti sia i bisogni di accudimento che le istanze ribelli che le attrazioni illegali», ha osservato l'autore. Si tratta di tre livelli distinti ma «inestricabilmente intrecciati tra loro», sicché «è assolutamente impossibile separarli con un forzato artificio per dedicarsi alla lettura di una sola caratterizzazione; le letture non possono che essere multidimensionali, prospettiche, articolate».

I differenti livelli di maturità tra i singoli adolescenti dipendono, inoltre, dalle particolari esperienze, dal contesto di vita del minore e, soprattutto, dal sistema di relazioni in cui il egli è inserito. «Non esiste un soggetto fuori dalla rete di relazioni che lo definisce», ha rilevato la già citata **Saottini**, la quale ha altresì ricordato che «a 12 anni, età prevalentemente prepubere, più ancora che a 14, la rete di relazioni fondante è la famiglia». In particolare, «i genitori [...] influenzano le decisioni dei figli con possibili ricadute negative su di loro», ha aggiunto **Piergiorgio Strata**.

Il tema della relazione è centrale anche nelle riflessioni di **Alfio Maggiolini**, il quale, riprendendo le osservazioni della collega Saottini con riferimento ai rapporti tra le nozioni di imputabilità e responsabilità, ha sottolineato che «l'imputabilità è correlata al riconoscimento della responsabilità, che prima di essere un concetto giuridico è un concetto relazionale, un modo di descrivere reciproche aspettative nelle relazioni sociali. Responsabilità, infatti, significa "rispondere" delle conseguenze dei propri comportamenti. È quindi un impegno nelle relazioni sociali».

Nel medesimo solco si pongono le osservazioni di **Chiara Scivoletto**, che ha sottolineato l'importanza della consapevolezza che «la risposta al reato minorile rimane polarizzata tra politiche di vario segno, tutte da focalizzare sul piano sociale e relazionale anziché su quello della connotazione giuridico-criminale». Infatti, ha spiegato la professoressa, «tutte le modulazioni della costruzione sociale della minore età (essendo essa stessa un costrutto sociale) rendono possibile ridefinire il registro della incapacità e della imputabilità legale con quello più ampio della responsabilità e della soggettività psico-sociale».

3. Sulla necessità di un approccio multidimensionale e multilivello al problema dell'imputabilità minorile.

Alcuni intervistati hanno inoltre sottolineato come, anche laddove fosse vero che oggi gli adolescenti raggiungono una maturità mentale prima di quanto avveniva in passato, tale dato andrebbe in ogni caso a inserirsi in un contesto più ampio, del quale occorre necessariamente tenere conto, nell'ottica di valutare l'opportunità di un abbassamento della soglia dell'età imputabile. «Mi rendo conto che la semplice considerazione che oggi ci sia una maggiore consapevolezza comportamentale negli infradiciottenni rispetto al passato, risulti piuttosto semplicistica», ha osservato **Mario Tantalo**. Infatti, «il quadro esistenziale che si prospetta all'attuale minore è molto più complesso rispetto a quello che aveva suggerito i limiti di età ancora presenti nel nostro codice penale». Tale maggiore complessità «comporterebbe a sua volta una più attenta ed approfondita valutazione da parte del minore nelle sue scelte comportamentali».

L'osservazione è condivisa anche da **Alessandro Rudelli**, il quale ha ritenuto «del tutto insensato lanciare suggestioni di abbassamento dell'età dell'imputabilità senza che sia contestualmente sviluppata una articolazione discorsiva che si ponga sul piano complessivo richiesto necessariamente dalla questione esibita».

Sul punto, anche **Antonio Cerasa** si è mostrato del medesimo avviso: «anche se avessimo certezza che il neurosviluppo (grazie, ad esempio, ad una alimentazione più nutriente, ad una miglior vaccinazione, a condizioni ambientali più favorevoli) dei giovani di oggi cominciasse prima, questo non comporterebbe, di per sé, che anche le capacità cognitive debbano seguire lo stesso andamento».

In questo senso, è stato inoltre sottolineato come il particolare contesto sociale nel quale viviamo proponga talvolta messaggi confusi, se non addirittura contraddittori, che possono rappresentare un ostacolo allo sviluppo delle capacità di discernimento, specie nei giovanissimi. «Penso che il "discernimento" – mi pare che l'etimo della parola rimandi a capacità di critica e di scelta tra alternative – sia l'esito di alcuni eventi psichici possibili, uno dei quali potrebbe essere la relativa emancipazione dai "modelli" familiari, sociali, mediatici, ecc. Mi sembra un bel "compito" evolutivo – alla conquista della libertà morale e della responsabilità penale nell'alba della preadolescenza – dentro una società dai messaggi tanto "forti" quanto "liquidi" e "anomici"», ha osservato **Franco Martelli**.

4. Le conclusioni degli intervistati in ordine alla presente proposta di legge.

In ragione delle considerazioni sopra sintetizzate, la maggior parte degli intervistati hanno espresso forti perplessità, e talvolta aspre critiche, nei confronti dell'attuale proposta di legge volta ad abbassare l'attuale soglia dell'imputabilità.

È il caso ad esempio di **Piergiorgio Strata** («non sono d'accordo sulla riduzione a 12 anni dell'imputabilità. [La] alta variabilità suggerisce di tenersi ad un'età maggiore nello spirito della tutela dei più "deboli"» [...] «mi sembra che la legge che riduce a 12 anni l'età dell'imputabilità non comporti alcun vantaggio a favore del minore che deve rimanere al centro della nostra attenzione»), di **Cristina Saottini** (che ha osservato come definire il minore di 14 anni imputabile «rinforzi la sua grandiosità, l'illusione della maturità, simbolicamente e nella realtà» e che, pertanto, la decisione di punirlo penalmente «sarebbe una risposta illusoria, l'espressione dell'esercizio di una pseudo autorità che non riconosce la propria responsabilità e

che collude per questo con la pseudo adultità del piccoletto, che il reato ha messo in evidenza»), di **Mario Tantalo** («ho [...] il sospetto che la proposta di legge che stimola la nostra riflessione sia ispirata dall'intento di rinforzare il "controllo sociale" giudiziario/sanzionatorio in risposta a problemi sociali reali, investendo però "soggetti deboli", invece di "guardare" dove i problemi hanno origine»), di **Alessandro Rudelli** (ad avviso del quale la presente proposta di legge da un lato risulta «estremamente scarna nelle sue articolazioni e nelle sue argomentazioni» e, dall'altro lato, in ragione dell'espresso riferimento ivi contenuto a una «finalità securitaria» fondata su «aprioristiche necessità di "adeguare la legislazione penale alla realtà dei fatti"», induce a ritenere che il soggetto [della proposta] non sono i minorenni, ma la "paura dei minorenni"); di **Chiara Scivoletto** (secondo la quale l'abbassamento dell'età imputabile «contraddice a tutti i principi su cui è costruita la cultura giuridica minorile italiana» e, inoltre, provocherebbe una anticipazione degli effetti distorti del controllo formale», posto che, laddove la presente proposta dovesse tradursi in legge, l'apparato formale «avrebbe necessità di diverse e maggiori risorse per il trattamento di una fascia di popolazione di età ancor più giovane rispetto a quella con cui tradizionalmente è abituato a operare»); di **Lucio Camaldo** e di **Alfio Maggiolini** (i quali hanno osservato, rispettivamente, che l'eventuale coinvolgimento nel procedimento penale degli infraquattordicenni «comporterebbe conseguenze negative sul loro sviluppo psicofisico e il conseguente prematuro etichettamento come soggetti devianti o delinquenti» e «rischi[erebbe] di fornire loro un'identità deviante [...] con il possibile aumento, invece di una riduzione, della recidiva»).

5. Le possibili soluzioni alternative e i suggerimenti formulati dagli intervistati in relazione al problema dell'imputabilità minorile.

D'altra parte, non sono neppure mancati, da parte dei nostri intervistati, una serie di suggerimenti e proposte di intervento alternative alla riforma dell'attuale disciplina dell'imputabilità, ritenuti maggiormente utili a contrastare efficacemente il problema della delinquenza giovanile.

5.1. La necessità di un approccio metodologico integrato.

Sotto questo profilo, è stata innanzitutto messa in luce da alcuni intervistati una necessità di carattere metodologico: la necessità, cioè, di affrontare il tema dell'imputabilità minorile secondo un approccio integrato, che tenga conto delle acquisizioni provenienti da diversi campi della scienza.

Del resto, infatti – come hanno sottolineato **Franco Martelli** e **Giovanni Berlucci** – lo stesso sistema di convenzioni che caratterizza il diritto penale è costruito sulla base di indicazioni che, molto spesso, esulano dalla sfera giuridica o comunque non sono limitate a essa. Ad esempio, in Italia, la scelta riguardante la fissazione di limiti di età, come quella dell'imputabilità – variamente disciplinata, come ha evidenziato **Alessandro Rudelli**, nell'ambito dei diversi testi normativi che si sono succeduti nella storia del nostro paese – è storicamente «basata su criteri comportamentali di pertinenza principalmente delle scienze umane (antropologia, psicologia, sociologia, storia) e della psichiatria», ha osservato il prof. **Berlucci**.

«Credo che il tema meriti uno sforzo "scientifico" organizzato, con la condivisione e il confronto di riflessioni ed esperienze cliniche e peritali» ha affermato inoltre **Martelli**.

Particolarmente interessante, sul punto, è la riflessione di **Antonio Cerasa**, il quale si è soffermato sulle possibili indicazioni che tre diversi campi del sapere scientifico potrebbero fornire alla scienza forense – e al mondo dei servizi sociali – per «definire nuove linee guida o riferimenti scientifici utili alla gestione del minore».

Si tratta, in particolare, della psichiatria clinica, della psicologia cognitiva (alla quale spetterebbe in particolare il compito di «spiegare quali sono i processi cognitivi che vengono messi in atto per fare una “scelta” a seconda di pulsioni interne e di regole esterne») e delle neuroscienze (che potrebbero fornire le prime «informazioni strutturali di natura neuroanatomica per spiegare cosa e come avviene la maturazione di un cervello dalla fase infantile a quella della pubertà – cd. “neurosviluppo”»). A tale ultimo proposito, Cerasa ha evidenziato in particolare il potenziale offerto dall’intelligenza artificiale – e, più in generale, dall’intero settore delle neuroscienze computazionali – ai fini di una migliore comprensione del problema dell’imputabilità del minore: pur chiarendo che «le neuroscienze computazionali non possono aiutarci a definire l’età di imputabilità», nondimeno, ad avviso del ricercatore, esse potrebbero ad esempio «aiutarci a capire se esiste una diversa profilazione psico-sociale dei reati commessi da 12enni, 14enni o 18enni», nell’ottica di interventi di carattere preventivo.

5.2. In particolare: il possibile apporto delle neuroscienze.

Con riferimento specifico al possibile ruolo – a ai relativi limiti – della ricerca neuroscientifica ai fini del giudizio di imputabilità del minore, anche altri autori hanno ritenuto di formulare alcune considerazioni. È il caso innanzitutto del prof. **Berlucchi** che, insieme al collega **Strata**, è convinto che «oggi una visione completa dei problemi legali concernenti l’immaturità e l’infermità mentali richieda anche la considerazione di conoscenze strettamente neuroscientifiche» le quali, tuttavia, «sono compars[e] sulla scena del diritto solo recentemente».

In secondo luogo, anche **Mario Tantalo** ha ribadito l’importanza della ricerca scientifica «ed in particolare il ruolo delle neuroscienze» ai fini della definizione legislativa del limite di età previsto per l’imputabilità penale, specie per quanto riguarda la comprensione dell’aspetto comportamentale del minore. D’altra parte, in linea con gli altri intervistati, l’autore precisa nondimeno che «l’apporto lascerebbe irrisolti molti problemi». Il riferimento è, in particolare, alla capacità delle neuroscienze di fornire un’indicazione univoca circa il «momento della raggiunta completa evoluzione neuroencefalica». Infatti, proprio in ragione dell’estrema variabilità interindividuale, anche sotto il profilo del neurosviluppo, **Tantalo** ha ritenuto improbabile che il problema riguardante la definizione normativa di una soglia di età per l’imputabilità, che sia valida e vera per tutti i preadolescenti, possa trovare soluzione nell’ambito delle neuroscienze.

Il tema è stato affrontato in termini analoghi anche da **Chiara Scivoletto** che, nell’osservare come gli studi neuroscientifici – soprattutto in epoca recente – esercitino un «forte fascino» sulla materia in esame e «contribuisc[a]no alla crescita del sapere scientifico», ha tuttavia rilevato che le neuroscienze «non evitano che i costrutti di età/imputabilità/maturità restino ancora invischiati nel loro noto dilemma, cui le nuove acquisizioni non portano rilevanti novità».

Infine, nel medesimo solco si pone anche la riflessione di **Antonio Cerasa** che, pur sostenendo – come detto – la necessità di riconoscere un ruolo anche alle neuroscienze nell’ambito della discussione in tema di imputabilità minorile, ha al contempo riconosciuto come la soluzione al problema della definizione dell’età imputabile non possa essere ricercata solo all’interno di questa disciplina. A parità di neurosviluppo, infatti, «la differenza la fa anche l’ambiente, che permette al singolo giovane di crescere più o meno velocemente. Insomma, la

“cerebralizzazione” dell’essere umano [...] non può risolvere l’annoso dilemma sull’età dell’imputabilità», ha spiegato il neuroscienziato.

5.3. Il potenziamento degli strumenti giuridici già esistenti.

In secondo luogo, alcuni degli intervistati hanno espresso il proprio favore nei confronti di alcune soluzioni alternative all’abbassamento dell’attuale soglia di età per l’imputabilità, anche a partire da un maggiore e più efficace ricorso a strumenti e istituti giuridici già esistenti.

«L’Italia può giovare di una “cassetta degli attrezzi” ben fornita: il D.P.R. 448/88 ha reso possibile al giudice minorile non solo il ricorso ai tradizionali strumenti (la perizia, il colloquio, le indagini sociali degli USSM, in collaborazione con i servizi degli enti locali), ma anche di assumere ogni altra informazione, nella più duttile ed ampia informalità, rispondendo così al criterio di celerità che deve connotare il transito del minore nel “circuito penale”, nell’intenzione di assicurare il rispetto dei criteri di adeguatezza, minima offensività e destigmatizzazione che devono caratterizzare l’implementazione del processo penale minorile» ha innanzitutto osservato **Chiara Scivoletto**.

Un ulteriore spunto, di carattere più generale, è stato offerto da **Mario Tantalo**, ad avviso del quale sarebbe opportuno porre l’accento, oltre che sulla capacità di intendere e/o di volere del minore, «anche e soprattutto sulla dinamica dei reati posti in essere, al fine di rilevare con maggiore certezza il grado di maturità potendosi ipotizzare che per alcuni reati, magari quelli contro la persona, il disvalore sia molto più evidente». Si tratta, secondo l’autore, di stringere «il focus dell’accertamento avrebbe [...] sulla criminodinamica più che sulla criminogenesi», cosa che non sempre avviene nella prassi posto che richiederebbe una «preparazione sempre più profonda ed attualizzata da parte di tutti gli operatori della e nella giustizia» ad oggi non garantita.

«La criminalità minorile dovrebbe essere [...] contrastata con interventi educativi, possibilmente preventivi, che coinvolgano la famiglia, la scuola, il contesto sociale e ambientale di tali soggetti» ha aggiunto inoltre **Lucio Camaldo**: «inoltre, si potrebbe rafforzare e diffondere il ricorso ai provvedimenti rieducativi, sia in ambito civile, sia quelli previsti dagli artt. 25 ss. r.d.l. 1404/1934, come già avviene in alcune sedi giudiziarie (a tal riguardo, è particolarmente significativa l’esperienza del Tribunale per i minorenni di Milano), nonché sarebbe opportuno rimeditare e favorire l’utilizzo delle misure di sicurezza che, come è noto, sono applicabili, sulla base della normativa vigente, anche ai minori di 14 anni, non imputabili *ex lege*, a fronte della loro pericolosità sociale e nell’ipotesi in cui abbiano commesso un delitto (artt. 36 ss. DPR 448/88)».

Anche **Alfio Maggiolini** ha sottolineato l’utilità di potenziare le forme di intervento orientate al supporto educativo e psicosociale del minore, la cui efficacia è stata ampiamente dimostrata da alcune meta-analisi condotte negli Stati Uniti e in Europa sugli interventi con i minori autori di reato. Occorrerebbe sviluppare anche gli interventi rivolti al contesto, la famiglia, la scuola e il quartiere, in modo che «il sostegno allo sviluppo della responsabilizzazione dell’adolescente [sia] accompagnato da un parallelo processo di responsabilizzazione degli adulti, a livello familiare, scolastico e sociale».

Con riguardo poi agli strumenti previsti dal codice penale minorile, il medesimo autore sottolinea in particolare l’efficacia dell’istituto della messa alla prova, che «nell’80% dei casi ha esito positivo e riduce del 10% il rischio di recidiva nei tre anni successivi». D’altra parte, segnala l’autore, uno dei principali fattori di rischio di insuccesso della messa alla prova è rappresentato

proprio dalla giovane età del minore, ragion per cui – ha concluso **Maggiolini** – «un’anticipazione dell’età imputabile, in assenza di cambiamenti del codice di procedura penale minorile, allo stato attuale si tradurrebbe molto probabilmente in un elevato numero di preadolescenti inseriti in comunità educative di accoglienza».

Interessanti, sotto questo profilo, sono poi le considerazioni di **Anna Lucchelli**, che, con riferimento a uno specifico passaggio della proposta di legge che espressamente richiama la prassi diffusa di «utilizzare soggetti infra-quattordicenni – anche da parte della criminalità organizzata – per compiere reati, spesso gravissimi», ha ricordato l’esistenza di strumenti di intervento, espressamente finalizzati al contrasto dello sfruttamento dei minori, «sia nei confronti degli adulti che “utilizzano” i minori (mi riferisco sia a procedimenti penali contro i soggetti adulti, sia a procedimenti civili a tutela dei minori), sia nei confronti dei minori stessi con la possibilità di provvedimenti che possono essere anche piuttosto incisivi (come i provvedimenti amministrativi del Tribunale dei Minorenni, per i quali non vi sono limiti minimi di età)».

In termini più generali, la medesima autrice ha riflettuto poi su un’altra questione, riguardante la particolare disciplina del processo minorile: posto che «l’attuale processo penale minorile propone (o meglio, richiede) al ragazzo indagato/imputato un ruolo di protagonista piuttosto elevato, sia nei momenti strettamente processuali (interrogatorio, udienze, ...) sia negli ambiti collaterali (incontri con assistente sociale nella fase di indagine psico-sociale, incontri con il legale, per non parlare del coinvolgimento in programmi educativi)» e che «dall’esperienza come difensore penale anche di indagati/imputati maggiorenni, mi sento di dire con certezza che il protagonismo dell’indagato/imputato minorenni nel suo processo è non solo più accentuato ma soprattutto più determinante rispetto agli esiti del processo stesso», qualsiasi intervento normativo volto a incidere sull’attuale disciplina dell’imputabilità dovrebbe, in ogni caso, «considerare non solo i vari aspetti legati alla commissione del reato, ma anche quelli legati allo “stare nel processo”».

Riflessione

— Quando il cervello è "maturo"?

When is the Brain "Mature"?

di Susanna Arcieri

Il presente contributo costituisce la traduzione dell'articolo di **Kayt Sukel**, *When is the Brain "Mature"?*, pubblicato il 4 aprile 2017 sulla rivista *Cerebrum*.

Se prendiamo un certo numero di persone e chiediamo loro a quale età un individuo diventa pienamente adulto, probabilmente riceveremo altrettante risposte diverse. Alcuni potrebbero dire che ciò accade quando si ottiene il primo impiego a tempo pieno, altri che ciò non si verifica prima di diventare genitori. Qualcun altro potrebbero ironizzare sul fatto che l'età adulta è un concetto che rimane inafferrabile anche dopo decenni. Altri ancora potrebbero semplicemente invocare le regole definite dall'ordinamento e rispondere «a 18 anni» o «quando è consentito bere alcolici».

Cosa accade, però, quando chiediamo a un neuroscienziato dello sviluppo quando il cervello umano raggiunge la "maturità"?

«Stiamo imparando che non esiste un'opinione universalmente condivisa circa il momento in cui un individuo raggiunge la maturità, e neppure un metodo ritenuto da tutti adeguato a misurare il livello di maturità, quando si tratta del cervello umano», afferma Abigail Baird, neuroscienziato dello sviluppo presso il Vassar College e membro della Dana Alliance for Brain Initiatives (DABI). «Sarebbe bello se, ad esempio, una determinata zona cerebrale diventasse blu quando l'individuo raggiunge la maturità completa. Ma non funziona così. Siamo imparando che la maturazione riguarda il perfezionamento di circuiti e reti più grandi, che determinano comportamenti e attività cerebrali sempre più coordinati. E questi perfezionamenti e miglioramenti nel coordinamento neurale dipendono fortemente non solo dalla neurobiologia, ma anche dalla pratica e dall'esperienza. Il tutto senza considerare le influenze derivanti dalle

differenze individuali, che indubbiamente hanno un impatto significativo sui modi e sui tempi della maturazione».

Nonostante l'assenza di un "punto blu" chiarificatore, le nuove scoperte scientifiche riguardanti il cervello, l'adolescenza e lo sviluppo neurologico stanno ispirando la legislazione e le politiche pubbliche di tutto il paese. Le influenze esercitate da queste conoscenze sulla prassi legislativa spaziano dalla determinazione dell'età in cui è permesso acquistare i prodotti del tabacco a quella in cui è possibile finire in prigione senza il beneficio della *parole*. E dal momento che, attualmente, i *policymaker* stanno prestando particolare attenzione alla scienza, i neuroscienziati dello sviluppo suggeriscono che è giunto tempo di riconsiderare il concetto di maturità, quando si parla del cervello dell'uomo.

L'argomento di sviluppo.

Storicamente, la società statunitense ha individuato nel compimento del diciottesimo anno di età la fine dell'adolescenza e l'ingresso formale nell'età adulta. Si tratta del momento in cui la maggior parte delle persona finisce la scuola secondaria, così come l'età media in cui si conclude il processo esterno di crescita fisica.

Certamente, l'adolescenza è di per sé stessa una fase di grandi cambiamenti a livello cerebrale. Martha Denckla, membro della DABI e direttore di neurologia cognitiva dello sviluppo presso la Kennedy Krieger Institute at Johns Hopkins University, afferma che durante l'adolescenza avvengono molti processi importanti che facilitare lo sviluppo dei circuiti neurali vitali. Tali processi includono la riduzione della materia grigia corticale, cambiamenti nei modelli intrinseci di connettività, mielinizzazione di circuiti critici e alterazioni dell'attività metabolica, dei livelli ormonali, della densità dei recettori e dei livelli dei neurotrasmettitori. Alcuni di questi cambiamenti si verificano prima dei 18 anni, altri si concludono solo dopo un lungo periodo di tempo¹.

«Abbiamo osservato che il controllo motorio, ossia la mielinizzazione delle vie motorie, si manifesta mediamente intorno ai 15 anni. La corteccia prefrontale dorsolaterale, responsabile del controllo cognitivo e della funzione esecutiva, è invece mielinizzata completamente a 25 anni», afferma. «Ma poi si comincia a parlare di emozioni, e tutti si rendono conto dell'impatto delle emozioni sul controllo cognitivo. Da esse può dipendere la quantità di controllo che siamo in grado di esercitare. Così, se conderiamo la superficie mediale e orbitale del lobo frontale, che alcuni chiamano il cervello "sociale", l'età media della mielinizzazione di quelle connessioni tra il sistema limbico e le suddette aree è di circa 32 anni. Qualcosa di molto lontano dalla soglia dei 18 anni».

Il contesto conta, e conta molto. Allan Reiss, psichiatra pediatrico presso la Stanford University e membro della DABI, spiega che l'evidenza scientifica mostra che, neurobiologicamente parlando, quella dei 18 anni è una soglia piuttosto arbitraria, soprattutto ora che siamo in grado di apprezzare i cambiamenti che avvengono nel cervello in risposta

¹ Cohen AO, Breiner K, Steinberg L, Bonnie RJ, Scott ES, Taylor-Thompson KA, Rudolph MD, Chein J, Richeson JA, Heller AS, Silverman MR, Dellarco DV, Fair DA, Galvan A, Casey BJ, *When Is an Adolescent an Adult? Assessing Cognitive Control in Emotional and Nonemotional Contexts. Psychological Science* 2016 April; 27(4): 549-62. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26911914>.

all'ambiente, a 18 come a 82 anni. Di conseguenza, c'è una discrepanza tra il divenire adulti in senso giuridico e in senso biologico².

«Il cervello, in una certa misura, è sempre dinamico. Esistono fasi dello sviluppo in cui è più dinamico che in altre, come nel periodo dell'adolescenza e dei primi anni dell'età adulta», osserva. «Tuttavia, non è possibile affermare che, arrivati a un certo punto, il cervello è diventato maturo. Al contrario, continua a maturare in molteplici modi per tutta la vita. E chiedersi se il cervello è diventato maturo, se il processo di crescita cerebrale termina con quegli stati dinamici di sviluppo che caratterizzano l'adolescenza, potrebbe non essere la domanda giusta, specialmente in una prospettiva sociale o di *policy* pubblica. Forse dovremmo porre un interrogativo diverso, ossia: "qual è l'età media in cui è probabile che gli esseri umani prendano decisioni razionali su eventi importanti della loro vita?". E la risposta sarà: "dipende". Dipende dalla persona, dal tipo di decisione che si vuole prendere e da ciò che ci accade intorno quando cerchiamo di prendere quella decisione. Il contesto è importante. Tutti questi fattori hanno un proprio ruolo e influenzano la capacità di fare quelle scelte»³.

Implicazioni legali.

Nonostante molti ritengano che, negli Stati Uniti, l'età adulta coincida con il compimento dei 18 anni, Sarah Bryer, direttore esecutivo del National Juvenile Justice Network, chiarisce che lo standard per l'età adulta varia da stato a stato e da ordinamento a ordinamento.

«Non c'è un consenso riguardo la soglia dei 18 anni, su nessun fronte. Esistono divergenze di opinione in merito al momento in cui i giovani debbano essere ritenuti capaci di decidere di bere, prestare servizio militare, votare, acconsentire ad avere rapporti sessuali», afferma. «Non c'è alcuna uniformità di disciplina per quanto riguarda il riconoscimento della maturità da parte dei giovani».

Precisa poi che i tribunali minorili negli Stati Uniti esistano solo dal 1899⁴. Nel corso dell'ultimo secolo, il trattamento dei bambini da parte del sistema giudiziario è sempre stato influenzato da alcune convinzioni – da lei definite «talvolta puritane» – circa lo sviluppo infantile. Ma i progressi della ricerca psicologica sulla natura dell'infanzia e dell'adolescenza hanno contribuito a modificare l'atteggiamento da parte di questi tribunali. Nondimeno, è solo in epoca recente che le moderne scienze del cervello hanno cominciato a impattare sul modo in cui i minori sono considerati dalla legge e sugli interventi di *policy* pubblica.

Nathalie Gilfoyle, ex consigliere generale dell'American Psychological Association (APA), spiega che la neuroscienza ha assunto un ruolo importante nei procedimenti giudiziari grazie al celebre caso *Roper v. Simmons*, celebrato dinanzi alla Corte suprema, nel quale è stata dichiarata l'incostituzionalità della pena capitale se l'autore di reato è di età inferiore ai 18 anni⁵. Tale decisione, afferma, è stata fondata su una serie di prove convergenti che suggeriscono che il controllo delle funzioni esecutive non si sviluppa completamente prima dei 25 anni circa.

² Barnea-Goraly N, Menon V, Eckert M, Tamm L, Bammer R, Karchemskiy A, Dant CC, Reiss AL, *White Matter Development During Childhood and Adolescence: A Cross-Sectional Diffusion Tensor Imaging Study. Cerebral Cortex* 2005; 15(12): 1848-1854. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15758200>.

³ Silva K, Chein J, Steinberg L, *Adolescents in Peer Groups Make More Prudent Decisions When a Slightly Older Adult Is Present. Psychological Science* 2016 March; 27(3): 322-30. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26791822>.

⁴ American Bar Association. *The History of Juvenile Justice.* <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/publiced/features/DYJpart1.authcheckdam.pdf>.

⁵ *Roper v. Simmons.* <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/543/551.html>.

Ma quale debba essere il peso da attribuire a questi risultati in ambito giuridico e politico rimane una sorta di enigma. Gilfoyle sostiene che l'insieme delle ricerche che hanno contribuito a influenzare i giudici nella vicenda *Roper v. Simmons* è stato ritenuto rilevante anche in ulteriori casi, riguardanti la capacità di prendere parte al processo, la rinuncia ai *Miranda* rights o la consulenza nell'ambito dei procedimenti giudiziari – spesso con il risultato di elevare a 18 anni la soglia di età, in alcuni stati e giurisdizioni. D'altra parte, questi stessi risultati sono stati contestati nell'ambito di altri casi riguardanti il processo decisionale dei minori, come *Hodgson v. Minnesota*, un caso deciso dalla Corte suprema nel 1990 in materia di *parental notification* e di aborto⁶.

«Nel caso *Hodgson*, l'APA ha ritenuto che non necessaria la comunicazione ai genitori nel caso in cui la decisione di abortire provenga da una persona di età inferiore a 18 anni. Richiamando i risultati della ricerca sul processo decisionale cognitivo, l'APA ha osservato che gli adolescenti sono abbastanza maturi per prendere decisioni mediche in autonomia, previo confronto con i consulenti sanitari», spiega. «Nella *dissenting opinion* espressa nell'ambito del caso *Roper v. Simmons*, il giudice [Antonin] Scalia ha affermato che vi fosse incoerenza tra le posizioni sostenute in *Hodgson* e *Roper*. Ha parlato di “regressione”. Tuttavia, esiste una differenza significativa tra la ricerca sullo sviluppo cognitivo che è rilevante per il processo decisionale medico, e la ricerca condotta nell'ambito delle scienze sociali riguardo alla decisioni sbagliate degli imputati minorenni e la capacità di prevedere il carattere dell'età adulta».

Per questa ragione, faremmo meglio a smettere di usare il termine “maturità” in sede di discussione sullo sviluppo del cervello, afferma B.J. Casey, membro della DABI e direttore del Fundamentals of Adolescent Brain (FAB) Lab della Yale University.

«Quando usiamo questo termine, maturità, di fatto prendiamo una posizione. È come se dicessimo che esiste uno specifico momento temporale a partire dal quale siamo in grado di fare bene tutto», osserva. «Anche se il loro cervello non è completamente maturo, le persone sono già capaci di prendere buone decisioni. Parte del problema relativo a come utilizzare i risultati della ricerca sul cervello è che spesso questi risultati sono estremamente semplificati, motivo per cui alcuni potrebbero essere indotti a parlare di “regressione”. Ma la verità è che ci sono alcune situazioni in cui gli adolescenti prendono buone decisioni, e altre in cui non lo fanno. Ed è importante che ci sforziamo di comprenderli meglio, in modo da operare scelte di *policy* efficaci, senza dare l'impressione di voler necessariamente utilizzare i dati che abbiamo a disposizione in un senso o nell'altro».

Costruire un ponte tra scienza e *policy*.

In che modo, quindi, è possibile utilizzare la scienza a beneficio dell'intera società, e incoraggiare gli adolescenti a diventare membri produttivi – e, sì, maturi – della società? La soluzione, afferma Casey, è che scienziati e legislatori lavorino a stretto contatto per garantire che i le acquisizioni scientifiche vengano interpretate e applicate in modo accurati. Richard Bonnie, direttore dell'Institute of Law, Psychiatry e Public Policy della University of Virginia, sostiene che fare ricorso alla scienza a scopi orientamento politico non è impossibile – e non è neppure complicato, una volta che ci si sia sbarazzati dell'idea che esiste un'unica soglia di età coincidente

⁶ *Hodgson v. Minnesota*. <https://www.law.cornell.edu/supct/html/88-1125.ZS.html>.

con il raggiungimento della maturità⁷ [7]. Egli afferma che vi è «una distanza eccessiva» tra ciò che sappiamo sulla natura neurobiologica dello sviluppo del cervello e l'attuale panorama delle disposizioni legislative e politiche in materia di età.

«Anche quando riconosciamo la penale responsabilità in capo ai giovani per il proprio comportamento, molto spesso applichiamo loro una pena che si focalizza più sull'offesa che sulle capacità e sulle caratteristiche del reo», afferma. Ad esempio, in molti casi, nell'ambito di un procedimento per omicidio è più probabile che un adolescente venga trattato come un adulto, indipendentemente dai dettagli del crimine o dal passato del reo. Per questo motivo, osserva Bonnie, ciò che stiamo imparando dalla scienza riguardo al neurosviluppo presenta implicazioni potenzialmente significative in materia di politiche punitive e rispetto a quello che potremmo fare per migliorare il sistema di giustizia penale, allo scopo di bilanciare le esigenze di protezione della società e quella riguardante la riabilitazione dei giovani autori di reato. Lo stesso sottolinea inoltre l'opportunità di tenere conto tanto delle capacità cognitive del singolo quanto delle circostanze, pur ribadendo l'importanza di considerare le persone sotto i 18 anni responsabili della propria condotta.

«Anche il concetto di responsabilità è importante dal punto di vista dello sviluppo – fa parte del processo di maturazione degli individui imparare ad assumersi la responsabilità del proprio comportamento –, e anche di questi occorre tenere conto», spiega. «Abbiamo l'opportunità di ricorrere alla scienza per capire come possiamo aiutare meglio gli autori di reato a diventare membri produttivi della società»⁸.

Bryer si mostra d'accordo – e spera che le nuove conoscenze sullo sviluppo del cervello possano contribuire a riformare il sistema di giustizia minorile nel senso di allontanarlo dall'idea di punizione, con l'attuazione di politiche maggiormente orientate alla riabilitazione.

«La ricerca sul neurosviluppo si è rivelata importante per indurre i *policymaker* a riflettere su quali siano gli obiettivi, all'interno del sistema, ai quali effettivamente aspiriamo», afferma. «Questo a sua volta apre numerose strade per possibili interventi politici e di riforma. Cambia infatti il modo in cui pensiamo alle connessioni, non solo quelle nel cervello, ma anche quelle che riguardano la famiglia, la comunità e l'istruzione. Ci aiuta a ripensare, se i giovani sono detenuti all'interno di una struttura, come dovrebbe essere quella struttura? Come possiamo fornire loro il supporto di cui hanno bisogno per riuscire a migliorare? Dobbiamo trovare delle risposte per non sprecare risorse e occasioni per contribuire a migliorare la società nel suo complesso».

⁷ Bonnie RJ, Stratton K, Kwan L, *Public Health Implications of Raising the Minimum Age of Legal Access for Tobacco Products*. National Academies Press, 2015. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26269869>.

⁸ Ginther MR, Bonnie RJ, Hoffman MB, Shen FX, Simons KW, Jones OD, Marois R, *Parsing the Behavioral and Brain Mechanisms of Third-Party Punishment*. *Journal of Neuroscience* 2016 Sep 7;36(35): 9420-34. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27605616>.

Intervista

— Natura e funzioni della responsabilità. Intervista a Carla Bagnoli

*The nature and functions of responsibility. Interview with
Carla Bagnoli*

di Redazione, Carla Bagnoli

Alla luce delle attuali conoscenze scientifiche in ordine al funzionamento della nostra mente, diversi studiosi affermano che il concetto stesso di responsabilità – e i relativi criteri di attribuzione – sarebbe oggi superato, in quanto incompatibile con le teorie che spiegano l'agire umano in termini causali-deterministici.

Quale è la sua opinione in proposito?

I dibattiti recenti sulla responsabilità morale hanno visto una ripresa imponente degli argomenti scettici. Ritengo che una teoria filosofica della responsabilità debba tenere conto dei vincoli imposti dalle teorie scientifiche e, in questo caso, dalle neuroscienze. D'altra parte, gli argomenti scettici che si basano sulle neuroscienze non mi sembrano convincenti. Anzi, credo che vi siano forti argomenti per sostenere che il concetto di responsabilità svolge funzioni fondamentali, non solo dal punto di vista dell'organizzazione della nostra mente, ma anche dal punto di vista dell'organizzazione del nostro agire individuale e sociale. Ciò non esclude la spiegazione causale dell'agire. Al contrario, rappresenta una prospettiva sull'agire complementare alla spiegazione causale. Questa difesa della responsabilità come concetto cardine dell'agire guidato da principi e ragioni non dipende da vetuste tesi metafisiche, come spesso sostengono gli scettici. Certo, l'indagine filosofica deve rispettare i vincoli di tipo naturalistico. Ma ci sono diverse teorie normative della responsabilità disponibili che non si fondano su una tesi metafisica, né sul principio del controllo psicologico. Ciò che accomuna queste teorie è l'attenzione alla prospettiva deliberativa, nella quale l'agente autorizza l'azione in prima persona. Questa posizione è estranea al dibattito sul libero arbitrio. Per certi versi, può essere confusa con una riformulazione del compatibilismo, la tesi che l'attribuzione di responsabilità sia compatibile con il determinismo perché il concetto di libertà che implica è molto debole. Ma questa è, appunto, una confusione e trascura un punto importante e nuovo. Per comprendere il concetto di

responsabilità bisogna interrogarsi sulle funzioni che esso svolge all'interno di comunità governate da norme. La domanda fondamentale non è se abbiamo controllo sulla nostra mente o come lo esercitiamo. Piuttosto, la domanda è se e come abbiamo autorità sulla nostra mente e come autorizziamo le nostre azioni, i nostri pensieri, le emozioni e gli atteggiamenti. Gli studi sperimentali possono contribuire a rispondere a questa domanda solo in modo indiretto; e non è affatto chiaro se il loro contributo sia decisamente a favore dello scetticismo.

Gli argomenti scettici hanno due obiettivi distinti. Il primo è dimostrare che non si può mai propriamente parlare di scelte libere perché non abbiamo davvero controllo e conoscenza introspettiva della mente. Il secondo obiettivo è dimostrare che non ci sono deliberazioni razionali propriamente dette, poiché la ragione non ha efficacia causale. A proposito del primo obiettivo, direi che gli studi sperimentali hanno corroborato una tesi filosofica antica e radicale. Se tali studi hanno messo in discussione il principio del controllo psicologico, la critica filosofica ha scartato tale principio non perché è in contrasto con il determinismo, ma perché non risponde alle domande centrali riguardo all'agire guidato da norme.

Molto più complesso è lo stato dell'arte a proposito del secondo obiettivo, poiché il concetto di ragione pratica e di razionalità pratica è l'oggetto stesso del contendere. In conclusione, i recenti studi scientifici hanno messo in crisi un modello intellettualistico di razionalità che era già stato ampiamente criticato e, a mio avviso, dimostrato ormai inutilizzabile. Al contempo, questi studi hanno riproposto il problema dell'autorità dell'agente nell'agire informato da ragioni e, più in generale, il problema della struttura auto-riflessiva della mente. Credo che a questa domanda possa rispondere solo una teoria della ragione pratica, cioè una teoria filosofica che spieghi in che modo il ragionamento può essere produttivo e generativo.

Nei miei studi sull'argomento difendo una teoria costruttivista secondo la quale il ragionamento ha natura pubblica, non nel senso che è una forma di negoziazione sociale, ma nel senso kantiano che ha una struttura riflessiva e dialogica, per questo capace di produrre ragioni che si indirizzano ad altri esseri razionali. Le ragioni sono strumenti preziosi per costruire interazioni cooperative. Esse articolano accordi e disaccordi, li rendono intelligibili e ci consentono di organizzare piani e strategie. Questa tesi trova conferma in recenti studi naturalistici sulla mente e sull'agire condiviso. Credo che questa convergenza sia rassicurante, poiché rafforza entrambi i percorsi di indagine, che pure rimangono distinti.

Nel Suo ultimo libro, [Teoria della responsabilità](#) (Il Mulino, 2019), lei opera una distinzione tra responsabilità morale e responsabilità causale.

Ci spiega, in sintesi, questa sua distinzione?

La responsabilità causale riguarda l'agire inteso come produzione o alterazioni di stati di cose. È facile pensare che la responsabilità causale sia una condizione di base della responsabilità morale. In effetti, la qualifica di agenti porta con sé l'idea dell'efficacia causale. Ma l'essere agenti razionali non significa prima di tutto essere cause efficienti, bensì costituirsi come il principio dell'azione. Questa definizione sembra rendere secondaria l'efficacia causale secondaria. D'altra parte, oltre ad essere responsabili di ciò che intendiamo produrre, siamo spesso responsabili anche di effetti non intesi, imprevisi oppure addirittura imprevedibili. Non è ovvio se e perché questi effetti siano estranei all'agente e fuori dalle sue responsabilità. Perciò, la relazione tra responsabilità morale e responsabilità causale è molto complessa. Per esempio, solitamente l'agente è imputabile e responsabile per i danni inflitti a terzi, anche se non intenzionalmente; si deve far carico di affrontare le vittime di quei danni ed è appropriato che proponga misure di rimedio o di compensazione. Si può dire che queste siano responsabilità morali. In un altro senso

di responsabilità morale, però, non ha molto senso giudicare moralmente un agente per ciò che non ha inteso fare.

Il punto essenziale è che il concetto di responsabilità sta al centro di pratiche molto differenziate che regolano relazioni personali tra soggetti reciprocamente vulnerabili e vulnerabili alla sorte. L'azione ci espone al giudizio degli altri, nonostante che si agisca in condizioni di incertezza epistemica, ovvero, senza il controllo assoluto sulle circostanze dell'azione e nell'ignoranza almeno parziale dei suoi effetti e delle sue origini. Queste caratteristiche fanno parte della condizione umana e definiscono i modi in cui possiamo assumerci le nostre responsabilità verso noi stessi e verso gli altri.

Ritiene possibile – ed eventualmente a quali condizioni – attribuire all'individuo la responsabilità, morale e giuridica, per gli effetti non voluti e non previsti della sua condotta?

La responsabilità per le conseguenze di ciò che si fa, intenzionalmente o non-intenzionalmente, è particolarmente rilevante dal punto di vista morale. Questa mia affermazione può sorprendere per via del mio approccio “kantiano” alla questione della responsabilità. L'obiezione tradizionale è che tale approccio ha difficoltà a rendere conto della responsabilità delle conseguenze perché attribuisce responsabilità su base intenzionale e quindi sembra limitare la responsabilità morale dell'agente all'ambito angusto dei suoi propositi. Le difese d'ufficio consistono di ingegnosi tentativi di spiegare com'è che l'agire intenzionale possa essere isolato dalle conseguenze non intese. Secondo me la relazione che un agente intrattiene con ciò che ha prodotto, anche non intenzionalmente, non è una relazione trascurabile. In particolare, non si è indifferenti dal punto di vista morale alle conseguenze negative di ciò che si è causato, seppure accidentalmente. Ciò significa, a mio avviso, che il problema centrale non è come distinguere le conseguenze intese da quelle non intese. Piuttosto, il problema è concepire in maniera adeguata l'ambito della deliberazione razionale, ciò che può essere trasformato attraverso l'azione. Talvolta il compito e il fine dell'azione non è produrre dei risultati, ma cambiare l'interlocutore, il suo atteggiamento oppure la relazione che abbiamo con lui. In generale, il nostro agire è soggetto alla sorte e ciò significa che non possiamo avere il controllo (metafisico o epistemico) delle conseguenze. Ma il modo in cui si reagisce alla sorte riflette il carattere ed è passibile di giudizio morale. Le azioni e le conseguenze sono imputabili non solo per via delle intenzioni, ma anche per via delle reazioni e delle risposte che l'agente dà a ciò che gli capita in sorte.

D'altra parte, l'agente non è imputabile per le conseguenze nello stesso modo e per le stesse ragioni per cui è imputabile per le azioni intese. Ci sono differenze rilevanti anche tra le conseguenze che l'agente non aveva previsto, quelle imprevedibili, e quelle che avrebbe dovuto prevedere. In condizioni di incertezza epistemica, l'agente che corre dei rischi è moralmente responsabile delle azioni che intraprende pur non avendo accesso epistemico alle conseguenze. Come insegna P.F. Strawson, il giudizio con cui si ascrive la responsabilità morale è corredato da una certa ampia varietà di “atteggiamenti reattivi”, che qualificano la posizione dell'agente e le sue relazioni personali all'interno della comunità regolata da norme. In questo complesso ordinamento normativo, si possono modulare in maniera molto raffinata le risposte appropriate nel caso di errore, incapacità, mancanza, negligenza, o colpa.

In termini più generali, ritiene che vi siano differenze tra i criteri che consentono di attribuire la responsabilità in senso giuridico e in senso morale?

Il concetto di responsabilità aretica, che si riferisce alla qualità del carattere, può essere difeso in un modo che pertiene esclusivamente all'ambito etico. Quando si dice che Liliana è una cittadina responsabile si intende lodare una qualità ammirevole del carattere e non solo un modo ammirevole di esercitare certi diritti, per esempio i diritti di cittadinanza. Tuttavia, mi colpiscono le analogie tra l'ambito etico e giuridico, specialmente se pensiamo alla teoria kantiana e al problema della sorgente della normatività e di autorità sull'azione. In un certo senso Kant segue la tradizione chiamando azione (*Handlung*) un atto (*Tat, factum*) che può essere imputato a un autore (*Urheber, auctor*) e quindi fatto oggetto di un giudizio che ricade sotto una legge, secondo una certa giurisdizione (*iudex sive forum*); ciò costituisce il fondamento della punizione o del premio (*poena, praemium*) (Kant, *Metafisica dei costumi*, 6: 227). Kant offre una articolazione complessa del modo in cui le conseguenze o i risultati di un atto possono essere imputati, secondo che l'atto sia doveroso, contrario al dovere o meritorio. In particolare, non si possono imputare conseguenze buone o cattive di un atto doveroso, poiché l'azione doverosa è anche razionalmente necessaria. Per le azioni meritorie, sono imputabili solo le conseguenze buone, mentre per le azioni proibite sono imputabili solo le conseguenze negative.

Questa caratterizzazione è soddisfacente soprattutto se si pensa all'imputazione sotto una legge, per esempio nei casi in cui l'azione dell'agente abbia avuto effetti sui diritti o sullo *status* di altri soggetti. Se un'azione è doverosa rispetto ad una legge e la sua omissione non è scusabile, allora le conseguenze non possono essere imputabili e poco importa se sono prevedibili o meno. Questo è plausibile. Ma per rendere conto della varietà e della complessità della vita morale bisogna, a mio avviso, ripartire dalla descrizione dell'azione nella prospettiva dell'agente, ciò che costituisce il fine dell'azione. È proprio sotto la descrizione dell'azione che l'agente propone che l'azione gli è moralmente imputabile. Le conseguenze sono parte integrante della descrizione dell'azione, non degli elementi estranei o circostanziali. Al contrario, esse costituiscono la materia della deliberazione razionale e morale.

Bisogna dunque ripensare le conseguenze come parti integranti del concetto di azione, anche se non sono parte del proposito che le ha ispirate. Il lavoro deliberativo e morale dell'agente consiste nel situare l'azione nelle sue circostanze e ciò comporta il discernimento delle conseguenze.

Assumersi la responsabilità per la propria condotta presuppone, da parte del soggetto, la capacità di spiegare le ragioni che si pongono alla base del suo comportamento.

A suo parere, gli argomenti che adduciamo per giustificare le nostre scelte comportamentali corrispondono alle cause reali dell'azione?

In altri termini, ritiene che l'essere umano sia sempre effettivamente consapevole delle istanze che, di volta in volta, lo spingono verso un determinato comportamento?

La nostra condizione epistemica è molto limitata. Le intenzioni sono opache, come diceva Kant. Non abbiamo accesso epistemico a tutti i processi mentali. Alcuni di questi processi che pure regolano la vita della mente sono sub-personali e inaccessibili alla coscienza. In più, le menti auto-riflessive come le nostre sono inclini alla confabulazione e all'auto-inganno, e ciò proprio in virtù del loro essere auto-riflessive. Ma queste condizioni della mente non minano le pratiche di attribuzione e di assunzione di responsabilità. Questa è una conseguenza importante dell'aver svincolato la responsabilità del principio del controllo psicologico ed è un vantaggio teorico notevole rispetto ad altre concezioni della responsabilità basate sull'autonomia.

Assumere la responsabilità di un'azione significa stabilire una certa relazione pratica di autorità con il proprio agire. Si tratta di una relazione normativa. Siamo capaci di intrattenere tali

relazioni in quanto agenti auto-riflessivi, capaci di spiegare e giustificare ciò che facciamo sulla base di ragioni. La costruzione di ragioni è vincolata dal riconoscimento degli altri come aventi pari *status*. Ritenere gli altri responsabili è anch'essa una pratica che ha senso nei contesti marcati dal riconoscimento di pari *status*.

Sotto questa descrizione, la responsabilità è connessa strettamente alla capacità di rispondere agli altri delle proprie azioni e delle proprie credenze ed è una condizione indispensabile delle interazioni cooperative in cui si richiede reciprocità. Così intesa, la responsabilità è un concetto chiave per comprendere le relazioni sistemiche tra agenti interdipendenti che sono costretti ad interagire e sono dunque reciprocamente vulnerabili in modi distintivi.

È noto in letteratura come i meccanismi di attribuzione della responsabilità assumano speciale rilievo nell'ambito della gestione dei conflitti sociali. Il riferimento è, in particolare, agli studi condotti nei campi della sociologia, dell'antropologia, della criminologia e della psicologia, riguardanti i processi di costruzione del "capro espiatorio", vale a dire l'individuazione, all'interno del gruppo sociale, di una vittima designata, sulla quale vengono fatte ricadere le "colpe" dell'intera collettività e il cui sacrificio produce l'effetto di soddisfare le istanze violenze e assicurare così la pace sociale.

Sulla scorta dei suoi studi, può darci la sua chiave di lettura in ordine al presente fenomeno?

Non mi sono occupata direttamente di questi fenomeni ma questo è un caso in cui la teoria della responsabilità che ho elaborato potrebbe rivelarsi utile e dare indicazioni alternative rispetto alla tradizione antropologica e sociologica del sacrificio. Sostengo che la responsabilità è prima di tutto una pratica normativa, le cui condizioni di appropriatezza non sono dettate dalla metafisica (vincolate né al libero arbitrio, né alla metafisica descrittiva). In questa prospettiva, la responsabilità è qualcosa che gli agenti possono reclamare, rifiutare o rivendicare. Ciò significa anche che è uno strumento essenziale di riconoscimento e quindi anche di lotta per il riconoscimento. Ma può essere anche uno strumento di disconoscimento e di oppressione. Negare agli altri lo status di agente cui si possono ascrivere ed imputare le azioni è un modo di marginalizzarli e sottrarre loro l'opportunità di far parte di giochi cooperativi. Rivendicare la responsabilità per le proprie azioni è il modo primario di esprimere rispetto di sé come agenti, costituirsi come agenti in mezzo ad altri agenti, e richiedere dagli altri il riconoscimento. Reclamare la responsabilità dell'azione è un atto normativo, talvolta costitutivo. In certi casi, è addirittura un modo con cui si modificano le dinamiche di appartenenza e si alterano i criteri di accesso, di inclusione ed esclusione nelle comunità regolate da norme.

Questa interpretazione della responsabilità è particolarmente utile per gli atti che hanno un valore simbolico e sociale. Prendiamo il caso della rivendicazione di un atto terroristico. Può succedere che proprio attraverso la rivendicazione della responsabilità di un atto un soggetto fino ad allora assente dall'arena politica si costituisce come attore politico. Certo, è controverso dal punto di vista politico e moralmente riprovevole che la costituzione di un nuovo attore politico passi attraverso un atto violento. Si può argomentare che in questo caso vengono meno le condizioni di legittimità politica e morale. Ma il punto qui è che la rivendicazione di responsabilità è un atto normativo finalizzato all'affermazione dell'agente come soggetto politico. Oppure, prendiamo il caso in cui alcune donne accusate di complicità in uno stupro di massa in Uganda rifiutano la responsabilità di essere complici. Il rifiuto della complicità comporta la denuncia della narrativa dell'oppressione, e al contempo veicola la richiesta di pari considerazione e rispetto.

Questi casi paradigmatici indicano che la rivendicazione di responsabilità è una modalità fondamentale di affermazione di sé come agente e di espressione del rispetto di sé. Viene messa in atto quando l'agente si sente sotto minaccia, oppure ritiene che la sua condizione di agente sia manipolata, alienata, seriamente compromessa o addirittura negata. In alcuni casi, la rivendicazione ha carattere difensivo, nel senso che opera in difesa della propria sfera di agenti. In altri casi, invece, ha il compito di dar voce a disaccordi radicali, è un modo di far pressione per cambiare i criteri di appartenenza e, di conseguenza, di alterare lealtà e identità pratiche. In entrambi i casi, dunque, il concetto di responsabilità è uno strumento essenziale nella lotta per il riconoscimento di *status* e quindi di trasformazione sociale.

In modo corrispondente, gli atti di negazione di responsabilità (*disclaimers*) non sono sempre evasivi, ma anche assertivi. Attraverso di essi, l'agente marginalizzato dà voce al disaccordo, mette in discussione le narrazioni del passato e propone nuovi criteri per redistribuire le responsabilità particolari. Si tratta di atti normativi che non solo modificano la posizione del nuovo attore politico, ma riorientano le relazioni future, generando nuovi obblighi e aspettative reciproche. Nei casi fortunati, si tratta di operazioni che muovono verso la riconciliazione e la riparazione.

La funzione riparativa e auto-riparativa del giudizio di responsabilità è stata del tutto ignorata, a vantaggio di una concezione molto limitata del giudizio di responsabilità come imputabilità. Recuperarla all'attenzione significa anche far leva sulla responsabilità come strumento etico e politico che regola l'accesso e l'esclusione da relazioni cooperative di mutuo vantaggio e, più in generale, dalla comunità morale. Reclamando la responsabilità di un atto, l'agente non afferma il proprio potere causale anzi, talvolta questo potere non è in gioco. Piuttosto, rivendicando o assumendosi la propria responsabilità per l'azione, l'agente si costituisce autore dell'azione e chiede di essere trattato come tale, reclamando il suo posto in un sistema di relazioni normative complesse e dinamiche. In modo corrispondente e coordinato, dichiarando qualcuno incapace di responsabilità, lo si espropria dalla sua azione, escludendolo al contempo da aspettative normative e dagli atteggiamenti reattivi segnati dalla reciprocità. Se e a quali condizioni tale esclusione sia giusta o discriminatoria è questione normativa, non empirica, né metafisica. A volte questa esclusione ha la funzione di proteggere l'agente, schermandolo dal biasimo, dal risentimento e assolvendolo da aspettative normative che, nel suo caso, sarebbero fuori luogo; questo è il caso dell'appello a circostanze attenuanti o peculiari condizioni psicologiche, temporanee o permanenti, che esentano l'agente dall'assumersi la responsabilità dell'atto. Ma altre volte questa esclusione ha il carattere della punizione, che può essere inflitta per un crimine commesso ma anche a scopo preventivo. Pensiamo, per esempio, all'antica pratica dell'ostracismo. Il dibattito sulle condizioni che sospendono il biasimo, il risentimento e l'indignazione morale si è concentrato su scuse, giustificazioni ed esenzioni. Ma l'adozione di una prospettiva disimpegnata dal punto di vista degli atteggiamenti reattivi, "oggettiva" nel senso in cui Strawson usa il termine, è una prerogativa che può essere esercitata per ragioni auto-interessate e, talvolta, per calcolo politico. Le conseguenze di questa tesi sono state trascurate e credo sia importante, invece, portarle alla luce, per comprendere la centralità del concetto di responsabilità, in tutte le sue ramificazioni.

Nel suo ultimo saggio, *Teoria della responsabilità*, vuole fornire una spiegazione filosofica dell'agire guidato da ragioni.

A quali conclusioni è giunta?

Condivido l'ipotesi che possiamo agire guidati da ragioni in virtù di una certa caratteristica naturale delle nostre menti, l'auto-riflessività. Possiamo interrogarci sulla legittimità

delle nostre azioni o dei nostri stati mentali ed è proprio attraverso questo esame di legittimità che ci è consentito appropriarci di ciò che facciamo e di ciò che siamo. Attraverso questo processo critico e deliberativo, l'agente autorizza certi stati mentali o atti e li riconosce come suoi. Non si tratta di verificare la forza conativa o compulsiva di certi stati mentali, ma di impegnarsi in un'attività razionale attraverso la quale si conferisce autorità e forza normativa. Si tratta di un'attività di trasformazione, con forti risvolti identitari.

Questa attività è al contempo un esame di legittimità e una prerogativa distintiva dell'agente. Per specificare la prospettiva dell'agente si ricorre alle ragioni per l'azione, anziché alle cause dell'agire. Le circostanze e le catene causali sono importanti per caratterizzare la relazione (causale) tra l'agente e l'azione, ma non sono elementi che *guidano* l'agente nella sua deliberazione e quindi non interferiscono in nessun modo con l'autorità dell'agente sull'azione, né indeboliscono o rafforzano la sua responsabilità per ciò che accade. Considerazioni sulle circostanze e sulle relazioni causali entrano nella deliberazione dell'agente. Tuttavia, non sono le circostanze e le relazioni causali in sé stesse che determinano l'agente a intraprendere un corso di azione invece di un altro. Questi elementi possono avere un ruolo determinante e quindi contare come fonti aliene di autorità, solo se l'agente non si rappresenta autore della sua azione e ne subisce passivamente la forza. In questo caso, però, è proprio il suo *status* di agente a essere sospeso e quindi la questione della responsabilità si applica solo in senso causale.

Nella prospettiva pratica, l'agente rappresenta le circostanze dell'azione, come le relazioni causali, gli effetti intesi e previsti, e altri elementi del contesto di scelta come basi per formare le sue ragioni per agire. Questa è una caratterizzazione adeguata della deliberazione, indipendentemente dal fatto che le nostre decisioni siano, sempre o talvolta, effetti di poteri causali sui quali non abbiamo controllo. Infatti, non c'è modo di essere costretti esternamente ad accettare una certa rappresentazione soggettiva, in prima persona. Per occupare una certa posizione pratica bisogna che l'agente abbia una certa relazione con sé stessa e si rappresenti come la causa della propria azione. Questa auto-rappresentazione ha una sua efficacia, che non può essere tradotta in termini causali senza perdita di significato. È, infatti, all'origine della relazione di autorità che l'agente intrattiene con la sua azione.

Riflessione

— Epilogo. Tra presente e futuro

Epilogue. Between present and future

di Giovanni Fiandaca

Il presente contributo costituisce il capitolo finale del volume di Giovanni Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza 2018 (pp. 185-193).

Che il diritto penale avrà un futuro, è abbastanza scontato. Meno facile è, invece, rispondere all'interrogativo sul tipo di diritto penale che vedrà la luce nei prossimi anni. Accettando il rischio di azzardare un pronostico, la premessa ineludibile è costituita dalla diagnosi della stato complessivo del diritto penale vigente, patologico o comunque insoddisfacente sotto svariati aspetti rispettivamente relativi agli orientamenti di fondo della politica penale, alla quantità eccessiva di reati, alla configurazione tecnica delle figure criminose, alla conformazione del sistema sanzionatorio, nonché alla gestione giudiziale delle norme penali.

Richiamando in sintesi alcuni rilievi contenuti in altre parti di questo libro, non è superfluo ribadire che oggi non esiste più un unico e monolitico diritto penale, ma abbiamo a che fare con un diritto penale abbastanza *differenziato*, scaturente dalla compresenza di diversi diritti penali con più volti o più anime (cioè un vecchio diritto penale di matrice etico-retribuzionistica, un diritto penale moderno legato alle esigenze di regolazione delle attività amministrative e del mercato economico-finanziario, un diritto penale post-moderno finalizzato alle accresciute esigenze di prevenzione della cosiddetta società del rischio, un diritto penale della criminalità organizzata comune e terroristica, un diritto para-penale delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, un diritto tecnocratico – penale nella sostanza se non nella forma – delle persone giuridiche, un diritto penale mite del giudice di pace ecc.). Questa coesistenza di vecchio e di nuovo, di penale in senso stretto e di punitivo o sanzionatorio in senso più lato, è, in effetti, lontana dal riflettere una razionalità sistematica unitaria e coerente, non ultimo perché frutto di interventi normativi disorganici e settoriali succedutisi negli anni sotto la spinta di sollecitazioni contingenti e in assenza di un previo disegno generale.

Sarà possibile in futuro ridurre questa disordinata complessità, ritrovare fili unitari nel molteplice, disegnare sulla base di progetti di riforma di ampio respiro nuovi e più razionali riparti di competenze tra giustizia penale e approcci alternativi alla gestione dei fenomeni criminali e delle altre forme di devianza sociale?

La possibilità di concepire (e, soprattutto, di realizzare) riforme di grande portata all'insegna di una qualche recuperata visione d'insieme presupporrebbe, com'è intuibile, una radicale correzione delle linee di tendenza della politica penale così come è andata evolvendo (o, meglio, involvendo!) – invero, non solo in Italia – nel corso degli ultimi decenni. Se si guarda innanzitutto agli orientamenti della pubblica opinione, quel che da molti anni è dato riscontrare è in realtà il confuso emergere di tendenze contraddittorie, oscillanti cioè tra repressivismo spinto e indulgenzialismo corrivo, giustizialismo e garantismo “peloso”, *revival* dell'immagine del delinquente come soggetto socialmente pericoloso (o, addirittura, come vero e proprio “nemico” della società) e rieducativismo idealistico o ingenuo.

Peraltro, in anni a noi più vicini, l'enfatizzazione del bene-sicurezza quale riflesso del diffondersi di sentimenti di insicurezza e allarme collettivo per una criminalità percepita come sempre più aggressiva, e il levarsi di rozze ventate “populiste” nell'ambito della stessa politica penale¹, hanno finito con l'alimentare, in alcuni settori dell'opinione pubblica, l'illusione che il “panpunitivismo” sia il migliore rimedio a ogni male sociale. E questa ossessione repressiva, lungi dal rimanere circoscritta alle forze politiche conservatrici, ha contagiato anche le forze progressiste (con la differenza che, mentre le forze di destra si mostrano per lo più preoccupate della criminalità comune, quelle di sinistra enfatizzano la lotta contro le mafie e la criminalità dei colletti bianchi).

La tendenza politica trasversale ad assecondare le aspettative sociali di nuove leggi penali o di pene sempre più dure è dovuta a più ragioni. Innanzitutto, il diritto penale rimane pur sempre una risorsa politica e comunicativa redditizia a fini di consenso elettorale: creando nuovi reati o inasprendo reati preesistenti, il ceto politico veicola il duplice messaggio di prendere sul serio l'allarme sociale per la criminalità e di farsi carico dei bisogni di protezione e di sicurezza manifestati dai cittadini, e confida perciò di lucrarne voti alle elezioni. In secondo luogo, il ricorso allo strumento penale, sia pure in funzione di mero ansiolitico, comporta difficoltà e costi inferiori (anche in termini di risorse materiali, tecniche, umane ecc.) rispetto all'ideazione di strategie di intervento basate sulla prevenzione extragiuridica e sulle riforme economico-sociali: per cui l'inflazione o il rigorismo punitivi sono anche un effetto della scarsa capacità, da parte dei politici odierni, di escogitare strumenti di contrasto della criminalità più radicali e innovativi.

Impegnarsi nella preparazione di ennesime norme penali diventa così, specie per gli esponenti politici di seconda o terza fila, un modo per dare senso all'attività parlamentare: e la tentazione di utilizzare a questo scopo il diritto penale attraversa gli schieramenti, sino a diventare pressoché unanimistica, quando si tratta ad esempio di rafforzare la lotta contro un fenomeno da tutti temuto come la delinquenza terroristica, di inasprire la risposta penale a condotte universalmente riprovate, come la guida spericolata causatrice di incidenti mortali (da qui la decisione politica unanime, ancorché tecnicamente discutibile e di assai dubbia efficacia preventiva, di configurare come reato autonomo l'*omicidio stradale*), o di stigmatizzare col rigorismo sanzionatorio fenomeni odiosi come la violenza contro le donne o contro altri soggetti considerati vulnerabili, oppure condotte a vario titolo contrastanti con la cultura dei diritti umani

¹ Cfr. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2013, pp. 95 sgg.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, ivi, pp. 123 sgg.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, ivi, 2014, pp. 197 sgg.

o con l'ideologia oggi sempre più diffusa del *politically correct* (si pensi ad esempio alla proposta legislativa, oggi sostenuta da pressoché tutte le forze politiche, di estendere la pena dell'ergastolo al cosiddetto femminicidio, e ciò al duplice scopo di sottolineare la particolare gravità dell'uccisione della donna quale soggetto vulnerabile e, nello stesso tempo, di veicolare un messaggio culturale in chiave antimaschilista).

I contrasti politici in materia di politica penale tendono invece a riemergere, non a caso, quando sono in discussione proposte di riforma che puntano a rendere più incisiva la repressione di reati tipici dei colletti bianchi e di altre forme di criminalità del potere, dal momento che questa è da tempo un terreno tipico di conflitto tra le due opposte fazioni dei cosiddetti giustizialisti e dei cosiddetti garantisti (un esempio in questo senso emblematico è offerto dalla persistente difficoltà di approvare una riforma come quella della prescrizione, necessaria per allungare i tempi dell'accertamento processuale in particolare dei reati di corruzione).

Contrasti di posizione tornano altresì a emergere – ed è anche comprensibile – quando il parlamento discute temi eticamente sensibili e dunque intrinsecamente controvertibili, come nel caso della dibattutissima legge sul fine vita.

Per quanto i rilievi fin qui fatti restituiscano uno scenario di politica penale complesso, contraddittorio e frammentato al punto da impedire di diagnosticare definite linee direttrici, è pur vero che sembra comunque destinata a crescere la tendenza sociale e politica ad utilizzare il diritto penale in un senso più espansivo che riduttivo, e sempre più orientato a obiettivi di educazione collettiva, rassicurazione psicologica e protezione in chiave paternalistica di soggetti a vario titolo percepiti come vulnerabili. Se così è, sembra dunque prefigurarsi un futuro penalistico non soltanto in espansione, ma anche ideologicamente sempre meno rispettoso dei canoni del liberalismo penale. Ma non basta. È pure destinata ad apparire sempre più obsoleta la tradizionale preoccupazione di vincolare il più possibile l'attività dei giudici a parametri legalmente prefissati in modo rigoroso: piuttosto, sarà non solo tollerata, ma addirittura auspicata una disciplina legale a maglie larghe o flessibile al punto da consentire al giudice di adeguare il più possibile la valutazione penalistica alle peculiarità dei casi concreti.

Ad avviso di chi scrive, mentre un incremento della discrezionalità giudiziale sarebbe tollerabile in vista, da un lato, di un auspicabile rilancio dell'ideologia rieducativa e, dall'altro, di un potenziamento delle forme di riparazione a favore delle vittime, quel che andrebbe contrastata è invece la continua tentazione di introdurre nuovi reati, soprattutto se motivata da obiettivi di pedagogia collettiva o da preoccupazioni iper-paternalistiche poco compatibili con i principi di un diritto penale di ancora riconoscibile ispirazione liberale. Sarebbe invece assai salutare, in una prospettiva di persistente difesa – nonostante tutto – dei principi suddetti, disporre una sorta di “fermo normativo” di non breve durata: in modo da avere tempo sufficiente per tornare a riflettere in profondità sulle ragioni sostanziali che possono giustificatamente indurre, in questo momento storico, a qualificare alcuni fatti come reato e a reprimerli con la sanzione più drastica e invasiva.

Questo tipo di riflessione dovrebbe, d'altra parte, costituire una premessa indispensabile per affrontare l'interrogativo se si sia oggi in grado di ripensare in radice il diritto penale anche allo scopo di recuperare il principio di ascendenza illuministica del diritto penale come *extrema ratio* di tutela. E, com'è facile intuire, un tale interrogativo non può non sollevarne un altro: a quale istanza affidare l'ardua impresa di revisionare sin dalle fondamenta il sistema penale? È certo che, per le ragioni già dette, l'artefice di quest'opera di rifondazione difficilmente potrebbe essere un ceto politico come l'attuale, specie se dovesse far leva su una sua autonoma capacità progettuale (in realtà molto scarsa) e su una visione penalistica altrettanto autonoma, in grado di opporre resistenza ad una indiscriminata domanda sociale di nuove o di più rigorose

incriminazioni. Almeno in linea teorica, un tale compito dovrebbe piuttosto spettare al ceto professorale che impersona la cosiddetta “scienza” (o dottrina) penalistica; e ciò tanto più se si considera che tradizionalmente è stata (non la magistratura, come di recente è sempre più spesso accaduto in particolare per le modifiche normative in chiave pragmatico-efficientistica, ma) proprio la dottrina a suggerire al legislatore le riforme penali più importanti, facendosi carico di formularne i principi direttivi e di elaborare le categorie concettuali necessarie ai fini della loro concreta implementazione. E, non a caso, autorevoli voci dottrinali non smettono a tutt’oggi di pensare che autentica scienza penalistica sia quella che riesce a progettare modelli di diritto penale di volta in volta adatti allo spirito del tempo.

Per parte mia, tenderei a concordare. Ma, prima di poter confidare nella attitudine della dottrina penalistica a tornare a esercitare un forte ruolo progettuale, occorrerebbe aver chiaro quanto effettivamente compete alla scienza e quanto invece dipende da preferenze pur sempre politico-ideologiche circa gli spazi maggiori o minori di intervento che si vorrebbero idealmente assegnare al controllo penale. Distinzione, questa, chiara in linea di astratto principio ma controvertibile al momento di entrare nel merito delle questioni specifiche da affrontare. Comunque sia, penso non da ora che la dottrina contemporanea dovrebbe sviluppare il suo impegno scientifico soprattutto nelle direzioni seguenti.

1) Innanzitutto, come studiosi di diritto penale dovremmo evitare la trappola cognitiva di assumere in partenza la *pena* come principale e ineluttabile “dimensione di senso” cui orientare la nostra attività di riflessione e ricerca; al contrario, dovremmo lavorare guidati dall’idea che la pena non è lo scontato punto di partenza né di arrivo, ma costituisce essa stessa la vera questione, il problema (iniziale e finale) che pone le domande fondamentali: per rispondere alle quali dovremmo essere capaci di sviluppare con coraggio intellettuale il massimo di attitudine critica, in modo da sottrarci al rischio di ritenere che l’istituzione-pena mantenga in ogni caso la sua utilità e la sua legittimazione per il fatto stesso che le società non ne hanno fatto a meno per secoli e continuano a non farne a meno ancora oggi. È soltanto grazie a questo tipo di spirito critico che potremmo oggi essere meglio in grado – tra l’altro – di esplorare e comparare più in profondità i rispettivi paradigmi della giustizia punitiva e della giustizia riparativa.

2) Il secondo – e non meno importante – compito scientifico dovrebbe consistere nel farsi carico di un’analisi approfondita di alcuni grossi nodi di fondo legati al modo d’atteggiarsi dei rapporti tra la giustizia penale e il sistema democratico, a tal fine valorizzando anche gli apporti della scienza politica e delle altre scienze sociali. Vanno, infatti, esplorate ben più di quanto si sia finora fatto le cause e le ragioni che determinano una sempre più frequente strumentalizzazione politica del diritto penale, insieme con la sua utilizzazione in chiave di *medium* comunicativo funzionale agli usi più diversi; e ciò del tutto a prescindere da ogni comprovabile idoneità preventiva dell’intervento penale. A questo scopo, occorrerebbero studi sorretti anche da indagini empiriche volte a chiarire le dimensioni di senso dei fatti criminosi e delle corrispondenti risposte sanzionatorie entro un orizzonte di riferimento più aperto alla realtà effettuale, e non più circoscritto alla prospettiva idealistica e concettualmente autoreferenziale della scienza penalistica di prevalente orientamento normativistico. Nello studiare le relazioni complesse e non sempre virtuose tra diritto penale e democrazia, bisognerebbe altresì verificare in che misura il mutamento dei sistemi elettorali (ad esempio, da proporzionale a maggioritario e viceversa) e la dialettica dei rapporti governo/parlamento possano incidere sulla logica d’impiego del diritto penale e sulla qualità della legislazione. Certo è, come abbiamo già rilevato, che la svolta in senso maggioritario della democrazia italiana non ha per nulla giovato alla legittimazione democratica (in termini di “razionalità discorsiva”) delle leggi penali prodotte da allora in poi. Assisteremo a mutamenti in meglio in conseguenza dell’annunciato ritorno a un modello di democrazia proporzionalistica, quale effetto del fallito referendum costituzionale del dicembre 2016?

3) Nel tendere al perseguimento di obiettivi scientifici come questi or ora indicati, come professori dovremmo altresì riuscire a far sentire la nostra voce fuori dai recinti accademici, in modo da recuperare un ruolo di esperti capaci di interloquire con autorevolezza e credibilità nel dibattito pubblico e da riuscire a orientare assai più di quanto non accada le scelte politiche in materia di delitti e pene. È realistico pensare di potere tornare in futuro a svolgere, da studiosi aspiranti a riconquistare il ruolo di intellettuali pubblici, funzioni da elites politico-culturali impegnate a promuovere riforme penali più civili e progredite rispetto al livello di evoluzione che la società nel suo complesso riesce a raggiungere? Anche se oggi è forse più ottimistico che realistico pensarlo, impegnarsi nel tentativo di apportare in ogni caso miglioramenti rilevanti al sistema penale vigente è un dovere – prima che scientifico – etico-politico. Se è vero che, come già ebbe a rilevare Gustav Radbruch negli anni Venti del Novecento, il diritto penale sempre più «ha perso la sua buona coscienza»²; e se è altresì vero – si può aggiungere – che la pena detentiva (quale tipologia a tutt’oggi principale di sanzione penale) sperimenta una crisi sempre più grave, tanto di senso che di scopi.

² G. Radbruch, *Introduzione alla scienza giuridica* (1929), trad. it., Giappichelli, Torino 1961, p. 224.

— Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari carcerarie

The extended scrutiny to the merit of prison disciplinary sanctions

di Lorenzo Cattelan

Abstract. *Il reclamo avverso il provvedimento applicativo di una sanzione disciplinare carceraria costituisce una delle massime espressioni della tutela predisposta a favore del detenuto o dell'internato. Il presente contributo si propone di analizzare gli aspetti maggiormente critici dell'attuale disciplina che afferiscono alla recente introduzione, in questo specifico ambito, della controversa categoria del merito. In particolare, si porrà attenzione alle modalità decisorie che il Magistrato di Sorveglianza può esprimere in sede di sindacato esteso al merito, nonché alla scelta del legislatore di limitare tale controllo solo alle due più gravi sanzioni previste dall'art. 39 o.p.*

Abstract. *The complaint against the measure applying a prison disciplinary sanction is one of the highest expressions of the protection provided for the detainee or internee. This contribution aims to analyze the most critical aspects of current legislation relating to the recent introduction, in this specific area, of the controversial category of merit. In particular, attention will be paid to the decision-making methods that the judge can use in the context of the review extended to the merit, and to the choice of the legislator to limit such control just to the two more serious sanctions previewed from art. 39 o.p.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sindacabilità del Magistrato di Sorveglianza tra merito e legittimità. – 2.1. Le attività di accertamento intellettuale. – 2.2. Le attività di scelta del tipo e dell'entità della sanzione. – 2.3. Emergenti prospettive amministrativistiche. – 3. Profili di incostituzionalità dell'art. 69, co. 6, lett. a) o.p. – 4. In conclusione.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Syndicatability of the Supervisory Magistrate between merit and legitimacy. – 2.1. Activities of intellectual scrutiny. – 2.2. The choice of type and entity of the sanction. – 2.3. Emerging administrative perspectives. – 3. Unconstitutionality profiles of art. 69, co. 6, lett. a) o.p. – 4. In conclusion.

1. Premessa.

Avverso il provvedimento che applica la sanzione disciplinare, il detenuto o l'internato può proporre reclamo al Magistrato di Sorveglianza (art. 69, co. 6, lett. a), o.p.). Con questo strumento, si offre al ristretto la possibilità di reagire ad una decisione dell'Amministrazione suscettibile di «modificare, anche pesantemente, la sua vita in istituto» e si implementa sotto il profilo della tutela giurisdizionale uno tra i «passaggi operativi più delicati» dell'esecuzione della pena detentiva¹.

L'istituto del reclamo, che rappresenta la principale garanzia in materia disciplinare, è un rimedio oggettivamente giurisdizionale ed è stato ampiamente modificato dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in legge il 21 febbraio 2014 (l. 10/2014). Attualmente, dunque, si dispone che il Magistrato di Sorveglianza «provvede a norma dell'art. 35-bis sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta; nei casi di cui all'art. 39 comma 1, n. 4 e 5 è valutato il merito dei provvedimenti adottati»².

Le novità più significative rispetto alla formulazione previgente riguardano sia il piano procedimentale che quello sostanziale. Sotto il primo profilo, si è inteso rafforzare le garanzie del detenuto attraverso il riferimento all'art. 35-bis o.p. (rispetto al vecchio richiamo all'art. 14-ter o.p. introdotto dalla legge Gozzini del 1986), superando anche le difficoltà in punto di celerità d'intervento proprie del precedente strumento³. Infatti, per quanto il riferimento all'art. 14-ter o.p. fosse sintomatico della volontà di giurisdizionalizzare il procedimento (rispetto alla procedura *de plano*), in realtà si era in presenza di una «giurisdizionalizzazione imperfetta», non equiparabile all'archetipo procedimentale messo a disposizione dalla Magistratura di Sorveglianza, la quale, nelle materie indicate dal legislatore, si avvaleva dell'*iter* ricavato dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p.⁴

Sotto il secondo profilo, la riforma ha esteso il reclamo al merito dei provvedimenti che irrogano l'isolamento durante la permanenza all'aperto e l'esclusione dalle attività in comune, ossia le due sanzioni disciplinari più afflittive, che limitano in modo incisivo i diritti del detenuto.

Prima della novella, difatti, il silenzio serbato dal legislatore sul punto aveva indotto la giurisprudenza di legittimità ad escludere che il reclamo disciplinare si estendesse anche al merito del provvedimento impositivo della sanzione⁵.

¹ Cfr. G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla legge 26 luglio 1975, n.354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, Giuffrè, 1997, p. 113.

² Così si esprime l'art. 69, co. 6, lett. a) o.p. Da ciò si evince che il nuovo reclamo giurisdizionale è connotato da profili di specialità rispetto alla materia disciplinare (M. G. Coppetta, *sub art. 38*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, p. 435). L'altra ipotesi reclamabile ai sensi del sesto comma riguarda: «b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Anche la Raccomandazione R(2006)2 (cd. Regole penitenziarie europee) all'art. 61, afferma che «ogni detenuto riconosciuto colpevole di una infrazione disciplinare deve poter presentare un ricorso in seconda istanza ad un organo competente e indipendente».

³ Cfr. L. Cesaris, *La carenza di motivazione nei provvedimenti del tribunale di sorveglianza: la posizione della Corte di Cassazione*, in *Rass. penit. crimin.* 02, f.1-2, p. 238.

⁴ Cfr. F. Della Casa, *sub art. 69*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 815-816. Il procedimento descritto dall'art. 14-ter o.p. non solo si svolgeva in assenza del detenuto e dell'Amministrazione penitenziaria, bensì sfociava anche in un provvedimento privo di forza cogente nei confronti dell'Amministrazione, che rimaneva di fatto libera di adeguarsi o meno alle prescrizioni stabilite dal Magistrato di Sorveglianza.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2004, n. 46051; Cass. pen., sez. I, 17 ottobre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, p. 155; Cass. pen., I sez., 3 maggio 1996, n. 2962: l'opportunità di irrogare una sanzione disciplinare nonché, in generale, la condotta tenuta dal detenuto sono

Lo sconfinamento dello scrutinio giudiziale nel “merito” era, dunque, sempre censurabile nell’ipotesi in cui il giudice invadesse arbitrariamente la sfera dell’attività riservata all’Amministrazione, esercitando poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge. Tuttavia, «la linea di confine tra le due di topologie di controllo giurisdizionale si muove lungo l’incerta contrapposizione “legittimità-merito”, giacché il concetto di ‘merito’ definisce i limiti della nozione di “legittimità”»⁶.

È da sottolineare che ben diversa è la questione se il Magistrato di Sorveglianza, fuori dalle ipotesi di controllo diretto della decisione disciplinare, possa entrare nel merito punitivo solo in via incidentale, laddove il provvedimento disciplinare venga in rilievo in un procedimento finalizzato alla concessione di uno dei cd. “benefici penitenziari”⁷.

Premesso questo inquadramento di carattere generale, l’irrompere della nozione del “merito” all’interno del contesto penitenziario si rivela particolarmente stimolante per l’interprete, atteso che essa rappresenta una delle categorie più controverse del diritto amministrativo. Il tema, d’altro canto, si lega all’opera di riconduzione della materia in esame al vasto campo dell’esecuzione penale, in correlazione alla esigenza dell’applicazione della materia giuridica anche nelle situazioni di restrizione di libertà personale⁸. Per queste ragioni, si deve ritenere che i concetti amministrativi riguardanti il **merito**, i **vizi di merito** e il **sindacato giurisdizionale esteso al merito**, dopo avere attraversato, con alterne fortune, oltre un secolo di studi giuridici e di interventi legislativi e giurisprudenziali, siano entrati a pieno titolo all’interno della legge penitenziaria⁹.

Il presente contributo, stante le delineate premesse, si propone di verificare l’effettiva bontà dell’intervento del legislatore del 2014, con una riflessione sulla possibile l’incostituzionalità della scelta compromissoria che consente al Magistrato di Sorveglianza di sindacare il merito di alcune soltanto delle sanzioni disciplinari descritte dall’art. 39 o.p.

2. La sindacabilità del Magistrato di Sorveglianza tra merito e legittimità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, preme ora definire lo “stato dell’arte” delle nozioni di **merito** e di **legittimità** che la giurisprudenza e la dottrina adottano con riferimento al provvedimento punitivo irrogato a conclusione del procedimento disciplinare in carcere.

In particolare, viene ritenuta **pacifica l’attribuzione all’area della legittimità delle attività concernenti il momento intellettuale del provvedimento**; al contrario, **le attività di**

materie «affidate alla discrezionale valutazione degli organi preposti alla direzione degli Istituti penitenziari e dunque sottratte al giudizio del magistrato di sorveglianza». Più di recente, il principio di diritto affermato dal Supremo Consesso prevede che «i provvedimenti disciplinari sono sottoposti a controllo giurisdizionale limitatamente alla legalità dei modi di esercizio del potere da parte delle autorità titolari dell’azione disciplinare all’interno degli istituti di pena, con esclusione del sindacato di merito» (Cass. pen., sez. I, 21 novembre 2012, n. 45604; Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51093).

⁶ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al ‘merito’ dei provvedimenti: un tentativo (non riuscito) di “full jurisdiction”*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 6, 2017, p. 106. L’Autore, tra l’altro, mette in evidenza che la nozione di merito è non solo incerta, ma bensì composita e priva di omogeneità. Si veda, sul punto, anche: P.G. Ponticelli, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990, p. 1.

⁷ Si veda, sul punto, M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2, 2014, p. 575.

⁸ Laconica, in questo senso, seppur riferita alla materia laburistica: Cass. pen., I sez., 27 ottobre 2006, n. 341, in *Giur. cost.* 06, 5, 3377, con nota di F. Fiorentin. *Ivi* si sostiene che la possibilità che il legislatore ponga limiti alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti, in rapporto alla condizione restrittiva della libertà personale, si pone in palese contrasto con gli artt. 24, co. 2, 111, co. 2, 3, co. 1, Cost.

⁹ Per una lettura conforme si veda, ancora una volta, G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 106.

scelta del tipo di sanzione e della relativa entità vengono fatte risalire al concetto di merito, essendo espressione della piena discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria¹⁰. In proposito, del resto, è opportuno precisare che, nell'ambito disciplinare carcerario, una volta accertata la sussistenza degli elementi della fattispecie tipica – fuori dei casi di non punibilità espressamente tipizzati (art. 20, comma 7, d.P.R. 230 del 2000) – all'organo amministrativo competente non è conferito alcun potere discrezionale neppure con riferimento all'*an* della sanzione¹¹. Ciò implica che, in presenza di una condotta riconducibile ad una fattispecie astratta di infrazione, l'organo disciplinare ha il dovere di irrogare la sanzione disciplinare, non disponendo, in tale momento del processo decisionale, di alcun potere di scelta. Tale dovere, peraltro, trova conforto nel dettato dell'art. 77, comma 1, reg. esec., secondo cui le sanzioni disciplinari "sono inflitte" (e non "possono essere inflitte") ai detenuti e agli internati che si siano resi responsabili di una delle violazioni comportamentali descritte nella medesima disposizione.

Diversamente dalla giurisprudenza, la **dottrina ritiene che l'area del merito cd. sostanziale si stia progressivamente erodendo a favore di quella della legittimità**, e ciò in virtù dell'emergere di principi generali – propriamente quelli di completezza, ragionevolezza, logicità e proporzionalità – che devono necessariamente guidare l'Autorità competente nella ponderazione degli interessi confliggenti e nella valorizzazione di quello considerato preminente.

2.1. Le attività di accertamento intellettuale.

All'origine del procedimento che conduce all'irrogazione della sanzione disciplinare vi è la ricostruzione della presunta condotta illecita (che viene descritta nel verbale di contestazione ex artt. 38, co. 2, o.p. e 81, co. 2, reg. esec.). Relativamente a questa operazione di sussunzione, il Magistrato di Sorveglianza è chiamato ad indagare se le asserzioni su cui si basa la contestazione dell'addebito siano veritiere¹². Nel verbale di contestazione, più precisamente, vengono espresse delle proposizioni – da sottoporre a verifica –, che concernono la sussistenza di: una condotta attiva ascrivibile all'accusato, un nesso causale tra la condotta e l'evento specifico, e un riscontrato coefficiente soggettivo di imputazione del fatto al suo autore. Gli enunciati negativi,

¹⁰ Quest'ultima considerazione, peraltro, si pone in aderenza con quella impostazione della dottrina amministrativistica per cui la nozione di **merito** è da intendersi come sinonimo di **opportunità amministrativa**, una sorta di "zona franca" – non valutabile, dunque, dal giudice di legittimità – in cui l'Autorità competente si determina indipendentemente da una norma che ne regola l'azione (si veda, fra tutti: A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, I, 1999, p. 385). Per onere di completezza, tuttavia, si deve aggiungere che limitare il merito ad un'espressione del principio di **opportunità amministrativa** è approssimativo. Occorre infatti aggiungere che esso rappresenta la parte del momento discrezionale dell'*iter* decisionale non regolata dal diritto, in cui l'Autorità competente esercita il potere di valutare e soppesare gli interessi confliggenti, «in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'Autorità ritiene abbia» nel caso concreto. Dunque, «l'insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall'assenza della legge, ma anche, in positivo, da una [...] ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l'autonomia e la responsabilità politica dell'amministrazione in quanto democraticamente legittimità». Si esprimono in questi termini: B. Gilberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013, p. 39; A. Orsi Batteglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, 2005, pp. 156-157.

¹¹ Cfr. G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari* cit., p. 112.

¹² F. D'Agostini, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, 2004, pp. 82 ss., ricorda che «Gottlob Frege distingueva enunciato e proposizione e sosteneva che il pensiero oggettivo, condivisibile, che è l'effettivo portatore di verità, si identifica con la proposizione. Per "enunciato" Frege intendeva l'espressione linguistica del pensiero, che può cambiare, a seconda delle lingue e dei modi di espressione, ma il pensiero che veicola resta invariato, ed è questo pensiero, la proposizione, che si dice propriamente vero o falso». Entrando nel dettaglio, si può affermare – utilizzando le parole di E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999, p. 16 – che «un enunciato può essere definito come un'espressione linguistica compiuta secondo le regole sintattiche di una lingua, ovvero come un insieme di parole provvisto di significato compiuto». Gli enunciati possono essere di genere diverso, «in quanto possono essere utilizzati per compiere atti linguistici differenti [...]». Sicché, se un enunciato è usato per fare un'asserzione, può essere detto enunciato assertivo: «un enunciato assertivo è quindi un enunciato che è usato o che si presta per esprimere l'idea che le cose stiano in un determinato modo» (*ivi*, p. 18). Strettamente legato al concetto di enunciato assertivo è il concetto di proposizione, «poiché un enunciato assertivo esprime una proposizione». Invero, una proposizione costituisce «il significato di un insieme di parole con il quale è possibile esprimere una tesi teorica (un giudizio teorico), ovvero una credenza relativa alla realtà». Di una proposizione, pertanto, «si può dire che è vera o falsa» (*ivi*, p. 19). L'intera nota è ripresa da: G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 116, nt. 37.

d'altro canto, si preoccupano di confermare la mancata presenza di situazioni idonee a giustificare il fatto ovvero a determinare la non punibilità dell'incolpato. In questo contesto, dunque, le affermazioni presentate a giustificazione dell'intervento disciplinare sono legittime se, sulla base del materiale probatorio raccolto, vi è ragione di ritenere che esse siano conformi al vero e non sia, in proposito, possibile sollevare alcun dubbio ragionevole¹³.

Queste asserzioni permettono, dunque, di affermare che tale momento del procedimento disciplinare non sia connotato da profili di *merito*, non essendovi possibilità per una pluralità di soluzioni, tutte plausibili dal punto di vista razionale (cd. *principio di non contraddizione*). In altri termini, la mancata certezza ricostruttiva circa lo specifico episodio, produce un'unica soluzione esatta: l'archiviazione del procedimento disciplinare. Dal punto di vista razionale, infatti, non è concepibile che una proposizione vera lasci margini per sostenere che, in realtà, sia falsa, di modo da riservare all'Autorità competente la possibilità di scegliere la soluzione ritenuta maggiormente confacente al caso di specie. Dunque, «se sussistono ragioni per ritenere che una asserzione sia falsa, oppure se vi sono ragioni capaci di insinuare il ragionevole dubbio sulla veridicità di una asserzione, allora questa non può mai costituire il presupposto di un provvedimento punitivo»¹⁴.

In sede di ricostruzione del fatto, perciò, **l'incertezza e l'opinabilità delle soluzioni sono equiparabili alla mancata acquisizione di elementi di prova**, coerentemente col principio per cui l'irrogazione di punizioni a carattere afflittivo, la cui esecuzione incide sui diritti fondamentali della persona, è possibile solo laddove vi sia certezza della responsabilità dell'incolpato. Rafforza tale presa di posizione il principio di presunzione di innocenza, sancito esplicitamente – oltreché dall'art. 27, co. 2, Cost. – dal Codice europeo di etica per il personale penitenziario (§ 27), secondo cui «i detenuti accusati di un'infrazione disciplinare dovranno essere (considerati) presunti innocenti nell'attesa della prova della loro colpevolezza»¹⁵. Conseguenza di ciò, è l'onere dell'Autorità amministrativa di raccogliere gli elementi utili per dimostrare che i fatti riportati nel verbale di contestazione si siano verificati proprio nel modo descritto.

Sebbene ciò possa apparire persino scontato, la precisazione è da considerarsi opportuna in quanto, in altri settori del diritto (punitivo) amministrativo, si registra un orientamento giurisprudenziale tale per cui sussiste una «presunzione *iuris tantum* di colpa a carico di chi pone in essere un comportamento vietato ovvero omette di evitare che esso accada, pur essendovi tenuto per legge, incombando poi a questo l'onere di provare di aver agito senza colpa»¹⁶. Con

¹³ Emblematico, a tal riguardo, il pensiero di E. Diciotti, *Interpretazione della legge*, cit., p. 21: «una tesi teorica viene avanzata da un parlante con un'asserzione, ed è dunque espressa tramite un enunciato assertivo; chi avanza una tesi teorica manifesta il proprio assenso all'idea che le cose stiano in un determinato modo (all'idea che p), ovvero esprime il giudizio che le cose stiano in quel modo (il giudizio che p), cioè il giudizio che una proposizione sia vera (che p sia vero). Giustificare una tesi teorica significa dimostrare, o tentare di dimostrare, che le cose stanno in un determinato modo, cioè che una proposizione è vera».

¹⁴ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 118. In termini argomentativi, oltre alla logica di “non contraddizione” è da tener presente anche quella del “terzo escluso”, per cui una proposizione non può essere né vera né falsa, ma deve essere per forza una delle due cose. Queste regole logiche, tra l'altro, «restano perfettamente plausibili» anche nell'ambito della logica probabilistica, la quale «non modifica radicalmente la logica classica, ma ne costituisce un'estensione» (F. D'Agostini, *Equità e discrezionalità*, cit., p. 176).

¹⁵ Il riferimento corre a: Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2012)5, *Codice europeo di Etica per il personale penitenziario*, 12 aprile 2012, in <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/123.pdf>. In merito alla operatività della presunzione di innocenza anche in campo disciplinare, si vedano: G. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 69, e la dottrina ivi citata. Per un quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla presunzione in questione, invece: F. Cassiba, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, pp. 160 ss.

¹⁶ In questi termini: Corte di Cassazione, Sez. trib., sent. 26 marzo 2014, n. 7062, in <http://www.dejure.it>. In particolare, la controversia origina dall'impugnazione di diversi avvisi di liquidazione per imposta suppletiva di registro relativi a contratti di mutuo a tasso zero concessi dal Fondo di Rotazione per l'edilizia abitativa agevolata, istituito presso la Provincia di Bolzano, rispetto ai quali l'Ufficio considerava inapplicabile l'agevolazione prevista dal d.P.R. 601 del 1973 (art. 32, co. 2). La Commissione adita accoglieva i ricorsi e la decisione veniva confermata in grado d'appello. Con la sentenza in esame, viene dichiarato estinto il giudizio per condono nei confronti delle parti intimato. La Suprema Corte decide, quindi, di cassare la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta il

riguardo alla materia disciplinare di interesse, tuttavia, non vi è dubbio che la «rappresentazione dei fatti posti a fondamento della decisione» sia attratta nell'orbita della legittimità, proprio perché attiene alla verifica della sussistenza della condizione in presenza della quale origina il potere punitivo. In questo senso, il controllo del Magistrato su questa parte dell'azione amministrativa è rivolto alla verifica della correttezza del rapporto che intercorre tra la rappresentazione della realtà offerta dall'organo disciplinare e ciò che è ragionevole ritenere sia accaduto.

A tal proposito, l'estensione del controllo del giudice anche al merito comporta che egli sia «libero di valutare negativamente l'azione del controllato anche sulla considerazione di fattori non emergenti nel procedimento» (per un approfondimento del sindacato esteso al merito si rinvia al § 2.2)¹⁷.

Passando ad esaminare il successivo momento di qualificazione giuridica del fatto, anch'esso attratto nell'orbita della legittimità, emerge come esso appaia regolato da norme che, almeno dal punto di vista teorico, hanno la pretesa di essere tassative, determinate e precise (art. 77, co. 1, d.P.R. n. 230 del 2000)¹⁸. Anche in questo caso, nell'ipotesi in cui emergano dubbi in relazione a profili estrinseci o intrinseci rispetto al fatto in sé considerato, le uniche soluzioni plausibili sono l'archiviazione del procedimento ovvero l'esito più favorevole per l'accusato. Peraltro, le disposizioni normative che attribuiscono e definiscono il potere punitivo di natura disciplinare in carcere utilizzano concetti di tipo empirico «immediatamente esplicativi»; «concetti, cioè, che si riferiscono «direttamente» al modo di essere di una sanzione di fatto»¹⁹.

Anche volendo sposare la tesi per cui l'operazione di qualificazione giuridica del fatto sia idonea a produrre conclusioni diverse tra loro, infatti, si deve comunque affermare che **l'organo disciplinare deve sempre adottare la soluzione che determini le conseguenze più favorevoli per l'interessato** (soltanto uno, dunque, è il risultato corretto dell'attività di sussunzione).

Una considerazione specifica, in questo discorrere, meritano quelle disposizioni normative che adottano i cd. **concetti giuridici indeterminati**, i quali «per essere concretizzati e applicati necessitano il ricorso alle scienze non esatte del cui lessico fanno parte»²⁰. A ben vedere, quindi, «la norma tecnica cui la norma giuridica fa rinvio diviene parte integrante di quest'ultima» – determinandone, in modo tendenzialmente obiettivo, la portata –, sicché «la violazione della norma tecnica implica violazione della norma giuridica»²¹.

ricorso originario presentato dalla Provincia Autonoma di Bolzano e dei privati per i quali il giudizio non è stato dichiarato estinto per condono.

¹⁷ A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, in *Dir. amm.*, 3, 2008, p. 550.

¹⁸ In realtà, è da riscontrare che l'ampiezza e la genericità dei contorni delle infrazioni disegnati dall'art. 77, co. 1, reg. esec. rende astrattamente possibile la riconduzione ad ogni fattispecie di innumerevoli condotte, consentendo, in questo modo, una facile elusione del divieto di analogia. Sul punto, si è notato che la menzionata carenza di tassatività deriva generalmente dal fatto che determinate sanzioni disciplinari tendono a colpire non solo quelle condotte che infrangono norme rigidamente definite, ma anche la non esatta corrispondenza di tale condotta alla norma. Si tratta, in altri termini, di ciò che M. Foucault chiama «*le domaine indéfini du non-conforme*» (E. Loi, N. Mazzacava, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Il Mulino, 1977, p. 96).

¹⁹ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 120.

²⁰ Discute dell'argomento G. De Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 522 e 526.

²¹ F. Ledda, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di "crisi"*, in G. Marongiu (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, 1992, p. 372; G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 121. Una specificazione dei concetti giuridici indeterminati si ha con riferimento a quelle disposizioni che impiegano concetti il cui significato è accertabile solo attraverso il rinvio a criteri di valore, ossia contenenti elementi ineliminabili di soggettività. In questo caso, una simile discrezionalità tecnica «tende a confondersi con la discrezionalità amministrativa, poiché la formulazione di giudizi di valore avviene sulla base di criteri simili a quelli che sorreggono la scelta di opportunità». Sarebbe, infatti, «un ambito di valutazione riservata, non segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e l'adeguatezza, ma qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta» (p.121).

Nel contesto disciplinare di cui si discute, espressioni di questo tipo sono rinvenibili nell'art. 77 reg. esec., ossia quella disposizione che contiene l'elenco delle varie ipotesi di infrazione. Mentre ai nn. 18-19 vengono menzionati i concetti di "sommosse" e "disordini", ai nn. 10 e 17 si fa riferimento ad espressioni il cui significato è definibile attraverso il richiamo a criteri di valore (ci si riferisce agli "atti osceni o contrari alla pubblica decenza" e al "ritardo ingiustificato"). Tuttavia, anche in questi casi, l'attività dell'organo disciplinare deve essere guidata da parametri oggettivamente validi (e non da valutazioni meramente soggettive), in grado di permettere il successivo controllo *ex post* del Magistrato²². Specie in ambito disciplinare, infatti, le norme regolamentari pretendono sempre la conoscenza oggettiva del fatto storico: l'Autorità amministrativa «deve limitarsi a riscontrare il ricorrere nel caso concreto dell'elemento (indeterminato o valutativo) indicato nella fattispecie astratta»²³.

Infine, strettamente connessa alla fase di qualificazione giuridica del fatto è quella di interpretazione della norma giuridica. L'interprete, infatti, «compie un'unica operazione che, partendo dal caso problematico risale all'enunciato normativo, ne ridefinisce i contorni semantici e riscende verso il fatto»²⁴. **L'operazione ermeneutica dell'organo disciplinare non solo è ammessa ma addirittura ritenuta inevitabile**, rilevato che non esiste enunciato normativo che non richieda, per la sua comprensione, di essere interpretato.

Nella dottrina amministrativistica, si afferma che «la struttura costituzionale dell'amministrazione pubblica sembra decisiva per raggiungere la conclusione che l'integrazione della clausola generale o, in generale, del precetto indeterminato, debba (e non solo possa) essere condotta ricercando il significato del precetto nell'ordine giuridico della società»²⁵. Questo implica, peraltro, che se non è discusso il fatto che «il concorrere di regole e principi fissati dall'ordine legale e dall'ordine giuridico della società non esclude l'esistenza di spazi di valutazione in capo all'autorità che procede», è altrettanto ammesso che «una simile raffigurazione riduce molto il perimetro di quest'area fino a farlo somigliare a quello proprio della giurisdizione e, per conseguenza, a renderlo interamente sindacabile»²⁶.

Questa impostazione si discosta dal pensiero della dottrina classica, la quale ancora l'area di operatività dell'attività amministrativa all'interno del solco tracciato dai principi costituzionali, valorizzando così l'esigenza che richiede di integrare i concetti valutativi coi principi fondamentali espressi dalla Carta fondamentale²⁷.

²² Letteratura emblematica in questo senso è quella di: K. Enghish, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970.

²³ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 122.

²⁴ Rivela L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 10, che il testo fornisce un significato «soltanto se è fatto reagire con un caso concreto».

²⁵ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 313. Secondo l'Autore l'"ordine" della società è «costituito – in quanto giuridico – dalla porzione di sovranità (che è la prima e più possente capacità giuridica) che si trattiene nell'area dell'esercizio dei diritti inviolabili e nell'adempimento dei doveri inderogabili». Sicché, l'ordine giuridico della società «non si attiva solo per l'esercizio del potere costituente, ma agisce costantemente giacché quell'esercizio ha riservata a sé una porzione di sovranità che si trattiene nella società e non si articola nei poteri dello Stato». La sovranità popolare, pertanto, «rende ragione dell'esistenza di un ordine, propriamente giuridico, extralegale [...], nel quale si formano regole storicamente e concretamente conoscibili e verificabili, praticate e applicate nei rapporti giuridici tra le persone e tra esse e l'autorità». La formazione di siffatte regole dell'ordine giuridico della società «è data dalla ripetizione costante dei comportamenti e dal diffuso consenso in ordine al contenuto di un enunciato che appare indeterminato nella formulazione legale». Ed è proprio «la ripetizione del comportamento e la diffusa convinzione circa il contenuto dell'enunciato» che consentono «di individuare con adeguata sicurezza la regola dell'ordine sociale» (ivi, pp. 364-365 e 371-372). La nota presente è ripresa da: G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 124.

²⁶ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 373.

²⁷ In tal senso, M. Maresca, *La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, 1998, pp. 116-117; S. Rodotà, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, ivi, pp. 49-50; M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, 2000, p. I; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2017, pp. 61 ss.

In definitiva, quale che sia l'approccio utilizzato, rilevato che l'interprete deve impiegare un sistema di criteri ed elementi che «essendo scientificamente definibili, danno una garanzia dell'oggettività» dell'operato, «non esiste interpretazione più o meno adatta, ma una sola interpretazione esatta»²⁸.

Nell'ambito del procedimento disciplinare in carcere, la funzione di prevenzione generale pretende due considerazioni: che si pervenga all'unica interpretazione valida del dato normativo e che la soluzione offerta sia anche univoca (tale da definire, cioè, nel modo più dettagliato la situazione descritta dalla norma e da limitare, con medesima accuratezza, l'ambito applicativo dell'infrazione). Il **Magistrato, dunque, è chiamato a verificare che la disposizione sia stata oggetto dell'unica interpretazione corretta (*rectius*, valida) e che sia stata applicata ad un caso da essa previsto**²⁹.

2.2. *Le attività di scelta del tipo e dell'entità della sanzione.*

Quanto finora esposto è servito per chiarire che l'appartenenza delle attività cd. *intellettive* – di accertamento, qualificazione e interpretazione – nell'alveo della legittimità. Quando si tratta, invece, di stabilire la scelta e l'entità della sanzione disciplinare la valutazione passa nell'area del *merito*. Il momento conclusivo dell'*iter* procedimentale, infatti, è connotato da ampi margini di discrezionalità, essendo l'Amministrazione chiamata ad un'attività di ponderazione e valutazione di interessi contrapposti³⁰. Un'impostazione dottrinale convincente, asserisce che «**nella discrezionalità sulla commisurazione della sanzione assistiamo esattamente ad un potere propriamente di scelta, da esercitare non solo in vista di astratte finalità di giustizia depurate da valutazioni teleologiche e di cura di interessi, ma altresì di alcuni ben determinati obiettivi di interesse pubblico**, tra cui [...] quello special-preventivo»³¹.

Date queste premesse, l'estensione del sindacato del Magistrato di Sorveglianza anche al merito del provvedimento punitivo (ad oggi limitato alle due sanzioni disciplinari più afflittive conosciute dall'art. 39 o.p.) si sostanzia in una nuova ed autonoma valutazione d'opportunità che può condurre all'assunzione di una decisione diversa rispetto a quella espressa dall'Amministrazione penitenziaria³².

²⁸ M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. I. Nell'operazione ermeneutica, quindi, è fondamentale l'attività intellettuale e non quella volitiva. L'assunto per cui la soluzione valida sia unica non trova, tuttavia, consenso unanime. Taluni Autori, infatti, sostengono che non esista, nella pratica, la possibilità di procedere attraverso una scansione meramente cognitiva – rigorosamente controllabile secondo parametri oggettivi e scientificamente riconosciuti – proprio perché il ricorso a canoni interpretativi conduce a conclusioni interpretative diverse (cfr. M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, p. 23).

²⁹ Così, G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 127. Le conclusioni a cui si è giunti valgono, naturalmente, anche per le circostanze aggravanti dell'infrazione (art. 77, co. 3, reg. esec.) e per le norme dedicate alla sospensione e al condono della sanzione (art. 80, co. 1 e 2, reg. esec.). «L'accertamento dell'esistenza di questi fatti, la qualificazione giuridica di essi e l'interpretazione degli enunciati normativi che li contemplano sono momenti dell'iter decisionale amministrativo che, per le medesime ragioni appena indicate, sono sempre e interamente attratti nell'orbita della legittimità» (nt. 72).

³⁰ Si riscontra, tuttavia, una dottrina minoritaria che ritiene che l'organo disciplinare, nel computo dell'importo sanzionatorio (nei limiti edittalmente previsti), mantenga margini valutativi «che però non presentano connotati discrezionali nel senso tradizionale del termine» (F. D'angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, 2013, pp. 180 ss.). Sul punto, la giurisprudenza di legittimità sostiene la tesi dell'ontologica diversità tra il potere di commisurazione della sanzione – implicante un «giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria» – e la discrezionalità amministrativa – che presuppone una ponderazione degli interessi – (Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, in *dejure*).

³¹ F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 115.

³² Parte minoritaria della dottrina, invece, ritiene che il controllo esteso al merito non riguardi valutazioni di opportunità. In questo senso A. Police, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Giuffrè, 2013, p. 65, in cui si esplicita che «il giudice di merito, infatti, non opera scelte discrezionali, né effettua ponderazioni

A tal proposito, **si osserva che nelle ipotesi del sindacato limitato alla legittimità e di quello esteso al merito della decisione disciplinare, al Magistrato di Sorveglianza è stato devoluto solamente il potere di annullamento del provvedimento sanzionatorio** (art. 35-bis, co. 3, o.p.). In altri termini, laddove il giudice accerti la correttezza dell'incolpazione disciplinare, ma non ritenga congrua la risposta punitiva – o ravvisi disparità di trattamento «in casi significativamente simili» – il giudice può soltanto annullare l'irrogata sanzione, rimettendo nuovamente all'organo disciplinare il dovere di rideterminare la punizione, tenendo conto dei motivi che hanno condotto all'annullamento³³. In aggiunta, un'avveduta dottrina sottolinea che il necessario rispetto dei termini decadenziali per l'esercizio del potere disciplinare (di cui all'art. 81 reg. esec.), esige che il nuovo provvedimento disciplinare sia adottato in seguito alla «riattivazione *ab initio* del procedimento disciplinare, rinnovando la contestazione dell'addebito, non essendo previsto alcun termine di prescrizione dell'azione disciplinare»³⁴.

Con specifico riferimento al controllo esteso al merito del provvedimento punitivo, **il limite posto ai poteri decisorii del Magistrato di Sorveglianza non pare ragionevole, atteso che esso ostacola la completa espressione della *ratio* sottesa alla scelta di prevedere un controllo esteso anche al merito della decisione disciplinare**. D'altronde, questa modalità di sindacato si pone in una logica di continuità tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale, richiedendo un'analisi del giudice «su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi ed anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'Amministrazione»³⁵.

In questa prospettiva, **è auspicabile una riforma che attribuisca al Magistrato di Sorveglianza che non approvi la scelta sanzionatoria deliberata in sede di udienza disciplinare, non solo di annullare *sic et simpliciter* la decisione dell'organo competente, bensì di riformarla**. D'altronde, come afferma attenta dottrina, «la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime (e, forse, addirittura dovute), qualora si rendano necessarie, a loro volta, per eliminare squilibri o privilegi»³⁶. Da questo punto di vista, dunque, è possibile diversificare i diritti e i poteri spettanti alle parti, a condizione che «il contenuto sostanziale delle singole garanzie rimanga intatto, senza subire irragionevoli affievolimenti ed ingiustificate restrizioni»³⁷.

Non essendoci ragioni per discostarsi dall'approccio seguito dal diritto amministrativo, in sostanza, non appare ragionevole l'attuale previsione che non intende riconoscere al giudice la possibilità di sindacare (*rectius*, di modificare) tanto la tipologia di sanzione disciplinare, quanto il grado di severità della punizione già comminata. Solo accogliendo quest'ultima impostazione

di interessi che siano alternative o comunque distoniche da quelle effettuate dalla pubblica amministrazione». In particolare, il giudice di merito «opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato» (p. 66).

³³ Molte le letture in questo senso. Tra le tante, si veda: P. Corvi, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti del detenuto*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, 2014, p. 110; G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 146; M. Bortolato, *Commento all'art. 35-bis*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario*, p. 407; E. Valentini, *Il reclamo: casi e forme*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, 2015, p. 236.

³⁴ F. Fiorentin, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, pp. 254-255.

³⁵ Questa è la lettura che viene offerta da: Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, richiamato da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 147.

³⁶ L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1524.

³⁷ *Idem*, p. 1532.

si assicurerebbe il rispetto dell'intenzione del legislatore di affidare al giudice del merito una competenza piena, in conformità con il suo ruolo di «giudice del fatto, altroché del diritto»³⁸. Un simile operato, peraltro, permetterebbe di raggiungere l'obiettivo di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti delle persone ristrette, «che sarebbero incisi dall'esecuzione di una delle due sanzioni disciplinari maggiormente afflittive», anche nel settore disciplinare, il quale «pretende che la fase di concreta determinazione della risposta punitiva non sia caratterizzata da alcuna “zona franca”, inaccessibile al giudice e sottratta ad ogni sindacato»³⁹.

A titolo esemplificativo e in termini maggiormente espliciti, insomma, si ritiene che dovrebbe essere considerata del tutto legittima la decisione del Magistrato di Sorveglianza che ritenesse di irrogare la sanzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per giorni cinque anziché la più afflittiva esclusione dalle attività in comune per giorni dieci stabilita dal Consiglio di Disciplina.

A bontà della tesi sopra esposta, preme sottolineare che la mancanza di un descritto potere sostitutivo non solo impedisce il pieno raggiungimento dell'obiettivo di compensare in sede giurisdizionale la carenza delle garanzie tipiche del procedimento disciplinare, ma è altresì di ostacolo alla realizzazione di un tendenziale «*continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale, riproponendo la logica della netta e rigida separazione delle funzioni»⁴⁰.

2.3. Emergenti prospettive amministrativistiche.

Se è vero che assai ampi e indefiniti sono i criteri fissati dall'ordinamento penitenziario in punto di scelta e commisurazione della sanzione disciplinare (si veda l'art. 38, co. 3, o.p.), altrettanto incontestabile è che lo spazio riservato al merito è destinato a restringersi in virtù dell'emergere di principi generali – quali la **completezza, la ragionevolezza, la proporzionalità** – propri della legittimità, i quali svolgono la funzione di veri e propri canoni di condotta che guidano l'Amministrazione nella sue attività di individuazione e bilanciamento dell'interesse considerato prevalente (rispetto agli altri interessi contrapposti), e in quella di ponderazione delle esigenze confliggenti (che si pone come antecedente logico rispetto alla scelta del tipo e all'entità della sanzione da irrogare)⁴¹.

Peraltro, in dottrina si riscontra un orientamento – condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità – secondo il quale non residuerebbe alcun profilo di discrezionalità amministrativa in relazione ai margini valutativi in capo all'Autorità competente. Tale tesi poggia la propria argomentazione sull'assunto per cui vi sarebbe un'ontologica differenza fra il potere di commisurazione della sanzione, che presuppone un «giudizio di valore sugli interessi

³⁸ P.G. Ponticelli, *La giurisdizione del merito*, cit., p. 117.

³⁹ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 132.

⁴⁰ *Idem*, p. 148. Qui si esplicita, peraltro, che «anche laddove fosse conferito al Magistrato di sorveglianza il potere di spingersi fino ad una nuova regolamentazione del rapporto controverso, questi dovrebbe sempre e soltanto disporre l'annullamento del provvedimento illegittimo, ovviamente senza alcun rinvio all'organo disciplinare, qualora accertasse che, nel corso del procedimento amministrativo, siano state violate le norme concernenti “la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare”, nonché “la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolora”» (art. 69, comma 6, lett. a), o.p.).

⁴¹ Trattano del tema dell'espansione dell'area della legittimità – grazie al richiamo ai principi generali –: S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Giuffrè, 1990, pp. 106 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 401-402; G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 129; F. Trimarchi, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 388 ss.

amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria», e la discrezionalità amministrativa, che implica invece una ponderazione di interessi⁴².

Ad una simile presa di posizione, tuttavia, può controbattersi sottolineando che anche nell'attività di commisurazione della risposta punitiva si esercita propriamente un potere di scelta, non solo «in vista di astratte finalità di giustizia depurate da valutazioni teleologiche e di cura di interessi, ma altresì di alcuni ben determinati obiettivi di interesse pubblico, tra cui [...] quello special-preventivo»⁴³. In sintesi, è corretto ritenere che la sanzione disciplinare sia il risultato di un contemperamento tra istanze di prevenzione generale, grado di colpevolezza del soggetto agente ed esigenze specialpreventive che tengano conto della situazione del caso concreto. Questa attività di valutazione e ponderazione di interessi confliggenti è regolata solo in parte dalle disposizioni normative (il riferimento corre, in particolare, all'art. 38, co. 3, o.p.), essendo per il resto affidata a considerazioni di opportunità amministrativa. Tuttavia, è proprio in questa fase che si assiste all'arretramento dell'area riservata all'apprezzamento di merito grazie a quei criteri oggettivi, ricavati da principi generali, che orientano l'Amministrazione nel momento di irrogazione del *quantum* e dell'*an* della sanzione.

A titolo esemplificativo, sono richiamabili i seguenti criteri: a) completezza, da intendersi come esigenza di un'adeguata istruttoria (al fine di indagare la sussistenza di elementi concernenti la natura e la gravità del fatto, così come del comportamento e delle condizioni personali del soggetto)⁴⁴; b) ragionevolezza/logicità, che consentono al giudice di sindacare la carenza – o addirittura l'assenza – di «un nesso di consequenzialità tra le circostanze di fatto ritenute esistenti, l'accertata rilevanza dei diversi interessi presi in considerazione e le conclusioni cui è pervenuta l'autorità decidente»⁴⁵; c) proporzionalità, che permette di verificare che la risposta sanzionatoria non sia manifestamente ingiusta, ossia che non vi sia un'abnorme sproporzione (in eccesso) tra la severità della sanzione concretamente irrogata e la gravità del fatto illecito accertato dall'Autorità competente, nonché – nella sua direzione orizzontale – di controllare l'insussistenza della disparità di trattamento fra due (o più) posizioni analoghe o identiche⁴⁶.

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, non sembra accogliere con entusiasmo una simile impostazione, tanto che **continua a ravvisare il vizio di eccesso di potere, nei casi in cui il Magistrato di Sorveglianza arrivi ad estendere il sindacato di legittimità «sino a compiere una valutazione della congruità e proporzionalità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionata»**⁴⁷.

⁴² Emblematica a tal riguardo, Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, in *dejure*. Tale pronuncia, tra l'altro, è esemplificativa dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale non sembra accogliere con favore l'impostazione sposata da chi scrive, tanto da continuare a ravvisare un eccesso di potere giurisdizionale nei casi in cui il Magistrato di Sorveglianza estenda il sindacato sul provvedimento punitivo sino a compiere una valutazione della congruità e proporzionalità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionata. In questo senso, anche Cass. pen., sez. I, 5 settembre 2015, n. 37232, in *dejure*.

⁴³ F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., p. 115.

⁴⁴ Sempre dal punto di vista della completezza, assume importanza anche la mancata valutazione e ponderazione, da parte dell'Autorità competente, di interessi che sarebbe stato opportuno prendere in considerazione ai fini della decisione.

⁴⁵ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 188. In questo senso, la scelta che implica questo momento dell'*iter* procedimentale è da valutarsi come illogica, quando alla luce degli accertamenti e degli interessi apprezzati, «non sarebbe stato ragionevole attendersela in nessun caso» (P.N. Vipiana, *I procedimenti amministrativi. La disciplina attuale ed i suoi aspetti problematici*, Cedam, 2012, p. 213).

⁴⁶ Il settore disciplinare rappresenta, tuttavia, un esempio di sistema che manca nel predisporre un insieme differenziato di norme e definizioni giuridiche in grado di fornire indicazioni sulle circostanze di fatto e sull'accusato, idonee ad essere prese in considerazione dall'organo disciplinare.

⁴⁷ Cass. pen., sez. I, 5 settembre 2015, n. 37232, in *dejure*. Per quanto criticabile, un simile orientamento ha il pregio di mettere in luce la vaghezza del testo normativo e il fatto che nemmeno il ricorso ai richiamati principi generali riesca a circoscrivere la soggettività insita nell'attività di commisurazione degli interessi che emergono in una simile fase del procedimento disciplinare in carcere.

Per quanto criticabile, un simile orientamento ha il pregio di porre in luce che, per quanto l'area del merito si stia progressivamente delimitando, l'Amministrazione continua a mantenere un potere di scelta discrezionale, in virtù della (voluta) vaghezza del testo normativo che non indica predeterminati e specifici parametri legali di scelta e di commisurazione della sanzione.

È proprio alla parte della fattispecie del potere discrezionale di scelta relativa al come e al quanto della sanzione che, secondo parte minoritaria – ma convincente – della dottrina, si riferisce il legislatore, quando statuisce «che è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati» (art. 69, co. 6, lett. a), o.p.)⁴⁸. Il senso di questa estensione, del resto, è stato individuato da convincente dottrina nell'esigenza di difendere il privato «dalle aggressioni dai gruppi di potere». Questa necessità di controllo, in particolare, emerge di certo nel settore disciplinare, «specie quando esiste una possibilità di scelta da parte dell'Amministrazione tra una pluralità di sanzioni, anche per quanto riguarda l'entità». È stato notato infatti che, in questo caso, «l'unico controllo effettivo è quello di merito, altrimenti la giustizia amministrativa (o quella ordinaria) rischia di essere esclusivamente formale»⁴⁹.

3. Profili di incostituzionalità dell'art. 69, co. 6, lett. a) o.p.

Chiarito l'ambito di operatività del sindacato esteso anche al merito del provvedimento disciplinare, occorre ora riflettere sull'irragionevolezza della scelta del legislatore di prevedere questo specifico controllo giurisdizionale – pur con le limitazioni criticate al § 2.2 – solamente per i provvedimenti che irrogano le sanzioni disciplinari più afflittive.

Come si è già avuto modo di ricordare, attenta dottrina afferma che «la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime (e, forse, addirittura dovute), qualora si rendano necessarie, a loro volta, per eliminare squilibri o privilegi»⁵⁰. In astratto, dunque, è ben possibile diversificare il trattamento processuale relativo alle diverse posizioni giuridiche conoscibili dal Magistrato di Sorveglianza, ma a condizione che «il contenuto sostanziale delle singole garanzie rimanga intatto, senza subire irragionevoli affievolimenti ed ingiustificate restrizioni»⁵¹.

La scelta legislativa di limitare il sindacato esteso al merito solo nei confronti delle sanzioni dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione durante le attività in comune si rivela proprio sotto questo profilo irragionevole, ponendosi in contrasto con l'art. 3 Cost.

In particolare, il richiamo a quest'ultima disposizione permette di evidenziare l'effettiva mancanza di situazioni eterogenee che, in quanto tali, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, impongono di essere trattate differentemente le une dalle altre. In questo senso, sul versante della concreta afflittività, non appare dimostrata la maggior gravità della sanzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta (art. 39, co. 1, n. 4, o.p.) rispetto, ad

⁴⁸ Non condivisibile, pertanto, la già richiamata impostazione dottrinale secondo cui il giudice di merito «opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato» (A. Police, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione"*, cit., p.65).

⁴⁹ Queste ultime considerazioni sono riprese da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 132, il quale a sua volta si richiama a R. Chiappa, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1421.

⁵⁰ L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1524.

⁵¹ *Idem*, p. 1532.

esempio, alla privazione di ore di svago, di socialità, di intrattenimento e di attività agonistiche in cui si sostanziano le sanzioni dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive (art. 39, co. 1, n. 3, o.p.). Inoltre, come è stato già autorevolmente notato, «l'esigenza di compensare (in modo pieno e completo) nella sede giurisdizionale, le minori garanzie offerte dalla fase amministrativa permane identica a prescindere dall'esito sanzionatorio del procedimento disciplinare»⁵².

Sul versante della concreta afflittività, peraltro, **la Corte E.D.U.** quando si riferisce alla gravità della risposta punitiva per parametrare la natura sostanzialmente penale di una sanzione, **prende in considerazione** non il grado di severità della sanzione concretamente applicata dall'organo competente, «bensì **la gravità della sanzione che l'Autorità medesima avrebbe potuto potenzialmente comminare**»⁵³. In aggiunta, da questo punto di vista, è utile sottolineare che il nostro ordinamento penitenziario non associa ad ogni singola infrazione una specifica sanzione disciplinare, essendo l'Autorità competente libera di scegliere quale punizione comminare in relazione allo specifico caso di specie. L'apparente limitazione prevista dall'art. 77, co. 3, reg. esec. che vieta di comminare la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune per le infrazioni previste nei numeri da 1) a 8), è poi compensata dal riconosciuto utilizzo (improprio) delle cd. **sanzioni non istituzionalizzate**, frequentemente irrogate nella prassi aldilà di qualunque controllo giurisdizionale e in contrasto con i fondamentali cardini propri di uno stato di diritto⁵⁴.

Da un ulteriore punto di vista, inoltre, si ritiene di condividere quell'orientamento dottrinale che ravvisa **l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 113 Cost. (che, per la tutela degli atti della pubblica amministrazione, vieta esclusioni o limitazioni a particolari mezzi di impugnazione), dell'art. 69, co. 6, lett. a), o.p.** nella parte in cui limita il controllo giurisdizionale alla sola legittimità del provvedimento formalmente amministrativo⁵⁵.

La previsione normativa *de qua* sarebbe **incompatibile anche con l'art. 6 CEDU – richiamato dall'art. 117, co. 1, Cost.** – atteso che esso, nell'interpretazione adottata dalla Corte di Strasburgo, richiede che il giudice abbia una *full jurisdiction* sull'*an*, sul *quomodo*, e sul *quantum* della sanzione. Il richiamo alla norma convenzionale viene in gioco sulla base della considerazione delle sanzioni disciplinari carcerarie in termini sostanzialmente penali, coerentemente con la lettura datane dalla Corte EDU nel 1976 (il riferimento corre al noto caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*). Nel dettaglio, i giudici di Strasburgo – oltre al criterio della

⁵² G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 173.

⁵³ Cfr. P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 866. L'annosa questione della natura sostanzialmente penale di una sanzione – pur qualificata in modo differente dal singolo ordinamento nazionale – ha interessato la Corte EDU sin dal 1976, data del famoso caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Con questo *leading case*, la Grande Camera ha proposto all'interprete tre criteri (conosciuti proprio come *Engel criteria*), utili ai fini del riconoscimento dell'effettiva natura penale di una sanzione: qualificazione giuridica del fatto secondo l'ordinamento nazionale, natura sostanziale dell'illecito commesso e, da ultimo, severità della sanzione che l'interessato rischia di subire.

⁵⁴ Il riferimento corre, *in primis*, alla più volte denunciata pratica dei trasferimenti, la quale avviene aldilà dell'ampio ventaglio di motivazioni consentite dal primo comma dell'art. 42 o.p. Per un approfondimento, sul punto, si offre un'ampia letteratura: E. Loi, N. Mazzacuva, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 103; V. Grevi, *Introduzione*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981, p. 32; S. Bellomia, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 924; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, 1982, p. 178; V. Grevi, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, cit., p. 291. Altra sanzione non istituzionalizzata particolarmente afflittiva si inquadra nell'organizzazione dell'istituto di pena in diverse sezioni detentive (il riferimento, in questo caso, corre all'art. 32 reg. esec.). In particolare, così come specificato dalla Circolare del DAP del 23 ottobre 2015, nei confronti di coloro i quali sono stati valutati al di sopra della soglia di pericolosità "e quindi debbono esser allocati nelle sezioni a custodia chiusa, opererà una modalità di controllo diretta da parte della Polizia Penitenziaria" (Ministero della Giustizia, DAP, Circolare 23 ottobre 2015, *Modalità di esecuzione della pena*, n. 3663/6113, prot. 0355603, § 5.1, in <http://www.giustizia.it>). In conclusione, per un approfondimento sul tema delle sanzioni non istituzionalizzate e di quelle – pur positivamente ma – non previste dall'art. 39 o.p., si legga: L. Cattelan, *Il procedimento disciplinare in carcere*, Università degli Studi di Trento, 2019, pp. 111 ss.

⁵⁵ Cfr. A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione"*, cit., p. 3 richiamato da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 151.

denominazione formale della sanzione nello specifico ordinamento nazionale – hanno elaborato due criteri sostanziali, fra loro alternativi, che aiutano l'interprete nell'individuare la natura sostanzialmente penale di una sanzione, pur qualificata in modo diverso dal singolo ordinamento nazionale. Il primo attiene alla natura del precetto violato e allo scopo della sanzione, in modo da riuscire a stabilire se la funzione della punizione sia quella di tutela *erga omnes* di determinati beni giuridici della collettività, normalmente presi in considerazione dal diritto penale, e se racchiuda in sé, proprio come la sanzione penale, sia caratteri repressivo-punitivi che specialpreventivi.

Il secondo criterio, invece, attiene al grado di severità della sanzione astrattamente comminabile nel caso di specie, con l'obiettivo di indagare se le conseguenze afflittive proprie del provvedimento punitivo siano così gravi da esigere il godimento delle medesime garanzie procedurali che richiede un'accusa in materia penale.

Sulla base di questa interpretazione, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza (di legittimità) più recente condividono **la riconducibilità delle sanzioni disciplinari carcerarie – perlomeno con riguardo a quelle comminabili dal Consiglio di Disciplina – al novero delle punizioni sostanzialmente penali**, essendo palese la loro capacità di incidere pesantemente sulla residua libertà della persona detenuta o internata (libertà che, seppure con le gravi limitazioni che la restrizione comporta, non può essere disconosciuta)⁵⁶.

Infatti, così come l'esecuzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta grava pesantemente sul corrispondente diritto del detenuto riconosciuto a tutela della sua integrità fisica e psichica, anche l'esclusione dalle attività ricreative e sportive ha importanti ripercussioni sulle occasioni di socialità del ristretto, le quali sono pensate proprio per attenuare gli effetti negativi che egli inevitabilmente è destinato a subire. L'esclusione dalle attività in comune, poi, esplicandosi nell'isolamento continuo del detenuto (art. 33, co. 1, n. 2, o.p.), è considerata la più afflittiva delle sanzioni ed è stata oggetto di decise stigmatizzazioni anche dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani e degradanti (C.P.T.)⁵⁷. Infine, anche le sanzioni considerate più lievi – il richiamo e l'ammonizione (art. 39, co. 1, nn. 1 e 2, o.p.) – presentano un proprio grado di severità, risolvendosi in punizioni di natura morale che implicano un giudizio etico-sociale sulla persona. Tale assunto, peraltro, appare con maggiore

⁵⁶ Quest'ultimo principio si ricava da Corte Cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349. Esemplificativa, inoltre, dell'orientamento giurisprudenziale più recente è: Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184, Pres. Davigo, Rel. Recchione, Imp. Pagano, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 aprile 2017. Peraltro, a motivo dell'apprezzabile grado di severità della sanzione disciplinare, in dottrina (A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002, p. 64) si è avanzata la tesi dell'illegittimità costituzionale della previsione che attribuisce ad un'Autorità amministrativa il potere di adottare sanzioni che impongono importanti limitazioni all'esercizio dei diritti della persona ristretta. Secondo questa impostazione, eccedendo la sanzione «il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna» o con l'ordinanza cautelare, punizioni disciplinari così afflittive dovrebbero essere irrogate solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalle legge (art. 13, comma 2, Cost.). Esprime parere contrario alla descritta presa di posizione N. Barabino, *Il reclamo al magistrato di sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all'udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2479.

⁵⁷ Il C.P.T. è un organo del Consiglio d'Europa, che ha l'obiettivo di esaminare, «per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti» (art. 1 Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene inumane o degradanti). Tale comitato, nel rapporto del 10 novembre 2011, ha esplicitamente ribadito la necessità della partecipazione del medico al procedimento disciplinare per l'applicazione nella sanzione *de qua*, attesi i risvolti particolarmente significativi per la vita del soggetto ristretto. Del resto, l'evidenza della gravità della sanzione di cui all'art. 39, co. 1, n. 5, o.p. è stata sottolineata espressamente dalla Corte Suprema (col citato caso Pagano), sulla base della severità della sanzione, della sua durata e della particolare afflittività desunta proprio dalla indispensabile autorizzazione del medico per la sua concreta espiazione. In conclusione, è bene evidenziare comunque che la richiamata sentenza ha precisato che la valutazione in merito alla natura delle sanzioni disciplinari non possa essere generalizzata, «dovendosi valutare, caso per caso, se le stesse abbiano caratteristiche tali da poter essere considerate sostanzialmente "penali", tenuto conto dei parametri indicati dalla Corte europea».

evidenza nella sanzione dell'ammonizione, che viene rivolta dal Direttore alla presenza di appartenenti al personale e di un gruppo di detenuti o internati.

4. In conclusione.

Quanto si è fin qui osservato sembra portare inevitabilmente alla conclusione che, sulla base dei cd. *Engel criteria*, al procedimento disciplinare in carcere debbano essere estese le garanzie procedurali – e sostanziali – dell'art. 6 CEDU⁵⁸.

Tale convincimento pare rafforzato dal fatto che, come sostenuto dai più recenti orientamenti, nella sfera applicativa dell'art. 6 CEDU devono ricondursi non solo le posizioni soggettive di natura civilistica ed a carattere prevalentemente patrimoniale ma anche i diritti di carattere non pecuniario che assurgono a diritti e libertà fondamentali, tutte le volte in cui simili posizioni giuridiche siano coinvolte nell'esercizio di un potere amministrativo⁵⁹. In questo senso, è oramai pacifico che **«laddove venga in rilievo un diritto espressamente riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, esso è sempre rilevante ai fini dell'art. 6 CEDU, pure, si noti, ove sia assente o comunque dubbio il requisito della patrimonialità»**⁶⁰. Anche a voler negare natura sostanzialmente penale a specifiche sanzioni disciplinari, quindi, il richiamo all'art. 6 CEDU è garantito dalla loro sicura incidenza sui diritti della persona ristretta.

Sul punto, in particolare, è stato notato che un successivo, pieno ed effettivo sindacato, specie se assistito da effetto sospensivo della decisione impugnata, «mitigherebbe il complessivo grado di inadempimento (in sede procedimentale amministrativa) degli obblighi convenzionali»⁶¹. Cionondimeno, a fronte di procedimenti amministrativi che, come quello disciplinare, sono lontani dal modello del cd. *giusto processo* penale, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha adottato un criterio flessibile – noto come ***principio compensativo*** – tale per cui **non vi sarebbe contrasto con l'art. 6 CEDU allorquando l'interessato abbia la facoltà di impugnare la decisione assunta nei suoi confronti avanti ad un "tribunale" in grado di offrire le garanzie proprie della disposizione in esame**⁶².

⁵⁸ Riempiono di contenuto la citata norma convenzionale: la **garanzia della presunzione di innocenza** (intesa sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento), il **diritto ad un organo giudicante precostituito per legge, terzo ed imparziale**, il **diritto all'assistenza legale**, il **diritto all'informazione**, il **diritto alla traduzione degli atti**, il **diritto all'accesso agli atti**, il **diritto a non rendere dichiarazioni "auto incolpanti"**, il **diritto di disporre del tempo necessario a preparare la propria difesa**, il **diritto alla partecipazione al proprio procedimento**, il **diritto al contraddittorio**, nonché il **diritto alla parità delle armi tra le parti**. A ben vedere, nessuna di queste garanzie trova applicazione nel nostro sistema disciplinare. La mancanza di conformità con i precetti convenzionali – e, ancor più vigorosamente, con l'art. 59 reg. penit. eur. – non si limita all'assenza di terzietà o di imparzialità dell'organo disciplinare. Nessuna disposizione, in particolare, si preoccupa di riconoscere al detenuto il diritto di essere informato, in una lingua a lui comprensibile, del contenuto dell'accusa elevata contro di lui, né il diritto dell'incolpato di farsi assistere gratuitamente da un interprete, qualora non comprenda o non parli la lingua usata in udienza. Ancora, non trova attuazione la regola per cui la fase del giudizio deve rivestire un carattere contraddittorio e deve garantire la parità delle armi tra l'accusa e la difesa.

⁵⁹ Cfr. A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 484. L'argomento è particolarmente rilevante se si considera che il rilievo dei cd. *Engel criteria* in ambito disciplinare carcerario non sempre conduce alla qualifica della sanzione in termini sostanzialmente penali.

⁶⁰ M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Percorsi di Diritto amministrativo, 2012, p. 111, richiamato da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 164. Inoltre, la nozione di "tribunale" impiegata dal co. 1 dell'art. 6 CEDU deve essere intesa in senso funzionale. Dunque, tale deve intendersi qualsiasi autorità che abbia il potere di decidere un'accusa penale, ovvero il potere di «di determinare con una propria decisione, la costituzione o una qualsivoglia incisione significativa di *civilrights and obligations*, anche se si tratti di autorità non inserita nel plesso giudiziario dell'ordinamento di uno Stato membro» (Cfr.: Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, *Oluje v. Croatia*).

⁶¹ F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018, p. 110.

⁶² Cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU*, cit., pp. 73 e ss.

In altri termini, per dare attuazione all'effetto compensativo, il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe essere dotato del «potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo» controllato⁶³. Non è confacente ai principi convenzionali, quindi, una cognizione limitata ai soli profili della legittimità, in quanto gli elementi attinenti al merito del provvedimento punitivo non devono fraporsi ai tipici poteri di controllo dell'organo giurisdizionale.

Al termine di queste brevi riflessioni, **non si può che auspicare una riforma legislativa** volta, non solo ad estendere il sindacato al merito di tutte le sanzioni disciplinari conosciute dall'art. 39 o.p., ma, altresì, a introdurre l'immediata ed automatica sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato, nonché al riconoscimento al giudice della possibilità tanto di disporre l'annullamento, senza rinvio, del provvedimento illegittimo, quanto della facoltà di sindacare (*rectius*, di modificare) tanto la tipologia di sanzione disciplinare, quanto il grado di severità della punizione già comminata⁶⁴.

Bibliografia.

M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Percorsi di Diritto amministrativo, 2012.

A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1999, I, pp. 385 ss.

M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, pp. 575 ss.

A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss.

F. Cassiba, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, pp. 160 ss.

L. Cattelan, *Il procedimento disciplinare in carcere*, Università degli Studi di Trento, 2019.

L. Cesaris, *La carenza di motivazione nei provvedimenti del tribunale di sorveglianza: la posizione della Corte di Cassazione*, in *Rass. penit. crimin.* 02, f. 1-2, pp. 239 ss.

L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1524 ss.

F. D'Agostini, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, 2004.

F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, 2013.

⁶³ In questi termini si esprime, ancora una volta, F. Goisis, *La tutela del cittadino*, cit., p. 110.

⁶⁴ Un'ultima precisazione: la "funzione compensativa" in parola assume significato solo nel caso in cui l'Autorità amministrativa non possa dare esecuzione al provvedimento se non dopo la conclusione della successiva fase di controllo. Appare chiaro, infatti, che in caso contrario verrebbe compromessa la stessa effettività della tutela giurisdizionale. Indispensabile, in prospettiva di riforma, quindi è prevedere una sospensione dell'esecutività della sanzione disciplinare associata alla definizione della fase di controllo o di inutile decorso del termine concesso all'interessato per adire il Magistrato di Sorveglianza.

- F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015.
- G. Di Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 522 ss.
- E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999.
- G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla legge 26 luglio 1975, n.354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, Giuffrè, 1997.
- K. Enghish, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970.
- F. Fiorentin, F. Siracusano, *L'esecuzione penale – Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, 2019.
- F. Fiorentin (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per la tutela dei diritti dei detenuti*, Giappichelli, 2019.
- B. Gilberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013.
- F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 115 ss.
- V. Grevi, *Introduzione*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981, pp. 32 ss.
- E. Loi, N. Mazzacuva, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Il Mulino, 1977, pp. 96 ss.
- M. Maresca, *La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, 1998, pp. 116 ss.
- L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996.
- G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al "merito" dei provvedimenti: un tentativo (non riuscito) di "full jurisdiction"*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 6, 2017, pp. 106 ss.
- A. Orsi Batteglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, 2005.
- A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002.
- L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 313 ss.

P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2012.

A. Police, *Sindacato di merito e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Giuffrè, 2013, pp. 65 ss.

A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 3, pp. 550 ss.

A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, pp. 23 ss.

— Le origini del male — Ch. 3

Trascrizione dell'intervista a Philip Zimbardo¹

3. La politica penitenziaria negli USA

Lo scandalo di Abu Ghraib

"Credo che le guardie carcerarie della prigione di Abu Ghraib in Iraq, [...] in cui i prigionieri sono stati sottoposti a violenza fisica e psicologica, abbiano abdicato al loro libero arbitrio e alla loro responsabilità personale durante quegli episodi [...]. Ma non sarei in grado di dimostrarlo in tribunale"

(P. Zimbardo, [Response to the 2005 Edge's Annual Question](#), in Edge.org, 2005)

Che cosa intende dire?

La legge giudica una persona. Non giudica il contesto o il sistema. Ha davanti solo l'individuo. L'idea è che ciascuno ha la capacità di discernimento, la facoltà e il buon senso di fare del bene o del male. Il male sarebbe una scelta. La legge punisce il colpevole in modo che non lo faccia più. Vogliono che la pena sia pubblica, vogliono mettere il colpevole alla gogna come accadeva in passato, in modo che funga da monito per gli altri. Ora però li mettono in carcere perché è più pratico, si fa prima.

¹ Prof. Philip Zimbardo, Psicologo, Professore Emerito presso la Stanford University.

In sostanza l'intero sistema giuridico si fonda sulla scelta del singolo, che è pienamente consapevole delle sue azioni e ha la piena facoltà di scegliere se fare del male. Anzi non del male, ma qualcosa di illegale. Perciò il compito della società sarebbe di punire, in modo che i colpevoli cambino atteggiamento e non lo facciano più.

Ripeto, per me...

"...è un concetto sbagliato. È una visione ristretta e retrograda"

...quella secondo cui la gente nella vita dice: «Faccio così, faccio così». Torno a ripetere: la povertà è uno dei massimi mali sistemici, perché i poveri sono costretti a fare certe cose.

Un ricco può truffare la sua azienda o vendere prodotti difettosi a caro prezzo. Potrebbe fare anche di peggio, ma mai in una misura tale da essere punito. Nella crisi economica del 2008 milioni di persone hanno perso i risparmi e le pensioni. Ora sappiamo che in America molti, ai piani alti, al governo, nella magistratura, alla Federal Reserve Bank, sapevano, ma non hanno fatto niente e nessuno è stato punito.

Come ad Abu Ghraib. Tra gli ufficiali, non solo non è stato punito nessuno, ma non hanno nemmeno ricevuto una lettera di richiamo con scritto «Sono successe delle cose sbagliate».

Qual è lo stato attuale della politica penitenziaria statunitense?

È peggio che mai. Quando ho svolto lo studio sulle carceri, anzi, dopo lo studio, sono andato dal capo del sistema penitenziario californiano, il Department of Corrections e gli ho detto: «Abbiamo fatto questo studio e sono emersi certi risultati sul trattamento che le guardie riservano ai carcerati. Per noi questa è disumanizzazione. Mi piacerebbe lavorare con lei a titolo gratuito, come consulente. Anche i miei studenti vorrebbero lavorare in una prigione e aiutare le guardie a comprendere le dinamiche psicologiche legate al loro ruolo». E lui mi rispose: «Ah benissimo, grazie». Non ho più saputo nulla. Nulla. Mi ero proposto di farlo gratis e lui non mi ha nemmeno permesso di fare un po' di ricerca in prigione.

Credo che nel 1971 ci fossero 700 000 detenuti. Oggi sono più di due milioni. Ogni tot anni arriva un giudice e dice che le carceri sono sovraffollate e bisogna liberare qualcuno, ma un numero ridotto, tipo il 10%. Se il sistema lo accetta, automaticamente anche la società lo accetta con l'argomentazione che...

"...in fin dei conti le carceri non sono così importanti, ci sono altre cose a cui pensare"

L'altro problema è che quando un carcerato finisce di scontare la pena ed esce di prigione, non troverà mai un lavoro. Perché ha una fedina penale. È uscito di prigione, ha scontato la pena, e stato un detenuto modello. Non ha fatto niente di male, non è mai stato coinvolto in una rissa, non è mai entrato in una gang. Poi però esce e il lavoro non c'è. Nessuno assumerebbe un detenuto e anche quando sei in prigione... Ti do cinque anni di galera. Cosa fai in tutto quel tempo? Potresti studiare programmazione informatica, acquisire competenze, imparare una lingua straniera, contabilità, un sacco di cose. Sono i sindacati che si oppongono all'insegnamento di abilità utili nelle carceri, perché non vogliono che gli ex detenuti competano per il lavoro con i loro iscritti.

In carcere non impari niente di utile e quando esci, forse sarebbe stato meglio rimanere dentro. Ora è ancora peggio perché...

"...il detenuto ha buttato via tutti questi anni. Ha perso il contatto con la famiglia, avrebbe potuto sfruttare il tempo per acquisire qualche competenza e non ha imparato niente di nuovo"

In prigione ti insegnano che la tua vita è programmata. Sveglia alle 6:00, colazione dalle 7:00 alle 7:30. Poi una serie di mansioni, esercizi. Vai in palestra, torna indietro, pranzo. A un certo punto ti abitui al fatto che una struttura esterna ti programmi l'esistenza. Quando esci di prigione, non è più così. Puoi mangiare quando vuoi, basta che ci sia da mangiare. Nessuno te lo vieta. Molte persone colpevoli di qualche crimine hanno preferito tornare in carcere per tornare alla confortante struttura di prima. A ogni ora del giorno sapevano che cosa fare perché qualcuno glielo diceva.

Quando sei dentro alla struttura, cerchi di ribellarti. Poi quando esci, ti dici che non è poi così male, fuori sei solo, non sai che fare.

"Ventiquattro ore non passano mai"

[continua]

— The roots of evil – Ch. 3

Transcription of the interview with Philip Zimbardo¹

3. Prison policy in the USA

The Abu Ghraib prison abuse scandal

"I believe that the prison guards at the Abu Ghraib Prison in Iraq, [...] where prisoners were physically and psychologically abused, had surrendered their free will and personal responsibility during these episodes [...]. But I could not prove it in a court of law"

(P. Zimbardo, [Response to the 2005 Edge's Annual Question](#), in Edge.org, 2005)

What does it mean?

The legal system is trying a person. They're not trying a situation or a system. What appears is an individual. The idea is you had the intelligence and the right and the wisdom to do a good thing or a bad thing, and you chose to do the bad thing. Therefore, we have to punish you so that you won't do it again. We want to make the punishment public as they used to do in the old time, put people in stock, so you would be an example for other people. Now we just put you in prison, because it's quicker and easier.

Essentially it's the whole legal system is based on individual choice that you made a decision with full awareness, and full freedom of choice to do a bad thing. Not a bad, an illegal thing. Therefore, our responsibility as a society is to punish you in the hope that it will change your behavior so you won't do it again.

Again, I'm saying...

¹ Prof. Philip Zimbardo, Psychologist, professor emeritus at Stanford University.

"...this is wrong. It's a very old fashioned narrow view..."

...that people go through life, "I decide this. I decide that". Again, as I said, poverty is in essence, one of the ultimate systemic evils, because when you're poor, you're forced to do things.

If you're rich you defraud your company or you sell bad products for big money. You still can do evil, but it's not at a level that ever gets punished. Again, in 2008, the economic crash that caused millions of people to lose their savings, their pension. We now know there are many people in high places in the government, in the judiciary, in America, in the Federal Reserve Bank, all who knew about this and have done nothing. No one was punished.

Just like in Abu Ghraib. Not a single senior officer was punished. Not a single senior officer got a Letter of Reprimand to say, "All of these bad things happened".

What is the current situation of the US prison policy?

It's worse now than ever. I mean when I did the prison study, I think after the study, I actually went to see the head of corrections in California. Ray Percunia and I said, "Here we did this study. Here's what we found. It has implications for how guards treat prisoners. We call it dehumanization. I would like to work with you free to be a consultant. My students would like to work in a prison. Help guards understand the psychological dynamics of their role". He said, "Oh good thanks". Never followed up. Never. I'm saying I'm going to do it for free and you can't even do research in prison.

I think in 1971 there were maybe 700,000 people in prison, now more than two millions. Every few years a judge will say, "Prisons are overcrowded, so we're going to release some prisoners". Small number. Release 10%. If the system is accepting it and society is accepting it by default. Saying...

"...we don't care Too many other important things to think than to think about prisons"

Now, the other problem is if you're a prisoner, when you get out, if you've served a felony, you can never get a job. You have a record. Now, you get out, you served your time. You were a good prisoner. You did nothing wrong. You didn't get into fights. You didn't join a gang, but you get out, there's no jobs. Nobody wants to hire prisoners, and also when you're in prison... I send you to prison for five years. What do you? You could learn computer programming. You could learn various skills. You could learn a foreign language. You could learn accounting. A lot of things you can learn. The pressure against teaching prisoners usable skills comes from the unions, because they don't want ex-convicts competing for jobs with their members.

You never learn a useful skill so when you get out, you're better than you went in. Now you're worse because...

"...you lost these years. You lost contact with your family and you could have used that time to develop a skill and you have no new skills"

What you learn in prison is your life is structured for you. Meaning, you get up at 6:00am, breakfast is at 7:00, finished by 7:30. Do this job, do this. Exercise. Do this, go to exercise room, come back. Lunch. Suddenly, you get used to an external structure organizing your life. Now you

get out of prison. It's not there. Meaning you can eat whenever you want if there's food. You can do this good. Many of the people I know who committed crimes, went back, really went back because it was comforting to have that structure. "I know what to do at each hour of the day because they tell me".

When you're in it, you rebel against it. When you're out you say, "You know, that was really good, because when I'm out alone, I didn't know what to do".

"Twenty four hours is endless"

[to be continued]

Riflessione

— La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al Codice Rosso*

*The protection of women against man's violence: from the
Rocco Code... to the Red Code*

di Fabio Basile

Abstract. *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo non può scaturire magicamente da interventi legislativi meramente punitivi, ma soltanto da una politica criminale – e prim'ancora, da una politica sociale – ampia e variegata, che tra l'altro risulti capace di superare antiche incrostazioni culturali sessiste (le quali si rispecchiavano in alcune norme del codice Rocco), miri ad una seria prevenzione della violenza (anche con interventi sui soggetti violenti che riducano il rischio di escalation o comunque di recidiva della violenza) e offra assistenza – fuori e dentro il processo penale – alla donna, vittima della violenza. L'ultima novella legislativa – il c.d. codice Rosso – centra solo in parte i predetti obiettivi.*

Abstract. *The protection of women against man's violence cannot magically come out of merely punitive legislative actions, but can only spring from a criminal policy – and before that, from a social policy – which is broad and varied and which is able to overcome ancient sexist cultural legacies (previously reflected in some norms of the Rocco Code), which is aimed at seriously preventing violence (even through interventions on violent subjects intended to reduce the risk of further escalation or at least recurrence of violence) and at offering assistance – within and out of the criminal trial – to the women who are victim of violence. The latest legislative intervention – the so-called Red Code – has only partially marked the aforementioned goals.*

* Il presente testo costituisce una rielaborazione, aggiornata alle numerose novità introdotte dalla legge n. 69 del 2019, del saggio originariamente pubblicato su *Criminalia* 2019, con il titolo *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La matrice “sessista” del Codice Rocco del 1930. – 3. Le novelle legislative degli ultimi anni. – 3.1. Matrice “protettiva” o matrice “securitaria”? – 3.2. La legge anti-*stalking* del 2009. – 3.3. La legge c.d. “sul femminicidio” del 2013. – 3.4. La legge c.d. “codice rosso” del 2019. – 3.4.1. Le modifiche al codice penale. – 3.4.2. Le modifiche al codice di procedura penale. – 4. Quando punire non basta: le radici socio-culturali della violenza sulle donne.

SUMMARY: 1. Introductory remarks. – 2. The “sexist” matrix of the 1930 Rocco Code. – 3. The legislative interventions of recent years. – 3.1. “Protective” matrix or “securitarian” matrix? – 3.2. The 2009 anti-stalking law. – 3.3. The 2013 “law on femicide”. – 3.4. The 2019 so-called “Red Code” law. – 3.4.1. The amendments to the penal code. – 3.4.2. The amendments to the criminal procedure code. – 4. When punishing is not enough: the socio-cultural roots of violence against women.

1. Considerazioni introduttive.

In Italia, circa una donna su tre (per la precisione, il 31,5%) ha subito, nel corso della propria vita, una qualche forma di violenza fisica o sessuale; il 77% delle vittime di *stalking* è donna; oltre un quarto degli omicidi dolosi commessi ogni anno ha, per vittima, una donna¹.

A partire da questi sconcertanti dati statistici, nel presente contributo mi propongo di verificare se la legge penale costituisca uno strumento adeguato ed effettivo di protezione della donna dalla violenza dell'uomo.

Il contributo sarà diviso in tre parti: nella prima guarderemo al passato; nella seconda, invece, al presente; nella terza parte, infine, saranno svolte alcune brevi considerazioni conclusive.

2. La matrice “sessista” del Codice Rocco del 1930.

Ebbene, cominciamo guardando al passato, guardando in particolare ad alcune norme del codice penale del 1930 (il c.d. Codice Rocco, dal nome del Ministro di Grazia e Giustizia dell'epoca, Alfredo Rocco), norme rimaste in vigore fino a pochi decenni fa, le quali – lungi dall'offrire una tutela adeguata alla donna – addirittura la mettevano su un piano di **netta inferiorità** rispetto all'uomo.

2.1. Penso, in primo luogo, ai delitti di **adulterio** (art. 559 c.p.) e di **concubinato** (art. 560 c.p.), con cui non solo lo Stato si arrogava il diritto di intervenire con l'arma della pena per regolare le faccende di alcova, ma esercitava tale presunto diritto in forme ampiamente discriminatorie²: la moglie fedifraga, infatti, era punita anche solo per un singolo episodio di adulterio; il marito, invece, poteva tranquillamente “cornificare” la moglie, purché avesse l'accortezza – per dirla con le parole dell'art. 560 c.p. – di non tenere la sua «concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove»³.

¹ Il primo dato statistico è tratto dall'indagine su *Violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia*, condotta dall'ISTAT tra maggio e dicembre 2014, su un campione di 24.761 donne residenti nel nostro Paese, di età compresa tra i 16 e i 70 anni, consultabile online al link www.istat.it/it/archivio/161716. Il secondo e il terzo dato statistico sono, invece, tratti dalla *Relazione della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul femminicidio*, istituita con deliberazione del Senato del 18 gennaio 2017 (rispettivamente, a p. 43 e a p. 50 della Relazione), consultabile online al link www.senato.it/leg-/17/BGT/Schede/docnonleg/35737.htm.

² Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017, p. L s.

³ Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI ed., Torino, 1972, p. 347.

Solo alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso tali delitti sono stati finalmente espunti dalla nostra legislazione grazie a due interventi della Corte costituzionale:

- con la sentenza n. 126 del 1968, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità dei commi 1 e 2 dell'art. 559 c.p. per contrasto con l'art. 29 Cost., rilevò, infatti, che «alla stregua dell'attuale realtà sociale, la discriminazione [operata, ai danni della donna, dalla disciplina penalistica di adulterio e concubinato], lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia»⁴;
- con la successiva sentenza n. 147 del 1969, dichiarativa dell'illegittimità del comma 3 dell'art. 559 c.p., e dell'intero art. 560 c.p. per contrasto con l'art. 29 Cost., la Corte bollò la complessiva disciplina penalistica di adulterio e concubinato come recante «l'impronta di un'epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali»⁵.

2.2. Un altro ambito in cui la legge penale aggravava, anziché alleviarla, la situazione di vulnerabilità della vittima – della vittima donna, ovviamente – era quello disciplinato dalle norme, di chiara matrice maschilista, sulla **violenza** allora detta **carnale** (artt. 519 ss. c.p.): si pensi solo al fatto che fino al 1996 lo stupro era ufficialmente considerato un delitto contro la morale pubblica e il buon costume, e non già contro la libertà personale e l'autodeterminazione sessuale della donna⁶.

Tra queste norme, una di esse suonava addirittura come una crudele beffa imposta alla donna violentata (come sperimentò sulla sua pelle la giovane, e coraggiosa, Franca Viola di Alcamo)⁷: era l'art. 544 c.p., che prevedeva il c.d. **matrimonio riparatore**, grazie al quale, se il violentatore sposava la sua vittima, il suo reato veniva cancellato⁸!

Le norme sulla violenza carnale conoscevano poi, da parte della nostra giurisprudenza, un'applicazione – meglio, una disapplicazione – particolarmente sconcertante proprio in ambito familiare: se la moglie subiva **violenza sessuale da parte del marito**, questi – almeno fino al 1976 – veniva condannato solo per delitti minori (percosse, lesioni, o minacce), ma non per stupro, purché si fosse contenuto a compiere atti sessuali *secundum naturam*⁹.

2.3. Che dire, poi, dei tanti fatti di **ingiuria, percosse e lesioni personali** commessi nelle

⁴ Corte costituzionale, sent. 19 dicembre 1968, n. 126.

⁵ Corte costituzionale, sent. 3 dicembre 1969, n. 147.

⁶ In argomento v., anche per ulteriori rinvii, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, p. 55 ss.; L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2012, p. 12 ss.

⁷ Sulla vicenda di Franca Viola, prima donna violentata in Italia (in Sicilia!) che rifiutò un "matrimonio riparatore", accettando l'onta di essere contrassegnata come una "svergognata" e sfidando arcaiche regole di "onore patriarcale", v., per alcune prime indicazioni, www.enciclopediadelledonne.it/biografie/franca-viola/.

⁸ Assai aspra la critica all'epoca rivolta all'art. 544 c.p. dalla dottrina penalistica più illuminata: v., tra gli altri, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, p. 30: «l'istituto del matrimonio riparatore [...] aggiunge all'onta dell'offesa subita (normalmente) dalla donna la beffa di un matrimonio, sovente contratto dal reo al solo scopo di sottrarsi alla pena» (giudizio ribadito, in retrospettiva, anche nell'ultima edizione del manuale, quella del 2017, cit., a p. L).

⁹ Il cambiamento di orientamento giunse, ad opera della Cassazione, con la sentenza 16 febbraio 1976, n. 12855, Macario, CED 134887 (in *Cass. generale*, 1978, p. 72 ss.), seguita poi da altre conformi pronunce (v., ad esempio, Cass. 13 luglio 1982, n. 10488, Drudi, CED 155990; Cass. 16 novembre 1988, n. 11243, Camerini, CED 179754). Segnaliamo, peraltro, che anche in alcuni ordinamenti di *common law* la violenza sessuale intraconiugale fino a tempi recenti non era punita, oppure era punita in forma più lieve della violenza sessuale *tout court*: v., per gli ordinamenti statunitensi, A. Szegö, *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 853; per la situazione in Inghilterra e Scozia, dove fino a qualche decennio fa veniva riconosciuta al marito la c.d. *exceptio maritalis*, A. Cadoppi, *Common Law e principio di legalità*, in *Quad. Fiorentini* 2007, p. 1186.

relazioni intraconiugali, ma a lungo coperti dall'ombrello protettivo di uno *ius corrigendi* riconosciuto, quale causa di giustificazione *ex art. 51 c.p.*, in termini assai generosi dalla nostra giurisprudenza a favore dei mariti nei confronti delle mogli (oltre che a favore dei genitori nei confronti dei figli), fino alle soglie della riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁰.

2.4. Ma forse l'esempio più manifesto di norme penali 'impregnate' di una cultura sessista – un vero lasciapassare per la violenza sulle donne – era costituito dai **delitti per causa d'onore**¹¹: così, se il marito uccideva la moglie «nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale o nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia» (tale il testo dell'art. 587 c.p.), era punito – non già con la reclusione da 24 a 30 anni prevista in generale per l'uxoricidio (artt. 575 e 577 co. 2 c.p.) – ma con una pena quasi ridicola, la reclusione da 3 a 7 anni, per giunta quasi mai scontata in carcere per l'incidenza di diminuenti e per la prassi dell'indulto: davvero una sorta di “divorzio all'italiana”, come lo bollò Pietro Germi nel suo graffiante film con Marcello Mastroianni del 1961.

E per causa d'onore potevano altresì essere commessi, con tanto di generosa riduzione di pena, oltre all'omicidio, anche i delitti di aborto, infanticidio, lesioni personali e abbandono di neonato (cfr. artt. 551, 578, 587 e 592 c.p.).

Per quanto la dottrina più illuminata avesse da tempo evidenziato che il delitto d'onore costituisse una sorta di «pena di morte ad iniziativa privata»¹², «frutto di una *forma mentis* improntata a retributivo egoismo e di concezioni ancestrali dell'onore»¹³, il legislatore è intervenuto per espellere dal nostro codice le fattispecie in questione solo nel 1981: come la stessa Relazione accompagnatoria al disegno di legge che portò a detta abrogazione rileva, «si tratta di riforma da troppo tempo invocata e più che matura per la stragrande maggioranza dell'opinione pubblica», sicché la sua approvazione risulta essere «un atto dovuto al cambiamento di cultura e di sensibilità etico-giuridica avvenuto nella nostra società»¹⁴.

3. Le novelle legislative degli ultimi anni.

3.1. Matrice “protettiva” o matrice “securitaria”?

Un criminologo inglese in un suo scritto avvertiva che «**la legislazione di una generazione può divenire la morale della generazione successiva**»¹⁵: se questo è vero, se, cioè, davvero le leggi dei padri possono diventare la morale dei figli, allora non dovremmo sorprenderci

¹⁰ La Cassazione – anche su impulso di decisivi rilievi critici mossi da una parte della dottrina (v. per tutti G. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 724 ss.) – cambiò orientamento solo a partire dalla sentenza 22 febbraio 1956 (in *Riv. it. dir. pen.* 1957, p. 421, con nota adesiva di G. Pisapia, *Norme di diritto e norme di civiltà*), pur con taluni tentennamenti, protrattisi nei due decenni successivi.

¹¹ In argomento, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 148, p. 162.

¹² G. Pisani, *Pena di morte all'italiana*, in Id., *Tutela penale e processo: studi*, Milano, 1978, p. 409.

¹³ F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 51.

¹⁴ La citata Relazione – a firma dell'on. Gozzini – può essere letta in *La legislazione italiana 1981*, IV, p. 57 s. La legge 5 agosto 1981, n. 442, ha abrogato le norme suddette, ad eccezione dell'art. 551 c.p. che, riguardando la materia dell'aborto, era già stato in precedenza abrogato con la legge 22 maggio 1978, n. 194, recante la nuova disciplina dell'interruzione della gravidanza. Per una ricostruzione storica delle fattispecie in parola, v., anche per ulteriori rinvii, S. Riondato, «Famiglia» nel diritto penale italiano, in S. Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, 2002, p. 48 s.

¹⁵ Nigel Walker, come citato da J. Andenaes, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. Romano, F. Stella (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980, p. 34.

più di tanto se, considerate le leggi penali “sessiste” del nostro recente passato, la nostra morale di oggi sia ancora infestata da ampie sacche di pregiudizio e di prevaricazione maschilista, entro le quali continua a proliferare una cultura della violenza dell’uomo sulla donna.

Per fortuna, tuttavia, la legge penale in materia è nel frattempo profondamente mutata (v. subito *infra*), e il quadro fosco dipinto nella prima parte del presente scritto è stato, sia pur a fatica, definitivamente cancellato. Non è, tuttavia, di immediata comprensibilità se tale mutamento di rotta abbia inteso soddisfare autentiche esigenze di protezione della donna, oggi avvertite dal legislatore all’esito di un radicale cambio di prospettiva nella concezione del ruolo della donna nella società o, più grettamente, esigenze securitarie, scaturite dalla “passione contemporanea” di punire, tutto e di più¹⁶.

Resta, pertanto, ancora senza risposta univoca la nostra domanda di partenza, vale a dire se la legge penale, grazie alle più recenti modifiche, sia finalmente divenuta uno strumento adeguato ed effettivo di protezione della donna dalla violenza dell’uomo.

Verrebbe da rispondere di no, se pensiamo che, solo di recente, la Corte EDU ha pronunciato nei confronti dell’Italia una sentenza di condanna¹⁷ per violazione dell’art. 2 CEDU (diritto alla vita), dell’art. 3 CEDU (divieto di [...] trattamenti inumani e degradanti) e dell’art. 14 CEDU (divieto di discriminazioni, nella specie basate sul genere) per aver lasciato per più mesi senza adeguata protezione una donna, nonostante la stessa avesse denunciato il marito per gravi fatti di violenza domestica, marito il quale, all’epilogo di questa tragica vicenda, tentava di uccidere la donna e uccideva il loro figlio¹⁸.

La condanna dell’Italia nella vicenda Talpis, tuttavia, a ben vedere riguarda il comportamento tenuto dalle autorità competenti nel caso di specie e le loro ripetute negligenze, mentre non solleva alcuna censura di ordine generale al quadro legislativo, vigente in Italia, destinato a tutelare le donne dalla violenza. Anzi, proprio negli ultimi anni, anche su sollecitazioni di fonte sovranazionale¹⁹, tale quadro si è arricchito di importanti strumenti, messi in campo dal nostro legislatore proprio per contrastare la violenza sulle donne. Gli strumenti, quindi, almeno sulla carta ci sono; il problema, semmai, è quello di garantire una loro efficace e puntuale applicazione.

3.2. La legge anti-stalking del 2009.

In particolare, limitandoci in questa sede ad una osservazione delle modifiche intervenute nell’ultimo decennio nella legislazione penale italiana in materia, dobbiamo subito segnalare la

¹⁶ Su tale “passione contemporanea”, che induce lo Stato, e in genere l’Autorità, a rispondere alla crescente complessità e alle sofferenze sociali con l’intervento punitivo più che con interventi di tipo terapeutico, v. A. Sobrero, M. Croce, [Intervista a Didier Fassin. Cinque domande a Didier Fassin sul suo ultimo lavoro: Punire. Una passione contemporanea](#), in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 9/2019 (online), p. 79 ss.

¹⁷ Corte EDU, Sez. I, sent. 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, pubblicata, con nota di R. Casiraghi, *La Corte di Strasburgo condanna l’Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2017, p. 378 ss.

¹⁸ In particolare, al par. 117 della motivazione, si legge che «la Corte ritiene che, non agendo rapidamente in seguito al deposito della denuncia della ricorrente, le autorità nazionali abbiano privato la stessa denuncia di ogni efficacia, creando un contesto di impunità tale da permettere a [marito] di reiterare le violenze nei confronti della moglie e dei famigliari»; e nel par. 119 della motivazione la Corte «insiste nuovamente sulla diligenza particolare che richiede il trattamento delle denunce per violenze domestiche e ritiene che, nell’ambito dei procedimenti interni, si debba tenere conto delle specificità dei fatti di violenza domestica».

¹⁹ Il riferimento è, principalmente, alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza di genere (c.d. Convenzione di Istanbul), ratificata dall’Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77, nonché alla Direttiva 2012/29/UE.

commendevole introduzione (col d.l. n. 11 del 2009, conv. con mod. dalla legge n. 38 del 2009) del nuovo delitto di atti persecutori, il c.d. *stalking* (art. 612 *bis* c.p.). Al di là di qualche sbavatura nella redazione della norma²⁰, infatti, la nuova fattispecie di reato risulta quanto mai opportuna non solo perché consente di punire condotte che prima sfuggivano ad un'agevole riconduzione in altre figure di reato (se non al costo di svalutarne significativamente la carica offensiva e la dimensione sistematica e ripetitiva)²¹, ma anche perché identifica – e punisce – condotte la cui commissione è in non pochi casi prodromica rispetto a espressioni di violenza fisica ben più gravi²².

Oltre, poi, al nuovo reato in sé, di grande interesse risultano anche **alcune previsioni di “contorno”**, introdotte con la legge n. 38 del 2009, le quali, senza costituire in via diretta strumenti di repressione penale, rafforzano indubbiamente la tutela offerta alla vittima (effettiva o potenziale) di atti persecutori.

Si pensi, ad esempio, all'obbligo, posto a carico delle forze dell'ordine, dei presidi sanitari e delle istituzioni pubbliche che ricevono notizia del reato di atti persecutori, di fornire alla vittima tutte le **informazioni relative ai centri antiviolenza** presenti sul territorio e, qualora quest'ultima ne faccia richiesta, di metterla in contatto con tali centri antiviolenza (art. 11 legge cit.).

Si pensi, altresì, all'istituzione di un **numero verde nazionale** per le vittime di atti persecutori, che consente loro di beneficiare di un'assistenza psicologica e giuridica ed eventualmente di segnalare alle forze dell'ordine gli atti di violenza subiti (art. 12 legge cit.).

Di grande interesse – e presumibilmente, di grande efficacia – risultano poi le innovazioni, contenute nella legge n. 38 del 2009, che rafforzano gli **strumenti preventivo-cautelari**, destinati ad impedire la commissione o la ripetizione degli atti persecutori (e di violenza in genere).

Con l'art. 8 legge cit. viene, infatti, introdotta la misura di prevenzione atipica dell'**ammonimento**²³, la cui emanazione precede la stessa proposizione della querela²⁴: una sorta di “avviso orale” (cfr. art. 3 d.lgs. n. 159 del 2011), col quale il questore invita il (sospetto) autore di atti persecutori a tenere una condotta conforme alla legge e adotta eventuali provvedimenti in materia di armi e munizioni²⁵.

Dopo la querela – o comunque dopo l'avvio delle indagini preliminari – e nelle more del processo, la persona offesa può invece beneficiare della protezione assicurata da alcune innovative **misure cautelari**, con cui si cerca di evitare di esporla a nuovi contatti pericolosi con il presunto aggressore: la legge del 2009, infatti, non solo estende all'imputato del delitto di atti persecutori l'applicabilità dell'**allontanamento immediato dalla casa familiare** (di cui all'art.

²⁰ Su cui v., anche per ulteriori riferimenti, A. Valsecchi, *Commento all'art. 612 bis c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, Tomo III, IV ed., Milano, 2015, p. 550 ss.

²¹ A. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, p. 125 ss.

²² Come ben evidenzia, tra gli altri, F. Mantovani, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 60.

²³ Sul punto, all'indomani della novella, v. L. Pistorelli, *Nuovo delitto di “atti persecutori” (cd. stalking)*, in Aa.Vv., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 171 ss.; A. Cadoppi, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, fasc. 19, 2009, p. 52 ss.

²⁴ Sul particolare regime di perseguibilità a querela del delitto di atti persecutori e, più in generale, per alcune puntuali osservazioni sulla (in parte) opinabile scelta legislativa di subordinare alla querela della persona offesa alcuni dei delitti che costituiscono tipica espressione di violenza sulle donne, v. C. Pecorella, *Sicurezza vs. libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 ottobre 2016, p. 1.

²⁵ Ulteriori effetti dell'ammonimento si producono qualora il reato venga poi effettivamente commesso: il reato sarà, infatti, perseguibile d'ufficio e la pena sarà aumentata.

282 bis c.p.p., a sua volta introdotto nel 2001 dalla fondamentale legge n. 154, contenente misure contro la violenza nelle relazioni familiari)²⁶, ma inaugura altresì una nuova misura cautelare di **protezione**, ovverosia il **divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa** (art. 282 ter c.p.p.), oltre ad inserire gli obblighi di comunicazione, relativi a queste misure, di cui all'art. 282 quater c.p.p.²⁷.

Persegue, infine, la medesima finalità di prevenire la commissione o la ripetizione degli atti persecutori (e di violenza in genere) anche l'ultima innovazione concernente lo *stalking*: la legge n. 161 del 2017, infatti, tra le varie modifiche apportate al c.d. codice antimafia (d.lgs. 159 del 2011), ha anche inserito una nuova **fattispecie di pericolosità qualificata** (art. 4 co. 1 lett. i ter), costituita dai «soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 612 bis c.p.p.», ai quali, quindi, potrà ora applicarsi la misura di prevenzione della sorveglianza speciale (oltre che, almeno in teoria, la confisca)²⁸.

3.3. La legge c.d. “sul femminicidio” del 2013.

Un ulteriore importante passo (sia pur non privo di criticità, come si dirà a breve) nella protezione offerta in ambito penale alla donna dalle violenze dell'uomo, è stato poi compiuto con la legge 15 ottobre 2013, n. 119, di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante (tra l'altro) “disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere”²⁹:

- in primo luogo, infatti, la legge in parola **estende** le innovazioni sopra illustrate, introdotte dalla legge del 2009 sullo *stalking*, anche **ad altre figure di reato**, al fine di coprire, in modo capillare, i delitti che possono costituire espressione di violenza domestica e di violenza nelle relazioni affettive³⁰;
- in secondo luogo, la legge del 2013 apporta significative modifiche alla **disciplina procedurale di taluni delitti** concernenti il predetto fenomeno (in particolare, delitti di maltrattamenti, atti persecutori e violenza sessuale), allo scopo di rendere il processo penale non solo più rapido, ma anche più sicuro per la persona offesa, la quale, proprio nel momento in cui si apre un procedimento a carico del suo presunto “carnefice”, rischia di vedere aggravata la propria condizione di vulnerabilità

²⁶ Si tratta della stessa legge che, in ambito civilistico, ha introdotto gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342 bis e 342 ter c.c.): sul punto, v. S. Silvani, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari* (L. 4 aprile 2001, n. 154), in *Legisl. pen.*, 2001, p. 686 ss.

²⁷ Su tali innovative misure cautelari di protezione, v., tra gli altri, G. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 987; D. Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, in *Giur. it.*, 2012, p. 467 ss.; F. Zacchè, *Il sistema cautelare a tutela della vittima*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2016, p. 1 ss.

²⁸ Per una delle prime applicazioni di questa nuova fattispecie di pericolosità qualificata, v. Trib. Milano, Sez. mis. prev., 9 ottobre 2018, Pres. est. Roia, pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2018, con nota di G. Tona. Come ben evidenzia l'indagine di E. Mariani, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10/2018, p. 275, p. 295, le misure di prevenzione già trovavano applicazione nei confronti dei (sospetti) autori di atti persecutori e di altri delitti di violenza domestica, i quali erano fatti rientrare nella fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 lett. c) d.lgs. n. 159 del 2011; per analoghe considerazioni, v. pure S. Recchione, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10/2017, p. 129 s.

²⁹ L'intitolazione del decreto legge così prosegue: «... nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province»: l'ampiezza dell'intitolazione rispecchia, in effetti, l'ampiezza di contenuti del decreto legge, e della relativa legge di conversione, che riguarda – cattiva prassi del legislatore italiano degli ultimi anni – gli argomenti più vari (si va dalla sicurezza nelle regioni del Mezzogiorno all'emergenza del Nord Africa, dalla sicurezza durante le manifestazioni sportive ai furti alle infrastrutture energetiche, ai fuochi pirotecnici, alla protezione civile, alla montagna, agli enti locali).

³⁰ In argomento, v. G. Pavich, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere*; S. Recchione, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere, nonché la Relazione sulla legge 15 ottobre 2013*, a cura di Ufficio del Massimario, Cassazione: tutti i suddetti contributi sono pubblicati in *Diritto penale contemporaneo*.

(trovandosi esposta a pressioni psicologiche, minacce, ritorsioni violente, etc.)³¹; e tra tali innovazioni va salutato con grande favore anche il conferimento, forse per la prima volta nell'ordinamento italiano, di un rilievo esplicito ai programmi di prevenzione rivolti ai presunti autori delle condotte violente (art. 282 *quater*, II parte, c.p.p.)³²;

- in terzo luogo, la legge del 2013 interviene anche sul fronte del **diritto penale sostanziale**. Per un verso, infatti, viene introdotta una nuova **circostanza aggravante** (art. 61 n. 11 *quinquies* c.p.), che non riguarda in via esclusiva la violenza contro le donne, ma che ricorre ogni qual volta un delitto non colposo contro la vita e l'incolumità individuale o contro la libertà personale, nonché un delitto di maltrattamenti viene commesso – oltre che in danno di una persona in stato di gravidanza o in danno di un minore di anni diciotto – **in presenza** di un siffatto minore: in tal modo si è voluto attribuire specifico rilievo, tra l'altro, alla c.d. “**violenza assistita**”, cioè alla violenza agita su terzi cui il minore assiste, e che può su di lui comportare ricadute di tipo psicologico, sociale e cognitivo³³.

Per altro verso, la riforma del 2013 ridefinisce alcuni profili dei delitti di violenza sessuale, di atti persecutori e di maltrattamenti: se ne amplia l'ambito di applicazione, e se ne aggravano le pene con riferimento ad alcune ipotesi in cui viene in rilievo una **relazione affettiva** (anche a prescindere dalla convivenza o dal vincolo matrimoniale attuale o pregresso) tra reo e vittima, relazione che viene quindi presa in considerazione dal legislatore come situazione potenzialmente criminogena, che favorisce la disinibizione verso azioni violente “indotte” da percezioni del reale distorte dalle componenti emotive che originano da tale relazione.

Proprio questo pervasivo inasprimento sanzionatorio costituisce, tuttavia, il profilo della legge del 2013 che ha suscitato le maggiori critiche in dottrina³⁴, in quanto parrebbe che il legislatore – “mostrando i muscoli” – abbia voluto in realtà perseguire un mero **intento securitario**, lanciando un messaggio rassicuratorio alla collettività, senza, invece, preoccuparsi dell'effettività (in termini di futura, concreta applicazione) degli incrementi sanzionatori introdotti³⁵.

Almeno due le spie di tale intento (solo) securitario:

- da un lato, la premessa del d.l. (poi convertito nella legge n. 119), dove si dava massimo rilievo all'«**allarme sociale**» suscitato da recenti «eventi di gravissima efferatezza in danno di donne»³⁶;
- dall'altro, l'uso, da parte di alcuni rappresentanti dell'allora Governo, della formula – al limite della frode delle etichette – di “**legge contro il femminicidio**” per riferirsi a questo provvedimento che, in nessuna sua norma, si occupa in realtà dell'uccisione

³¹ V. Autori cit. alla nota precedente.

³² Sulla centralità degli interventi *lato sensu* terapeutici e di sostegno rivolti ai (sospetti) autori di violenza nell'ambito di una politica strutturata e multidisciplinare di contrasto della violenza sulle donne, v. di recente E. Forti, [Una sfida caleidoscopica: l'importanza di un approccio multifocale nella trattazione dei casi di violenza di genere](#), in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 9/2019 (online), p. 42 ss.

³³ In argomento, v. F. Roia, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Milano, 2017, p. 61 ss.

³⁴ Si veda, in particolare, F. Mantovani, *La violenza di genere*, cit., p. 62 ss.; volendo, v. pure F. Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2013, p. 3.

³⁵ Per una spietata, documentatissima, analisi della politica criminale che – anziché realmente proteggerli – rassicura e blandisce i cittadini, specie di fronte all'“allarme sociale” suscitato da taluni fatti di cronaca, inopinatamente amplificati dai *mass media*, v. R. Bianchetti, *La paura del crimine: un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018, p. 3 ss.

³⁶ Nella premessa al decreto legge, a giustificazione del ricorso a tale strumento legislativo (... quasi che il legislatore scoprisse all'improvviso l'“urgenza” di affrontare il “caso straordinario” della violenza alle donne: v. art. 77 co. 2 Cost.), si legge, infatti, che «il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica».

delle donne « per il fatto di essere donne»³⁷.

Ma a chi intendesse perseguire finalità di protezione della società dal crimine, e in particolare di protezione della donna dalla violenza, **esclusivamente attraverso la severità delle pene** sarebbe sufficiente replicare con le illuminanti e illuminate parole di Beccaria nei paragrafi dedicati alla «prontezza della pena» e – *mirabile dictu* – alla «dolcezza della pena»: «uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l’infallibilità di esse»³⁸, scriveva oltre 250 anni fa il nostro marchese lombardo; e ancora: «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro, più terribile, unito colla speranza dell’impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani»³⁹; e, infine: «quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile»⁴⁰.

Insomma, servono pene certe, pene applicate a breve distanza cronologica dal delitto commesso, *più* che pene severe, specie in un settore, come quello in esame, dove il delitto trova la sua molla non già in un freddo calcolo, ma nello scoppio di passioni: ma, ahimè, mentre la severità della pena il legislatore la ottiene con un semplice tratto di penna, pene certe e pronte richiedono, invece, una salda volontà politica e faticosi interventi strutturali, compreso l’investimento di risorse economiche e il potenziamento – non solo in termini numerici, ma prim’ancora in termini di una migliore organizzazione e formazione – delle forze dell’ordine e del personale dei palazzi di giustizia.

3.4. La legge c.d. “codice rosso” del 2019.

Le perplessità appena espresse sulla legge c.d. “sul femminicidio” del 2013 possono essere ribadite, ed anzi accentuate, anche in relazione alla recentissima legge n. 69 del 19 luglio 2019, 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”, mediaticamente presentata come legge c.d. “codice rosso”, per aver introdotto una corsia prioritaria e accelerata alla trattazione dei casi di violenza sulle donne, al pari del “codice rosso” che, a fini di smistamento, viene assegnato ai casi più gravi, richiedenti un immediato intervento, nei Pronto Soccorso degli ospedali⁴¹.

La nuova legge, infatti, se da un lato mira a rafforzare il sistema di tutela “preventiva” delle vittime attraverso la tempestiva adozione di misure di protezione, l’incremento degli obblighi informativi e di comunicazione in loro favore, l’introduzione di un più ampio spettro di misure atte a contenere il pericolo di recidiva da parte dell’autore del fatto, dall’altro lato non rinuncia alla “passione contemporanea” di punire, e punire di più⁴², inserendo nuove figure di reato, nuove circostanze aggravanti e, in genere, inasprendo il trattamento sanzionatorio di reati già esistenti⁴³.

³⁷ Questa la definizione “sociologica” di femminicidio che emerge dai pionieristici lavori di Marcela Lagarde e Diana Russell: in proposito, v. E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Trento, 2017, p. 2 ss.

³⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, qui citato nell’edizione curata da Venturi, Torino, 1994, p. 59.

³⁹ C. Beccaria, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ C. Beccaria, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ Si segnala, peraltro, che, in base a recenti Linee guida del Ministero della Sanità, il sistema di smistamento (*triage*) dei pazienti all’accettazione dei Pronto Soccorso, basato sui colori, è destinato ad essere sostituito con un nuovo sistema, basato su numeri.

⁴² V. *supra*, nota 16.

⁴³ Sul punto, v. anche C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 1183.

3.4.1. Le modifiche al codice penale.

La nuova legge – come la sua intitolazione preannuncia – prevede in primo luogo alcune modifiche al codice penale, la più rilevante (anche dal punto di vista simbolico) delle quali consiste nell'introduzione di quattro nuovi delitti:

- il delitto di **diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti** all'art. 612 *ter* c.p., mediaticamente denominato, con espressione non del tutto corretta, *revenge porn*, con cui si è inteso creare una nuova, autonoma figura di reato, partendo dalla convinzione che quelle già esistenti (così, ad esempio, il delitto di diffamazione, di cui all'art. 595 c.p. o il delitto di trattamento illecito dei dati, di cui all'art. 167 del codice in materia di protezione dei dati personali) siano inidonee o troppo blande per fornire un'adeguata protezione alle vittime, o siano strutturate (così, ad esempio, il delitto di interferenze illecite nella vita privata di cui all'art. 615 *bis* c.p.) in modo da richiedere, per la loro configurabilità, ulteriori elementi costitutivi (la violenza, la minaccia, la captazione fraudolenta, l'intrusione nei luoghi di privata dimora) che potrebbero precludere in molti casi l'intervento punitivo⁴⁴;
- il delitto di **deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso** all'art. 583 *quinquies* c.p.: non si tratta, in realtà, di una novità assoluta, ma della "promozione" di una circostanza aggravante del delitto di lesioni personali (v. art. 583 co. 2 n. 4 c.p., ora abrogato) a delitto autonomo, al fine di inasprimento del relativo trattamento sanzionatorio (che non solo passa da 6-12 anni di reclusione a 8-14 anni di reclusione, ma che soprattutto viene sottratto al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. con eventuali circostanze attenuanti)⁴⁵; il nuovo delitto, peraltro, potrà essere ora a sua volta aggravato ai sensi dell'art. 585 c.p.; i danni derivanti dallo stesso alla persona offesa potranno poi essere indennizzati a carico dello Stato (v. art. 11 co. 2 legge n. 122 del 2016). Infine, ai sensi del novellato art. 4 *bis* della legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario), i condannati per questo delitto potranno beneficiare di benefici penitenziari solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno: il che, forse, costituisce la definitiva conferma del fatto che il legislatore ha introdotto il nuovo reato sull'onda emotiva connessa ai gravissimi casi dei c.d. omicidi di identità, commessi sfigurando la vittima al fine di provocarle devastanti conseguenze fisiche e psicologiche, senza avvedersi, tuttavia, che il nuovo reato potrà continuare ad applicarsi anche ad episodi in cui la matrice dell'odio contro la donna nulla c'entra⁴⁶;
- il delitto di **costrizione o induzione al matrimonio** all'art. 558 *bis* c.p., col quale si mira a prevenire, e punire, il fenomeno dei c.d. matrimoni forzati, che colpisce soprattutto giovanissime donne immigrate (di prima o di seconda generazione)⁴⁷;

⁴⁴ Per alcune considerazioni critiche in ordine al delitto in parola, v. G.M. Caletti, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

⁴⁵ Sulle profonde differenze di disciplina cui sono sottoposte le circostanze del reato rispetto alle figure autonome di reato, sia consentito rinviare a F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1564 ss.

⁴⁶ La giurisprudenza relativa al "vecchio" n. 4 dell'art. 583 c.p. (circostanza aggravante della deformazione, ovvero dello sfregio del viso) conosce una casistica formata da episodi di cicatrici, asportazione, totale o parziale, del padiglione auricolare, rottura del setto nasale o affossamento dello zigomo: sul punto, sia consentito rinviare a F. Basile, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2015, p. 89 ss.

⁴⁷ In argomento, v. G. Pepè, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019, ove, fermo un giudizio sostanzialmente positivo sull'innovazione legislativa, si segnala, tuttavia, in senso critico l'assenza, nel complesso della legge, di ulteriori disposizioni più ampie di prevenzione e monitoraggio del fenomeno.

- infine, il delitto di **violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa** all'art. 387 *bis* c.p., attraverso il quale si è inteso presidiare con sanzione penale i provvedimenti sopra menzionati, la cui violazione, in precedenza, poteva essere sanzionata solo attraverso un aggravamento della misura, ai sensi dell'art. 276 c.p.p.

Ulteriori modifiche al codice penale consistono in pervasivi **aumenti sanzionatori**, che hanno riguardato pressoché tutte le figure di reato o le circostanze aggravanti che possono trovare applicazioni in casi di violenza sulle donne o violenze di genere (dal delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi – art. 572 c.p., al delitto di atti persecutori – art. 612 *bis* c.p., al delitto di violenza sessuale – art. 609 *bis* c.p. anche nelle forme aggravate, con modifiche che hanno riguardato, in particolare, gli atti sessuali con minorenne, di cui all'art. 609 *quater* c.p.).

La novella del 2019 interviene poi a modificare:

- nell'ambito dei **delitti di violenza sessuale**, il regime di procedibilità (per effetto della modifica dell'art. 609 *septies* c.p., l'art. 609 *quater* c.p., atti sessuali con minorenne, diviene procedibile d'ufficio, con conseguente abrogazione del n. 5 del quarto comma dell'art. 609 *septies* c.p.), nonché il termine per proporre querela (che risulta ora raddoppiato per i delitti di cui agli artt. 609 *bis* e 609 *ter* c.p., essendo passato da 6 a 12 mesi).
- nell'ambito del **delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi**, la previsione della violenza c.d. assistita come aggravante speciale di detto delitto (v. nuovo comma secondo dell'art. 572 c.p.)⁴⁸. Altra novità importante riguardante questo delitto è il suo inserimento, accanto allo *stalking* (che già vi figurava), nella fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 co. 1 lett. i *ter* del codice antimafia (d.lgs. 159 del 2011): i soggetti indiziati del delitto di maltrattamenti potranno, quindi, essere ora proposti per l'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (oltre che per la confisca di prevenzione)⁴⁹;
- nell'ambito delle **circostanze aggravanti del delitto di omicidio doloso**, previste dall'art. 577 c.p., l'introduzione, al primo comma, n. 1, di detto articolo, dopo le parole: «o il discendente», delle parole: «anche per effetto di adozione di minorenne»; le parole: «o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente» sono, invece, sostituite dalle parole: «o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva». Al primo comma, n. 5, viene altresì inserito il riferimento al nuovo delitto di deformazione permanente del viso. Al secondo comma dell'art. 577, invece, dopo le parole: «l'altra parte dell'unione civile, ove cessata,» sono inserite le seguenti: «la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate,» e dopo le parole: «la sorella,» sono inserite le seguenti: «l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile,». Infine, dopo il secondo comma è aggiunto il seguente: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 62, numero 1, 89, 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma, non possono essere ritenute prevalenti rispetto a queste».

⁴⁸ Peraltro, ai sensi del nuovo co. 4 dell'art. 572 c.p., si prevede ora che «il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato».

⁴⁹ Del codice antimafia viene modificato anche l'art. 8 co. 5, prevedendo l'applicabilità, anche nelle ipotesi di cui alla suddetta lett.) i *ter* dell'art. 4 co. 1, della misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona cui occorre prestare protezione.

Infine, di particolare rilievo è la modifica della disciplina della **sospensione condizionale della pena** per i delitti in parola. Il nuovo co. 8 dell'art. 165 c.p. prevede, infatti, ora che, in caso di condanna per i delitti di maltrattamenti, violenza sessuale, anche in forma aggravata, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenne, violenza sessuale di gruppo, atti persecutori, nonché nei casi di lesioni personali e di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, quando aggravati ai sensi degli artt. 576 co. 1 nn. 2, 5, 5.1 e 577 co. 1 n. 1, e co. 2 c.p., la sospensione condizionale della pena debba essere subordinata alla «partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati».

Ispirata ad un'analogia logica di recupero e di prevenzione della recidiva dei soggetti violenti è anche la modifica, contenuta nel nuovo art. 13 *bis* della legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario), in virtù della quale si estende ai condannati per i delitti di cui agli artt. 572, 583 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *octies* e 612 *bis* c.p. la possibilità di sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno suscettibile di valutazione ai fini della concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4 *bis* co. 1 legge n. 354 del 1975⁵⁰.

3.4.2. Le modifiche al codice di procedura penale.

La legge “codice rosso” introduce anche numerose modifiche al codice di procedura penale, principalmente destinate a velocizzare le indagini e l'instaurazione del procedimento penale per i delitti di violenza sulle donne e di violenza di genere (ed è proprio da questo corpo di modifiche che trae origine il nome mediatico della nuova legge).

Viene infatti modificato l'art. 347 co. 3 c.p.p., relativo alle **comunicazioni delle notizie di reato** da parte della p.g., da effettuarsi “immediatamente”, anche in forma orale, al pubblico ministero (alla comunicazione orale seguirà senza ritardo quella scritta), quando si tratti dei delitti previsti dagli artt. 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 612 *bis* e 612 *ter* c.p., ovvero dagli artt. 582 e 583 *quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, n. 1, e secondo comma, c.p.

Viene altresì modificato l'art. 362 c.p.p. relativo all'**assunzione delle informazioni**: si prevede, infatti, tramite l'aggiunta di un nuovo co. 1 *ter*, che quando si procede per uno dei delitti sopra richiamati (escluso il delitto di cui all'art. 612 *ter* c.p.), il P.M., entro il termine di 3 giorni dall'iscrizione della notizia di reato, debba assumere informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia, querela o istanza. Tale termine può essere prorogato solo in presenza di imprescindibili esigenze di tutela di minori o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.

Un'ulteriore modifica riguarda l'art. 370 c.p.p., relativo agli atti diretti e agli atti delegati, tramite l'inserimento di due nuovi commi (2 *bis* e 2 *ter*), ai sensi dei quali la **polizia giudiziaria**, quando si tratta di uno dei delitti in parola, deve procedere senza ritardo al compimento degli atti di indagine delegati dal PM e porre, sempre senza ritardo, a disposizione del PM la documentazione delle attività svolte.

Si modifica, inoltre, la misura cautelare del **divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa** (art. 282 *ter* c.p.p.) per consentire al giudice di garantire il

⁵⁰ V. quanto detto *supra*, nota 32.

rispetto della misura coercitiva attraverso procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. (c.d. **braccialetto elettronico**).

Si introducono **obblighi di comunicazione** alla persona offesa da uno dei reati sopra elencati e al suo difensore relativi all'adozione di provvedimenti di scarcerazione, di cessazione della misura di sicurezza detentiva, di evasione, di applicazione delle misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di revoca o di sostituzione di misure coercitive o interdittive a carico dell'indagato (artt. 90 *ter* c.p.p. e 659 co. 1 *bis* c.p.p.).

Il nuovo delitto di cui all'art. 612 *ter* c.p. viene inserito tra i delitti di cui all'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. per i quali non si applica la disposizione ivi prevista (ossia la non applicabilità della **custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari** qualora il giudice ritenga che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena, oppure che la pena detentiva irrogata non sarà superiore ai tre anni).

Viene innalzata – da 16 a 18 anni – la **soglia di età del testimone** per procedere al suo esame con le modalità particolari previste dall'art. 190 *bis* co. 1 *bis* c.p.p.

Infine, col nuovo art. 64 *bis* disp. att. c.p.p. (**Trasmissione obbligatoria di provvedimenti al giudice civile**) si introduce l'obbligo per il giudice penale – se sono in corso procedimenti civili di separazione dei coniugi o cause relative all'affidamento di minori o relative alla responsabilità genitoriale – di trasmettere senza ritardo al giudice civile i provvedimenti adottati nei confronti di una delle parti, relativi ai delitti in parola.

4. Quando punire non basta: le radici socio-culturali della violenza sulle donne.

Alla legge del 2013 e, in minor misura, alla legge del 2019 occorre riconoscere il merito di aver gettato, sia pur confusamente, alcuni semi per una politica **strutturale** e un intervento **multitasking** per il contrasto della violenza sulle donne.

Si lascia, ad esempio, apprezzare in tale prospettiva la previsione, di cui all'art. 5 della legge del 2019, dell'attivazione, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge (quindi, entro il 9 agosto 2020), di specifici **corsi di formazione** per il personale della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e della Polizia penitenziaria che esercita funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria in relazione alla prevenzione e al perseguimento dei delitti di cui si è sopra discusso – peccato, però, che la legge del 2019 si chiuda con una clausola di invarianza finanziaria, sicché non è dato sapere da dove verranno tratte le risorse economiche per attivare la prevista formazione.

Di grande rilievo è poi la previsione, contenuta nell'art. 5 *bis* della legge del 2013, di azioni a favore (anche in termini economici) dei **centri antiviolenza** e delle **case-rifugio**: giacché alle donne che subiscono violenza bisogna pur offrire concrete forme di assistenza e di sostegno, che consentano loro di vincere le motivazioni, anche di ordine pratico-materiale, che spesso le trattengono dal rompere una relazione (soprattutto in caso di presenza di figli) e dal denunciare il compagno violento⁵¹!

⁵¹ Sul punto, v., C. Pecorella, P. Farina, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2018, p. 3 ss.

Parimenti apprezzabile nella prospettiva di un intervento *multitasking* per il contrasto della violenza sulle donne è la previsione (art. 5 legge del 2013) dell'elaborazione, da parte del Dipartimento per le Pari Opportunità, di un «**piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere**», che persegue obiettivi di informazione, formazione e sensibilizzazione, con particolare attenzione al comparto scuola e al settore dei *mass media*; di potenziamento delle forme di protezione e assistenza alle vittime di violenza; di promozione delle iniziative di recupero e assistenza dei soggetti abusanti e maltrattanti.

Ad un primo piano antiviolenza elaborato, con un certo ritardo, nel 2015, è seguito (con pari ritardo), nell'estate del 2017, il nuovo “Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020”⁵², nel cui preambolo tra l'altro si può leggere che «la violenza basata sul genere è fondata sulla disparità di potere tra uomini e donne, ed è un fenomeno sociale strutturale che ha radici culturali profonde, riconducibili a una organizzazione patriarcale della società che ancor oggi permea le pratiche e la vita quotidiana di milioni di uomini e donne in Italia. La riproduzione della struttura di genere tradizionale avviene attraverso rappresentazioni collettive fondate sugli stereotipi e il sessismo, i quali incidono nell'immaginario e nell'agire collettivo creando le condizioni per una giustificazione e una perpetuazione della violenza maschile sulle donne».

Come bene emerge dai passaggi appena citati – poi ulteriormente ripresi e sviluppati nelle successive pagine del Piano – per contrastare il fenomeno della violenza sulle donne occorre, insomma, aggredirne le radici culturali, passando per le scuole, le università, i luoghi di lavoro; passando per le rappresentazioni massmediatiche della donna e del suo ruolo nella famiglia e nella società (... perché mai la pubblicità con una donna in *lingerie* dovrebbe far aumentare le vendite di un olio per auto o di una colla superresistente?); occorre abbattere stereotipi, rimuovere discriminazioni, assicurare pari opportunità⁵³.

Punire non basta, quindi, ed anche il penalista – e insieme a lui il legislatore penale – dovrebbe ricordarsi, una volta in più, che la migliore politica per la lotta alla criminalità è la **politica sociale**, giacché un efficace e duraturo contrasto alla criminalità si ottiene solo grazie a capillari, diffusi e stabili interventi nel tessuto sociale⁵⁴.

Bibliografia.

- J. Andenaes, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. Romano, F. Stella (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 34.
- F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI ed., Torino, 1972.
- F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

⁵² Il piano può essere letto *online* al seguente link: www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182-/440101/Piano+strategico+2017-2020+violenza.pdf/dc8d06c7-dab8-4fd6-bdad-e84385dbf90b.

⁵³ Cfr. C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., p. 1181 ss., nonché F. Filice, *Diritto penale e genere*, in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 9/2019 (*online*), p. 11 ss., per una recente, efficace sottolineatura dell'importanza dell'impegno prima di tutto *culturale* dell'opera di prevenzione e repressione della violenza sulle donne.

⁵⁴ Come scriveva G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), ora in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 65, riprendendo il dibattito di lingua tedesca in corso su tali temi, «la politica sociale è la migliore politica criminale».

- F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1564.
- F. Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2013.
- F. Basile, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2015.
- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, edizione curata da Venturi, Torino, 1994.
- M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993.
- R. Bianchetti, *La paura del crimine: un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018.
- A. Cadoppi, *Common Law e principio di legalità*, in *Quad. Fiorentini*, 2007, p. 1186.
- A. Cadoppi, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, fasc. 19, 2009, p. 52.
- G.M. Caletti, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.
- G. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 987.
- R. Casiraghi, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2017, p. 378 (nota a Corte EDU, Sez. I, sent. 2 marzo 2017, Talpis c. Italia).
- E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Trento, 2017.
- F. Filice, *Diritto penale e genere*, in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 9/2019 (online), p. 11.
- E. Forti, *Una sfida caleidoscopica: l'importanza di un approccio multifocale nella trattazione dei casi di violenza di genere*, in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 9/2019 (online), p. 39.
- L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2012.
- ISTAT, *Violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia*, 2014, consultabile online al link www.istat.it/it/archivio/161716.
- F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979.
- F. Mantovani, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 60.
- F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017.
- E. Mariani, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10/2018, p. 267.
- G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), ora in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 65.
- A. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010.
- D. Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, in *Giur. it.*, 2012, p. 467.
- G. Pavich, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 settembre 2013.
- C. Pecorella, *Sicurezza vs. libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 ottobre 2016.
- C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 1181.
- C. Pecorella, P. Farina, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2018.
- G. Pepè, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019.

- Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020, consultabile *online* al *link* www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182-/440101/Piano+strategico+2017-2020+violenza.pdf/dc8d06c7-dab8-4fd6-bdad-e84385dbf90b.
- G. Pisani, *Pena di morte all'italiana*, in Id., *Tutela penale e processo: studi*, Milano, 1978, p. 409.
- G. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953.
- G. Pisapia, *Norme di diritto e norme di civiltà*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 421 (nota a Cass., sent. 22 febbraio 1956).
- L. Pistorelli, *Nuovo delitto di "atti persecutori" (cd. stalking)*, in Aa.Vv., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 171.
- S. Recchione, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 settembre 2013.
- S. Recchione, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10/2017, p. 129.
- Relazione della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul femminicidio*, istituita con deliberazione del Senato del 18 gennaio 2017, consultabile *online* al *link* www.senato.it/leg-/17/BGT/Schede/docnonleg/35737.htm.
- Relazione a firma dell'on. Gozzini*, in *La legislazione italiana*, 1981, IV, p. 57.
- S. Riondato, «Famiglia» nel diritto penale italiano, in S. Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, 2002, p. 48.
- F. Roia, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Milano, 2017.
- S. Silvani, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari (L. 4 aprile 2001, n. 154)*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 686.
- A. Sobrero, M. Croce, *Intervista a Didier Fassin. Cinque domande a Didier Fassin sul suo ultimo lavoro: Punire. Una passione contemporanea*, in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 9/2019 (*online*), p. 79.
- A. Szegő, *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 853.
- G. Tona, *Il Tribunale di Milano dichiara manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale della norma che estende le misure di prevenzione personali all'indiziato di stalking*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2018 (nota a Trib. Milano, Sez. mis. prev., 9 ottobre 2018, Pres. est. Roia).
- Ufficio del Massimario, Cassazione (a cura di), *Relazione sulla legge 15 ottobre 2013*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 ottobre 2013.
- A. Valsecchi, *Commento all'art. 612 bis c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, Tomo III, IV ed., Milano, 2015, p. 550.
- F. Zacchè, *Il sistema cautelare a tutela della vittima*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2016, p. 1.

— Esiste l'empatia?

Does empathy exist?

di Mario Iannucci e Gemma Brandi

Abstract. *Il termine “empatia”, ormai in tutto il mondo, descrive concetti molto diversi fra di loro. La diversità semantica inscritta nel termine inglese “empathy”, con i molteplici livelli di significazione che implica, consente di volta in volta di utilizzare tale termine per indicare tutta l’ampia gamma di processi psichici che vanno dalla mera percezione del comportamento altrui alla comprensione dei meccanismi mentali che tali comportamenti sostengono. C’è chi si spinge, addirittura, a reperire una base neurobiofisiologica a un concetto, quello della “empatia”, che nella sua indefinitezza dovrebbe di certo essere trattato con grande prudenza e forse escisso, se non dal gergo comune, almeno da quello specialistico psicologico. Nello scritto cerchiamo di fornire taluni spunti di riflessione per evitare riduzionismi destinati solo a generare pericolose confusioni, teoriche e pratiche.*

Abstract. *The term “empathy” is now used all over the world to describe very different concepts. The semantic diversity inscribed in the English word “empathy,” along with the several levels of meaning it implies, allows to use this term, from time to time, to indicate the entire broad range of psychic processes that go from the mere perception of the behavior of others to the understanding of mental mechanisms supporting such behaviors. Some stretch even further, and seek a neurobiophysiological basis for the concept of “empathy,” which, in its indefiniteness, should certainly be treated with great caution and perhaps excised, if not from common vocabulary, at least from the specialized psychological one. In this brief paper we try to provide some insights to avoid dangerous reductionisms, from which theoretical and practical confusion can arise.*

SOMMARIO: 1. A proposito di empatia, a partire da tre articoli. – 2. La piccola Giulia e Diana la grande cacciatrice: il loro insegnamento. – 3. Empatia, compassione, simpatia. – 4. L’empatia, la comprensione e la capacità di fare un buon tè.

SUMMARY: 1. About empathy, starting from three articles. – 2. Little Giulia and Diana, the great huntress: their teaching. – 3. Empathy, compassion, sympathy. – 4. Empathy, comprehension and the skill to making a good tea.

1. L'empatia, a partire da tre articoli.

Tre articoli recentemente hanno suscitato il nostro interesse. Si tratta di articoli apparentemente distanti fra di loro, anche per le testate sulle quali sono stati pubblicati.

Il primo articolo è comparso sul *NY Times*. Il 30 marzo 2019 Lori Gottlieb, psicologa, psicoterapeuta (con un *basic graduate level degree* in terapia familiare, per quanto possiamo capire da una superficiale indagine su Google) e scrittrice americana, ha pubblicato un articolo dal seguente titolo: *How Much Should You Know About Your Therapist's Life?*¹

L'Autrice ha sostenuto che il livello di odierna esposizione, specie attraverso i *social media* (ma per l'Autrice anche attraverso la scrittura di taluni testi a impronta autobiografica), non compromette certo lo stabilirsi di adeguate relazioni terapeutiche con i pazienti. Scrive l'Autrice: «di tutte le mie credenziali come terapeuta, la più significativa è, per me, la documentata appartenenza alla razza umana»². Lory Gottlieb sostiene che non si sentirebbe affatto infastidita qualora, da paziente, incontrasse la propria terapeuta in un negozio mentre «piange istericamente» per una notizia ricevuta al telefono. Auspichiamo che la terapeuta non rivelerebbe alla paziente che sta piangendo appena dopo avere ricevuto la notizia telefonica, dal suo dottore, che non potrà portare avanti la gravidanza che ha in corso, dopo diversi precedenti aborti spontanei. Passiamo sopra al fatto che un dottore dia una simile notizia al telefono. Ma una psicoterapeuta che se la fa dare mentre è in un luogo pubblico? E soprattutto una psicoterapeuta che, di fronte a una notizia simile, si lascia andare, in pubblico, a un «pianto isterico»?

La proclamata *empatia* (usiamo noi, provocatoriamente, questa parola) di Lori Gottlieb per la collega che le aveva raccontato questa esperienza personale, sembra contrarre un rapporto con la circostanza che la Gottlieb, prima di diventare psicoterapeuta, aveva scritto dei libri sulla sua infanzia, sulla sua vita romantica, sull'essere una ragazza madre e sulla esperienza parentale. Circostanze che, secondo la Gottlieb (ma anche secondo noi), non sarebbero preclusive della possibilità di essere dei veri psicoterapeuti. A patto che...

Il secondo scritto che vogliamo citare è un editoriale della *weekly newsletter* di *Lancet Psychiatry*³. Il *chief editor* Niall Boyce ci racconta di avere partecipato a un incontro con Nick Cave, famoso cantautore che ha perduto un figlio in un tragico incidente. Boyce racconta di essere stato colpito da qualcosa che Nick Cave ha detto: il cantautore, durante il lutto per il figlio, una cosa non l'avrebbe proprio voluta, vale a dire «l'empatia degli altri»⁴. Sarebbe stato insopportabile, per lui, pensare che il suo disagio potesse addirittura causare un disagio analogo in altre persone. L'aveva aiutato, invece, l'altrui «compassione» («*compassion*»): qualcuno che gli stesse accanto, lo sostenesse e gli facesse un tè. Secondo Boyce questo «coinciderebbe» con quanto osservato da Mary Cregan, in un libro pubblicato nel marzo 2019: *The Scar: A Personal History of Depression and Recovery*⁵. Mary Cregan, esperta di letteratura e scrittrice, sperimentò anni addietro una depressione dopo aver perso la piccola figlia Anna appena due giorni dopo la nascita. Ella, a partire dalla sua esperienza di malattia, ci dice quali sono le qualità essenziali di un buon terapeuta: «questa persona deve essere esperta e professionale, qualcuno in cui poter riporre una completa fiducia, perché deve mantenervi in vita mentre le onde vi stanno sommergendo. Questa persona deve essere il vostro psichiatra, non il coniuge, non l'amante, non

¹ L'articolo è disponibile a [questo link](#).

² «Of all my credentials as a therapist, my most significant is that I'm a card-carrying member of the human race» (traduzione a cura degli Autori).

³ N. Boyce, *Message from the Editor*, in *Lancet Psychiatry*, newsletter del 27 Giugno 2019.

⁴ *Ibidem*.

⁵ M. Cregan, *The Scar: A Personal History of Depression and Recovery*, W.W. Norton & Company, 2019.

la sorella o il miglior amico – nessuno dei quali sarebbe esposto alla piena forza della vostra disperazione, nessuno dei quali sentirebbe la responsabilità di tenervi in vita. Il vostro psichiatra è profondamente coinvolto nella vostra sopravvivenza, molto più di quanto non lo siate voi stessi, e sa che anche una persona che si trova nella vostra disperata condizione può sopravvivere»⁶. Quale è l'insegnamento che Niall Boyce trae dalla "coincidenza" che ravvede fra le considerazioni di Nick Cave e di Mary Cregan? Secondo lui, a proposito dell'arte di fornire un aiuto, per quanti cambiamenti possano intervenire nella cura della salute mentale, occorre essere certi di ricordare «come si fa il tè»⁷.

Il terzo articolo è costituito dalla intervista rilasciata, su *Diritto Penale e Uomo*, da Giacomo Rizzolatti, uno degli scopritori dei cosiddetti neuroni specchio⁸. Molti di coloro che ricorrono al concetto di empatia si sono valse, negli ultimi anni, di richiami – discutibili, a nostro avviso – alle funzioni dei neuroni specchio. Richiami che ci pare vengano legittimati dallo stesso Rizzolatti, il quale, tuttavia, avendo appena pubblicato sull'argomento un libro assieme a un filosofo⁹, ci invita a non confondere con la «comprensione» dell'altro (persino di ciò che l'altro sta facendo) quella sorta di «identificazione neuronale speculare» che avviene attraverso la osservazione delle sue azioni. Questo invito a non fare confusione, Rizzolatti ce lo rivolge proprio partendo dalle parole recentemente pronunciate da un abate in un convegno: «l'empatia non esiste»¹⁰. Rizzolatti, che in un primo momento sembra giustificare l'asserzione dell'abate da un punto di vista "filosofico"¹¹, nel proseguo dell'intervista muove in tutt'altra direzione. Ci dice infatti che il nazista Adolf Eichmann, che organizzò la deportazione di centinaia di migliaia di ebrei nei campi di sterminio, non lo fece «comprendendo» il carattere delittuoso (o almeno riprovevole dal punto di vista morale) delle azioni che stava compiendo. Questa mancata «comprensione», secondo Rizzolatti, va attribuita non tanto al fatto che il rispetto della legge razziale nazista «imponesse» all'ufficiale nazista quella deportazione (lo sterminio sarebbe stato assai più difficoltoso prescriverlo per legge; ma l'umanità ne ha viste anche di peggio), quanto piuttosto al fatto che Eichmann, «che non era una persona cattiva» e appariva anzi un buon padre di famiglia, non era responsabile delle gravissime azioni delittuose che andava compiendo, perché «**non considerava [gli ebrei] 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?"».

2. La piccola Giulia e Diana la grande cacciatrice: il loro insegnamento.

Partiamo allora dalle parole: esiste l'empatia? È, questa, una parola che noi usiamo di rado e malvolentieri, ma che tuttavia è entrata nel lessico corrente di coloro che si occupano della «comprensione» dei processi psichici. Alla domanda se esiste l'empatia risponderemo semplicemente con un aneddoto tratto dalla nostra esperienza personale. Giulia è la figlia di un collega neurologo, un medico premuroso e, magari, «empatico». Giulia, quando aveva due anni, rivolse questa domanda al padre che la teneva per mano: «babbo, esiste la speranza?». Il padre, completamente meravigliato dalla domanda che proveniva da quel piccolo d'uomo supposto **inconsapevole**, guardò Giulia e, con la gentilezza che lo contraddistingue, le domandò a sua volta: «Giulia, ma tu **sai** [vale a dire: **comprendi**] cosa è la speranza?». Venne subito dopo trafitto, più

⁶ Il passo del libro di M. Cregan è riportato nell'Editoriale citato di N. Boyce (traduzione a cura degli Autori).

⁷ N. Boyce, *Message from the Editor*, cit.

⁸ S. Arcieri, *Intervista a Giacomo Rizzolatti*, in *questa rivista*, 29 maggio 2019.

⁹ G. Rizzolatti, C. Sinigaglia, *Specchi nel cervello. Come comprendiamo gli altri dall'interno*, Raffaello Cortina, 2019.

¹⁰ S. Arcieri, *Intervista*, cit., p. 2.

¹¹ *Ibidem*.

che dalla risposta di Giulia, dallo sguardo di degnazione che l'accompagnò: «ma babbo, è una parola!».

Così come la speranza, anche l'empatia, che è una parola, esiste. Altrimenti non ne parleremmo. L'empatia ha qualcosa a che vedere con i neuroni specchio? Anche qui ci viene da rispondere con un aneddoto. Anni addietro Umberto, un nostro caro amico, aveva un socio della sua attività il quale, poiché era anche un rinomato *dresseur* di cani da penna, gli regalava talora qualche cucciolo figlio dei suoi “campioni” di razza bracco *kurzhaar*. Gli regalava, in genere, il cucciolo che gli pareva più gracile e meno bello. Il cucciolo però, arrivato in casa di Umberto, non solo cresceva tanto bello che avrebbe potuto conquistare il CACIB per la sua razza, ma in genere era anche bravissimo nella caccia. Diana, uno di questi cuccioli, quando era di pochi mesi effettuava già – destando l'ammirazione generale – la cosiddetta “ferma di consenso”. Si tratta di questo. Quando i cani da penna cacciano in gruppo, se uno di loro fiuta una preda volatile, si irrigidisce in una posizione che si chiama “di punta”, volgendo il muso verso la preda. Gli altri cani del gruppo, non appena il primo punta la preda, se sono bravi come lo era Diana, anche se non “sentono” l'animale con il loro olfatto, puntano la preda esattamente come fa il primo: è indubbiamente un comportamento imitativo, che ha luogo in una frazione di secondo. Possiamo **ragionevolmente** supporre che nella “ferma di consenso” entrino in gioco i neuroni specchio. Il cane che è in ferma di consenso dà l'impressione di provare esattamente le medesime “sensazioni” del compagno che ha puntato per primo. Non sente la preda con l'olfatto, ma è “come se la sentisse”. Abbiamo l'impressione che qualcosa di simile capiti spesso anche agli umani, che si “commuovono” di fronte all'altrui commozione.

Cosa ci insegnano Giulia e Diana? Giulia ci insegna che non ha alcun senso affermare che «l'empatia non esiste». L'empatia esiste nella misura in cui in tutto il mondo, oramai, tale parola descrive concetti molto diversi fra di loro. *Empathy*, termine inglese con il quale venne tradotto il tedesco *emführung*, rimanda invece, nell'etimo, al greco *ἐμπαθεία*. Si capisce che questa diversità semantica, con i molteplici livelli di significazione che implica, consente di volta in volta di utilizzare questo termine per indicare tutta l'ampia gamma di processi psichici che vanno dalla mera percezione del comportamento altrui alla comprensione dei meccanismi mentali che tali comportamenti sostengono. Per questo, essendo così enormemente dilatato il grado di significazione del termine, potrebbe avere un senso affermare che «l'empatia non esiste». Anzi, qualora il termine empatia continuasse ad essere utilizzato per il pochissimo e il moltissimo, sarebbe meglio espungerlo dal vocabolario di chi intende proficuamente occuparsi della “comprensione” dei processi psichici (proficuamente per coloro cui tali processi psichici appartengono, in particolare per i pazienti). Eppure la parola *empatia* continua allegramente ad essere utilizzata, anche da sedicenti esperti della mente, per descrivere sia la “ferma di consenso” che la “comprensione” delle emozioni/passioni e dei pensieri degli individui.

3. Empatia, compassione, simpatia.

Da molti anni ci occupiamo della comprensione e della terapia di persone con disturbi mentali. Una parte consistente della nostra attività, clinica e speculativa, è stata dedicata alla comprensione dei comportamenti trasgressivi e criminali, in particolare di quelle forme di trasgressione patologica che uno di noi definì, ormai molti anni addietro, come «malattia trasgressiva»¹². Avendo entrambi lavorato per decenni all'interno dei luoghi di pena, occupandoci non raramente persino della cura di detenuti condannati per gravissimi delitti e ritenuti “pericolosi

¹² G. Brandi, *Falsi forti e nuovi cattivi: gli angeli ribelli del duemila [...]*, ne *Il reo e il folle*, n 8, 1998, pp. 123 ss.

criminali” (appartenenti magari ad associazioni malavitose), possiamo affermare senza tema di essere smentiti che le radici inconscie delle “scelte” delittuose, anche e soprattutto di quelle più radicali, affondano nel terreno paludoso di un disagio psichico profondo, un disagio che è rivelato da quelle “scelte” proprio mentre cercano in ogni modo di occultarlo. Anche e soprattutto per la **malattia trasgressiva** vale quello che Lacan afferma e che non può certo essere smentito: «gli effetti di cui [la psicologia freudiana] scopriva il senso, li ha arditamente designati con il sentimento che ad essi corrisponde nel vissuto: la colpevolezza»¹³. Se questo confronto radicale con la colpevolezza vale per tutte le turbe psichiche, vale a maggior ragione per coloro che sono affetti dalla malattia trasgressiva, non pochi dei quali si rivelano **delinquenti per senso di colpa**¹⁴. È dunque a nostro avviso vero – incontrovertibilmente vero – che non pochi di coloro che abitano le patrie galere andrebbero curati durante il periodo in cui li si custodisce, anche per abbreviare il periodo della loro custodia attraverso lo sforzo di comprendere le ragioni della loro trasgressione. Era questo – studiare l’uomo delinquente in quanto tale – l’invito che rivolgeva Lombroso al consesso scientifico centocinquant’anni or sono, utilizzando i rudimentali mezzi scientifico/positivistici di cui allora si disponeva e di cui è persino ridicolo farsi beffa. In questo modo, comprendendo e curando la malattia trasgressiva, per buona parte dei trasgressori patologici il carcere diverrebbe “inutile”¹⁵.

Partiamo allora dalla indispensabile cura di coloro che sono affetti dalla malattia trasgressiva. Una malattia che, come abbiamo detto, non è possibile circoscrivere allo sparuto numero dei *mentally ill offenders* riconosciuti incapaci e pericolosi nell’ambito del processo. Il numero dei reclusi nelle carceri ordinarie che risultano affetti da gravi e documentate turbe psichiche è impressionante e oramai documentato da tutte le ricerche internazionali. Domandiamoci allora: se questi uomini, reclusi perché pericolosi autori di reati, devono essere curati per le turbe psichiche che li affliggono, è opportuno oppure no che trovino dei terapeuti in grado di farlo, in grado di stabilire persino con loro quel rapporto di “empatia” (se esiste!) che oramai tutti, nel mondo *western*, dicono che sia indispensabile al rapporto terapeuta-paziente ai fini della cura? Non sarà facile però per nessuno, nemmeno per uno psicoterapeuta consumato, ammettere una “facile empatia” per un delinquente, specie se si tratta di un brutale assassino, di uno stupratore, di un *serial killer* alla Anders Breivik. “Ammettere”, dicevamo: ammetterlo anche a sé stesso, sebbene occorra tenere conto che, dopo Freud, non possiamo non sottoscrivere l’acutissima affermazione di Robert Musil: «se l’umanità fosse capace di fare un sogno collettivo, sognerebbe Moosbrugger»¹⁶.

Vorremmo dunque tornare all’etimo delle parole, per cercare di capire qualcosa di più di empatia. Lo faremo a partire da un altro aneddoto, questa volta carcerario. Un detenuto “di grosso calibro”, molti anni or sono, così commentava l’atteggiamento **compassionevole** col quale gli si era avvicinata una signora appartenente a una associazione di volontariato penitenziario: «la compassione: manco li cani!». Al contrario di Nick Cave, che colpito dalla morte del figlio gradiva (secondo Niall Boyce) la compassione ma non l’empatia degli altri, i detenuti, che sono obiettivamente in una condizione di **pena** (di sicuro oggettiva, esterna; talora persino interiore) ma che non amano sentirsi da meno degli altri, spesso non gradiscono davvero essere **compatiti**. Molti delinquenti, invece, gradiscono senza dubbio l’altrui **simpatia**. Eppure, al di là dell’origine

¹³ J. Lacan, *Introduzione teorica alle funzioni della psicoanalisi in criminologia* (1950), in *Ecrits*, trad. it. *Scritti*, Vol. I, Einaudi, p. 123.

¹⁴ Cfr. S. Freud, *Alcuni tipi di carattere tratti dal lavoro psicoanalitico*, (1916), in *Opere*, Bollati Boringhieri Editore, Vol. 8, 1976, pp. 625 ss.

¹⁵ Curiosa contraddizione: fra i detrattori e gli schernitori di Cesare Lombroso vi sono soprattutto i più agguerriti sostenitori del movimento “*No Prison*”.

¹⁶ R. Musil, *L’uomo senza qualità*, Einaudi, 1974, p. 71. Moosbrugger era, nel romanzo, un assassino “seriale” e patologico di prostitute.

dei termini, latina in con-passione e greca in sin-patia, le due parole sono identiche nell'etimo ma molto distanti nel significato che hanno assunto nella lingua italiana. La compassione la si prova in genere per coloro che supponiamo essere in preda a una sofferenza (a una pena), mentre la simpatia presuppone un certo grado di benevola identificazione con l'altro. Per taluni delinquenti, in genere, la gente prova una immediata simpatia: per Cary Grant in *Caccia al ladro*, per Robert De Niro nel *Padrino*, per George Clooney in *Ocean's Eleven*. Per altri delinquenti, benché si tratti di pellicole e di generi fra i più gettonati, è assai più difficile provare simpatia: si pensi, come esempio paradigmatico, ad Anthony Hopkins-Hannibal Lecter del *Silenzio degli innocenti* (anche se una certa simpatia la gente in genere la prova quando lo psichiatra cinico, ma abile e intelligente, si appresta a cannibalizzare lo psichiatra incapace, stolto e supponente).

4. L'empatia, la comprensione e la capacità di fare un buon tè.

Siamo contenti, in verità, di essere psichiatri. Siamo contenti di esserlo stati e di esserlo in un'epoca nella quale, almeno dalle nostre parti, l'*Electronic Medical Record*¹⁷ e la *Artificial Intelligence* non sono tanto diffuse da precludere del tutto la "empatia" del rapporto medico-paziente¹⁸. Siamo anche contenti di essere cresciuti a una scuola (quella di Freud e di Lacan) nella quale abbiamo imparato a non sovrapporre con superficialità livelli epistemologici distanti anni luce. Questa sovrapposizione non aiuta in alcun modo la comprensione. Noi parliamo qui della comprensione dei processi psichici, la riduzione dei quali alla componente neurologica è, per adesso, del tutto fuorviante e pericolosa. La "ferma di consenso" del bracco Diana, per quanto possa fornirci qualche vaga indicazione persino sugli istinti animali, per quanto possa trovare una relazione (nella scala degli eventi biologici da cui origina) con i neuroni specchio, non ci aiuta in alcun modo nella comprensione del "fermo di consenso" col quale lo spietato Adolph Eichmann avviò alla "soluzione finale" centinaia di migliaia di ebrei. E la avviò senza provare per queste persone alcuna **compassione**, non perché secondo lui erano come legna da ardere, ma semplicemente perché, secondo un sistema perverso e cinico, quelle erano proprio persone da ardere. Altro che mancanza di empatia: si trattava piuttosto, per Eichmann, di assecondare in modo perverso (perché legalmente giustificato dalle leggi di un branco al seguito di un pifferaio truce e ridicolmente malato) l'affermarsi del Moosbrugger che c'è al fondo di ogni uomo. Eccola, "l'assoluta banalità del male". Qualcuno che di trasgressione e di pena se ne intendeva, Edward Bunker, ci ha rammentato puntualmente, a proposito dell'uomo, che *No beast so fierce*¹⁹. Al fondo di ogni "empatia" con l'altro, non può che collocarsi questo riconoscimento speculare della feroce essenza dell'uomo. Ecco, forse, perché Nick Cave avvertiva come sgradevole l'empatia (e forse persino la compassione) degli altri e nel lutto preferiva, vicino a lui, qualcuno che gli facesse un tè.

C'è allora da chiedersi se Mary Creegan, letterata e scrittrice, ci insegni qualcosa in più a proposito della "empatia", della comprensione e delle qualità di un buon terapeuta. La Creegan, a nostro parere, segnala davvero qualcosa di molto utile. Noi riteniamo che ella ci riassume egregiamente l'insegnamento congiunto di Georg Groddeck e di Sándor Ferenczi. A proposito di Groddeck occorre rammentare quale fosse, secondo lui, «[...] la qualità essenziale del medico: una tendenza alla crudeltà repressa giusto quel tanto che le permetta di diventare utile, e dominata

¹⁷ I sistemi più avanzati di *Electronic Medical Record* (Cartella Clinica Elettronica) non solo registrano i dati clinici dei pazienti, ma attraverso sofisticati algoritmi generano *alert* e consentono, a partire dai dati inseriti, di prospettare ipotesi diagnostiche e, quindi, strategie terapeutiche.

¹⁸ Usiamo qui intenzionalmente il termine empatia, con riferimento a un apprezzabile articolo comparso di recente: D. Ofri, *Empathy in the age of the electronic medical record*, in *The Lancet*, Vol. 394, Issue 10201, pp. 822-823.

¹⁹ Il riferimento è a E. Bunker, *No Beast so Fierce* (1973), trad. ital. *Come una bestia feroce*, Einaudi Torino 2001.

dall'angoscia di fare del male»²⁰. Secondo Ferenczi, poi, può condurre utilmente a compimento la cura solo il terapeuta che «abbia appreso a sufficienza dai propri “sbagli ed errori” e sia riuscito a padroneggiare i “punti deboli della sua stessa personalità”»²¹. È con ogni evidenza un terapeuta di questo tipo che Mary Creegan pensa possa essere utile a persone che, come è capitato a lei, attraversano pericolosi momenti di grave difficoltà psichica. Un terapeuta preparato, paziente e pronto **comprendere**, a partire dalle sue debolezze superate, le debolezze altrui. E che sia **responsabile**, vale a dire che sia pronto a rispondere di quel che fa col suo paziente che soffre e che è in una condizione di pericolo. Altro che sperimentare una “empatia” di consenso, altro che preparare un tè, persino un buon tè!

²⁰ G. Groddeck, *Das Buch vom Es*, 1923; trad. it. *Il libro dell'Es*, Adelphi, 1966 (la nostra citazione è tratta dall'edizione Bompiani, 1987, p. 5).

²¹ Sono queste le parole con cui l'ultimo Freud rende un tardivo tributo a Sándor Ferenczi. S. Freud, *Analisi terminabile e interminabile*, in *Opere*, Vol. 11, Bollati Boringhieri Editore, 1979, p. 530. Nello scritto Freud cita *Il problema del termine delle analisi*, una comunicazione tenuta da Sándor Ferenczi al Congresso di Psicoanalisi di Innsbruck del 1927 e pubblicata l'anno dopo.

Riflessione

— L'imparzialità del giudice nel complesso rapporto tra procedimento di cognizione e procedimento di prevenzione

Cass., Sez. VI, sent. 2 aprile 2019 (dep. 11 ottobre 2019), n. 41975, Pres. Petruzzellis, rel. Tronci, ric. I. e altra

Judge's impartiality in the complex relationship between cognition proceeding and prevention proceeding

Cass., Sect. VI, judgement of April 2, 2019 (filed on October 11, 2019), n. 41975, Pres. Petruzzellis, Rapp. Tronci, App. I. and other

di Fabrizio Cosentino

1. La sentenza qui annotata affronta (e al contempo chiarisce) il profilo dell'imparzialità del giudice nel complesso rapporto intercorrente fra procedimento di cognizione e procedimento di prevenzione.

L'intervento della Cassazione trae origine dalla seguente vicenda giudiziaria: nell'ambito di un giudizio di appello di prevenzione patrimoniale la Corte di Appello di Reggio Calabria rigettava l'istanza di ricusazione, che la difesa del prevenuto aveva avanzato nei confronti del presidente del collegio giudicante del medesimo organo distrettuale per avere il predetto presidente conosciuto dei medesimi fatti, avendo svolto funzioni di G.i.p. nel parallelo procedimento penale.

La difesa proponeva allora ricorso per cassazione, lamentando la violazione, da parte

dell'ordinanza impugnata, dell'art. 606 lett. b) ed e), c.p.p., in relazione agli artt. 41, 37 comma 1, 36 comma 1 lett. b) c.p.p., nonché agli artt. 7 e 10 comma 4, d.lgs. n.159/2011, e art. 111 Cost. e art. 6 § 1, CEDU, soffermandosi sulle interrelazioni esistenti fra procedimento penale e procedimento di prevenzione, sulla base dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 283 del 2000.

2. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale condiviso dalla Corte reggina (**Cass., sez. I, sent. 27 maggio 2016, n. 43081**)¹ «non è applicabile al procedimento di prevenzione la causa di ricusazione prevista dall'art. 37, comma primo, lett. b), c.p.p. nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in un altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale». Né sarebbero estensibili al procedimento di prevenzione i divieti per le situazioni di incompatibilità stabiliti «dagli artt. 34 e 35 dalle leggi di ordinamento giudiziario», per come espressamente previsto dalla lett. g) dell'art. 36 c.p.p., norma che non sarebbe possibile applicare alla procedura di prevenzione.

All'interpretazione sostenuta da questo, sinora prevalente, indirizzo giurisprudenziale è dunque sotteso un **distinguo tra lo schema procedimentale penale e quello di prevenzione**, essendo quest'ultimo caratterizzato da una sensibile «diversità di oggetto e di scopo», non emendabile dall'interprete, in presenza di una precisa scelta del legislatore, e di una ermeneutica della norma in senso «unidirezionale», vale a dire che non è consentito il passaggio del giudice dalla prevenzione al penale, ma non anche il contrario.

3. La sesta sezione della Corte di Cassazione con la sentenza in commento parte da un dato preliminare, ritenuto «ampiamente acquisito», tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, costituito dalla intervenuta «giurisdizionalizzazione» del procedimento di prevenzione, attraverso l'estensione ad esso di istituti tipici del processo penale, ferma restando la riconosciuta diversità e autonomia della materia prevenzionale.

I giudici della sesta sezione richiamano anzitutto i principi espressi nella recente **sentenza n. 24 del 24 gennaio 2019 della Corte Costituzionale**², che individua un preciso «statuto di garanzia (costituzionale e convenzionale) delle misure di prevenzione», sia personali che patrimoniali, ed osservano che, pur non essendovi la necessità di un richiamo alle garanzie che la CEDU e la stessa Costituzione dettano specificamente per la materia penale, occorre tuttavia rispettare i canoni generali di ogni «giusto» processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo «volet civil»), dovendosi assicurare in particolare piena tutela al **diritto di difesa** (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta.

Dunque, pur preso atto della finalità preventiva e non punitiva delle misure patrimoniali e personali previste nel decreto legislativo n. 159 del 2011, nella riconosciuta esclusione di una loro natura sanzionatoria penale, il ricordato *iter* di giurisdizionalizzazione e di necessaria applicazione dei principi del **giusto processo** al modello procedimentale di prevenzione, nonché una corretta interpretazione costituzionalmente orientata e convenzionalmente conforme, conduce ad attribuire un ruolo primario al **principio di imparzialità del giudice**, che si sostanzia nell'applicabilità degli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricusazione, incasellati nel primo libro del codice di procedura penale.

¹ Il testo della sentenza è accessibile a [questo link](#).

² Il testo della sentenza è accessibile a [questo link](#).

L'orientamento della Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 24 del 2019, è chiaro: «pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)» e pertanto sottostanno alle garanzie ivi previste, tra cui:

- a) la previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che sia precisa e rispettosa del canone della prevedibilità (art. 1 Prot. addiz. CEDU);
- b) la «necessarietà» della restrizione del diritto di proprietà rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto la proporzione rispetto a tali obiettivi (art. 3 Cost.);
- c) l'adozione di un procedimento che, ancorché non sottoposto agli *standard* garantistici del processo penale, rimanga rispettoso dei canoni generali del «*due legal process*» di cui agli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, e del diritto alla difesa.

Se il tema è quello di assicurare l'imparzialità del giudice, entrano allora in gioco gli istituti della **incompatibilità**, dell'**astensione** e della **ricusazione** che assicurano, il primo, l'autonomia e la distinzione della funzione giudicante rispetto ad attività compiute in gradi e fasi precedenti (da cui l'obbligo in sede di rinvio di rimettere gli atti a sezione diversa da quella che ha emesso il decreto eventualmente annullato) e, i secondi, un rimedio a situazioni personali del giudice, ovvero all'esistenza di suoi comportamenti che lasciano trasparire un pre-giudizio.

In particolare, l'istituto della ricusazione di cui all'art. 37 c.p.p., è stato già oggetto di disamina da parte del giudice delle leggi: come è noto, la disposizione è stata dichiarata, con **sentenza n. 283 del 6 luglio 2000 della Consulta**³, costituzionalmente illegittima «nella parte in cui non prevede che possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto».

Ed è proprio tale pronuncia – secondo il collegio della sesta sezione – a non consentire di «sezionare», come sembrerebbe voler fare la Corte reggina, l'istituto della ricusazione, escludendo dalla sua applicabilità al procedimento di prevenzione i casi del giudice che abbia emesso in altro procedimento una precedente decisione di merito nei confronti del medesimo soggetto.

Il sistema delle garanzie – e in particolare la garanzia dell'imparzialità del giudice – è **connaturato allo *ius dicere***, all'esercizio della giurisdizione, e conserva una **portata generale**, tale da non poter essere sminuito in ambiti contraddistinti da minor tutela.

Ben consapevole del diverso orientamento sinora tenuto fermo dalla sezione quinta della Cassazione (v. ad esempio **sent. 25 maggio 2018, n. 23629**) e dalla stessa propria sezione (**sent. 13 settembre 2018, n. 51793**), i giudici della sesta sezione, con la sentenza in commento, attraverso un rigoroso procedere argomentativo concludono per la piena applicazione dei principi stabiliti dalla disciplina penale sulla ricusazione ai procedimenti di prevenzione, affermando dunque la tesi della piena «**bidirezionalità**» nei rapporti tra i due giudici, atteso che il pregiudizio per l'imparzialità-neutralità del giudicante può verificarsi anche nei rapporti tra il procedimento penale e quello di prevenzione (penale → prevenzione), e non solo tra prevenzione e processo

³ Il testo della sentenza è accessibile a [questo link](#).

penale (prevenzione → penale).

4. L'odierna pronuncia della Suprema Corte manifesta un orientamento condivisibile, che segna un ulteriore **passo avanti dell'inarrestabile cammino del sistema della prevenzione**, dall'originario schema procedimentale amministrativo, commissionato al giudice penale, a quello ormai ritenuto giurisdizionale, al quale applicare le medesime garanzie fondamentali del processo penale, soprattutto per quel che concerne i profili di terzietà/imparzialità del giudice, e la necessità di escludere ogni aspetto di pregiudizio dal percorso decisionale: imprescindibile esigenza di adeguamento che si avverte oggi con particolare riferimento alle misure di tipo patrimoniale, le quali sono in grado di incidere gravemente su diritti e assetti proprietari, anche di soggetti terzi, e che richiedono massima attenzione nell'applicazione dei criteri conoscitivi.

Come avvertiva un Maestro – talvolta inascoltato – della procedura penale, ogni procedimento richiede la necessità che il giudice non si sia in alcun modo espresso in precedenza sui fatti per i quali è chiamato ad emettere un provvedimento, perché «il contraddittorio scade a commedia dove l'esito sia preconsosciuto»⁴.

⁴ F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 181.

Intervista

— Questioni di fine vita. Intervista a Marina Lalatta Costerbosa

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)*

End of life issues. Interview with Marina Lalatta Costerbosa

Questions regarding impunity for assisted suicide in light of the recent decision by the Constitutional Court (hearing on 25 September last)

di Redazione, Marina Lalatta Costerbosa

Abbiamo chiesto a Marina Lalatta Costerbosa, Professoressa Ordinaria di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Filosofia e Comunicazione e Membro del Comitato di Bioetica dell'Università di Bologna, di illustrarci il suo punto di vista professionale sulla recente statuizione della Consulta in materia di non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate condizioni.

Nel comunicato diffuso dall'ufficio stampa della Consulta il 25 settembre a valle dell'udienza si legge: «la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o

* Lo scorso 25 settembre, la Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per esaminare le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'assise di Milano sull'articolo 580 del Codice penale riguardanti la punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita.

psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»¹.

Dal Suo punto di vista professionale, quali sono le principali implicazioni della suddetta decisione, sia sotto il profilo teorico sia a livello pratico?

La posizione assunta dalla Corte sull'aiuto al suicidio nell'ambito del fine vita rivela la condivisione di una indispensabile prospettiva "larga" che rifletta la seria complessità di talune condizioni di vita e, su tutto, la presa in considerazione del significato e della valenza che esse assumono per il paziente. In coerenza con i principi fondamentali della Costituzione, implicitamente chiede che non si assuma uno sguardo esteriore e formale, bensì "interno" e soggettivamente filtrato, perché tali situazioni esistenziali di confine possano essere affrontate, da Stato e istituzioni, in modo adeguato alle esigenze di tutela e di rispetto di soggetti che versano in condizioni di estrema vulnerabilità e sofferenza.

Sotto questo profilo, la Corte manifesta la consapevolezza della persistenza di una lacuna legislativa che ad oggi lascia il terreno della pratica del suicidio assistito privo di una regolamentazione specifica, in una insidiosa anomia. Suggerisce dunque una limpida assunzione di responsabilità da parte del legislatore, perché si possa giungere a una norma in materia di suicidio assistito sempre più urgente e indispensabile, alla luce dell'obiettiva peculiarità e drammaticità di alcune condizioni di vita di confine. Evidente, sotto questo rispetto, l'irriducibilità di esse alle fattispecie giuridiche attualmente rintracciabili nel Codice penale; ove a queste si continui meccanicamente a richiamarsi infatti si reitererebbero sussunzioni semplificatrici, forzature, come tali lesive dei beni primari in gioco e dei diritti dei coinvolti.

Marco Cappato, a seguito della pronuncia della Consulta, ha rilasciato, tramite *social network*, la seguente dichiarazione: «la Consulta ha deciso [...]. Da oggi siamo tutti più liberi».

Qual è la Sua opinione in merito alla suddetta affermazione?

Condivido senza riserve l'affermazione di Marco Cappato e ritengo sia fedele ai principi costituzionali del nostro ordinamento giuridico, a un dettato normativo che nella piena accettazione del pluralismo delle prospettive morali individuali – prerequisite indispensabile per ogni società che voglia presentarsi come democratica –, nel riconoscimento del principio della libertà individuale, ovvero dell'autonomia dell'individuo rispetto alla propria storia di vita, prevede la tutela dell'autodeterminazione di ciascuno, indipendentemente dalla prospettiva etica assunta. Consentirne l'esercizio significa garantire la condizione basilica e primaria di possibilità per l'attuazione di ogni individuale progettualità (entro il perimetro della legge) reciprocamente riconosciuta.

Più libertà appunto per ciascuno, libertà di poter scegliere di continuare la propria esistenza in ogni condizione, libertà di poterla vivere affrancandosi da trattamenti medici e tecnologie mediche, nel momento in cui esse non dovessero essere più volute.

Per espressa statuizione formulata dalla Corte costituzionale nel comunicato stampa di cui sopra, la decisione in ordine alla non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate

¹ Il comunicato è accessibile [a questo link](#).

condizioni deve ritenersi valida «nell'attesa di un indispensabile intervento del legislatore» volto a disciplinare la materia del fine vita.

Quali sono, a Suo avviso, i principali aspetti e i profili critici sui quali l'eventuale intervento legislativo dovrebbe focalizzare maggiormente l'attenzione?

Il primo gesto teorico e culturale da compiere è quello di contestare validità e credibilità alla propagandistica e ideologica rappresentazione del problema del suicidio assistito come problema riconducibile a una supposta “cultura della morte”. Senza alcuna remora in merito al giudizio così implicitamente espresso nei riguardi di pazienti che provano una quotidiana sofferenza sorda e profonda, troppe volte il dibattito nel nostro Paese è stato così impostato, non da ultimo in occasione della pronuncia della Consulta del 25 settembre scorso. Ma questo è un terreno non solo sterile, è persino un terreno inquinato.

È un terreno sbagliato; che se ne sia consapevoli o meno. Solo espropriando l'individuo dalla sovranità decisionale sulla propria storia di vita, solo trasferendola ad altri o a una fonte trascendente di senso, ciò potrebbe essere comprensibile. Ma questo porterebbe fuori, nettamente e totalmente, da ogni scenario democratico e costituzionale, nel quale nessuna autorità morale viene riconosciuta se non quella coincidente con i principi di libertà individuale e uguaglianza di tutti e di ciascuno (per l'Italia secondo il combinato degli art. 13, 3 e 32 c.2 della Carta costituzionale).

In gioco sono le scelte importanti relative alla propria vita, in gioco c'è la vita, non la morte, non l'esercizio di un presunto e ambiguo “diritto di morire”.

Si tratta piuttosto di prendere finalmente sul serio il diritto di vivere.

Si tratta di consentire giuridicamente e di garantire fattivamente l'esercizio dell'universale diritto di vivere nel rispetto della propria e dell'altrui autonomia.

Per essere più diretta e sintetica sul punto, concluderei evidenziando come l'eventuale scelta di ricorrere o di non ricorrere al suicidio assistito, nelle situazioni esistenziali estreme alle quali esclusivamente ci si riferisce in questo contesto di discorso, corrisponde, in entrambi i casi, all'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione, al doveroso riconoscimento del diritto a vivere una vita propria. In questa prospettiva solo una regolamentazione all'altezza dei beni e dei valori in gioco potrebbe tutelare dall'abuso – preoccupazione esplicitata dalla Camera di consiglio della Consulta a settembre –, potrebbe prevenire una indotta accelerazione di decisioni che il paziente potrebbe voler posticipare il più possibile, potrebbe cioè consentire che la vita alla fine non venga trasferita nelle mani di strumenti e poteri, bensì resti nelle mani del suo unico legittimo sovrano.

Intervista

— Questioni di fine vita. Intervista a Carlo Melzi d'Eril e Giulio Enea Vigevani

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)*

End of life issues. Interview with Carlo Melzi d'Eril e Giulio Enea Vigevani

Questions regarding impunity for assisted suicide in light of the recent decision by the Constitutional Court (hearing on 25 September last)

di Redazione, Carlo Melzi d'Eril, Giulio Enea Vigevani

Abbiamo chiesto a Giulio Enea Vigevani, Professore Associato di Diritto costituzionale e di Diritto dell'informazione presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca, e a Carlo Melzi d'Eril, Avvocato del Foro di Milano, di illustrarci il loro punto di vista professionale sulla recente statuizione della Consulta in materia di non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate condizioni.

Nel comunicato diffuso dall'ufficio stampa della Consulta il 25 settembre a valle dell'udienza si legge: «la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio,

* Lo scorso 25 settembre, la Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per esaminare le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'assise di Milano sull'articolo 580 del Codice penale riguardanti la punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita.

autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»¹.

Dal Suo punto di vista professionale, quali sono le principali implicazioni della suddetta decisione, sia sotto il profilo teorico sia a livello pratico?

Dal punto di vista teorico, si tratta certamente di una sentenza “storica”, sia per il contenuto del dispositivo, sia per il meccanismo processuale, inedito, che ha portato ad un simile risultato.

La Corte ha ritenuto non punibile l’aiuto al suicidio della persona che prende una simile decisione, in preda a sofferenze gravi e non curabili, in piena consapevolezza e libertà.

Diciamo subito che la soluzione della Corte sembra molto equilibrata. I giudici non affermano l’esistenza di un diritto al suicidio *tout court*. Né quindi “certificano” la assoluta autodeterminazione dell’individuo, spinta fino a consentirgli di rinunciare alla vita liberamente quando egli ritenga, magari per motivazioni del tutto soggettive, di volervi porre termine. La sentenza, viceversa, sembra circoscrivere quasi chirurgicamente le ipotesi nelle quali l’ordinamento consente l’aiuto al suicidio, tanto da ritenere non applicabile solo ad esse l’art. 580 c.p.

La Corte, infatti, è intervenuta formulando un equilibrio parzialmente nuovo tra i beni giuridici in gioco, da un lato la vita e dall’altro la libertà di interromperla quando essa diventa non più sopportabile. Ma i giudici non si sono limitati a questo, pur dirompente, principio: fin dalle anticipazioni contenute nel comunicato stampa risulta chiaro che essi si sono premurati di dettare al legislatore la cornice entro la quale attuare più precisamente questo bilanciamento. Di più, si sono spinti fino a subordinare fin d’ora la non punibilità dell’aiuto al suicidio al rispetto delle regole già stabilite dalla legge n. 219 del 2017², normativa introdotta per disciplinare l’interruzione dei trattamenti vitali, che prevedono tra l’altro l’intervento del Servizio Sanitario Nazionale. Ciò anche per evitare che si possa abusare di soggetti fragili, facilmente manipolati.

Venendo al meccanismo processuale, sostanzialmente inventato dalla fantasia della Corte, occorre in primo luogo riconoscere a quest’ultima una grande intelligenza istituzionale, ovvero la capacità di capire come modulare il proprio intervento, senza abdicare alla propria funzione, ma insieme evitando di sovrapporsi agli altri poteri dello Stato. L’anno scorso, rilevato un problema di costituzionalità e al contempo l’opportunità che tale contrasto fosse risolto dal Parlamento, la Consulta sospendeva il procedimento per dodici mesi. La delicatezza del caso suggerì questo strumento nuovo, una sorta di decisione di accoglimento differita nel tempo, funzionale a tenere insieme l’esigenza di tutela dell’imputato con la necessità di non usurpare le funzioni parlamentari. Trascorso invano il tempo della sospensione, la Corte è intervenuta con una pronuncia che, vista la premessa, non riteniamo abbia stupito nessuno. Nondimeno, la Corte stessa non si stanca di sottolineare il ruolo imprescindibile del Parlamento nell’individuare quantomeno le modalità attraverso le quali contemperare i beni in conflitto.

Sotto questo profilo non si può non rilevare che si tratta di una sentenza molto legata al caso concreto, in cui la Corte costruisce le condizioni e i requisiti che debbono sussistere affinché un determinato comportamento, altrimenti punito, sia considerato lecito. Già dalle parole del

¹ Il comunicato è accessibile a questo [link](#).

² L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

comunicato stampa, si può affermare come la Corte abbia accuratamente evitato di sostituirsi al legislatore, come forse avrebbe potuto anche fare. Al contrario, essa, dopo avere stabilito il principio in base al quale in certe condizioni l'aiuto al suicidio non può essere punito, ha invocato di nuovo proprio l'intervento del legislatore, affinché definisca nel dettaglio i confini della materia.

Se tutto quanto sopra sembrano alcune delle conseguenze della decisione, dal punto di vista del sistema e dei suoi equilibri, dal punto di vista pratico può affermarsi oggi che chi si trova nelle condizioni drammatiche in cui si è trovato Fabiano Antoniani non deve più espatriare se vuole porre fine alle proprie sofferenze, né temere di far correre rischi in sede penale ai propri cari o a terzi che dovessero fornire collaborazione per la realizzazione del proposito. Sempre dal punto di vista concreto, sembra utile sottolineare che la decisione non apre la strada al suicidio assistito "in casa"; vengono individuate, infatti, modalità precise per verificare la sussistenza delle condizioni e consentire di dare corso alle effettive volontà del malato.

Marco Cappato, a seguito della pronuncia della Consulta, ha rilasciato, tramite social network, la seguente dichiarazione: «la Consulta ha deciso [...]. Da oggi siamo tutti più liberi».

Qual è la Sua opinione in merito alla suddetta affermazione?

Si tratta di una affermazione abbastanza ovvia: se una condotta, vietata fino al giorno prima della sentenza, diventa lecita il giorno dopo, gli spazi di libertà evidentemente aumentano. La soddisfazione con cui Marco Cappato ha annunciato la sentenza e i toni quasi trionfalistici sono altrettanto ovvi, se entrambi vengono posti nella prospettiva di una persona che si trova a un passo dall'assoluzione in un processo in cui rischiava una pena severa. E, anzi, la soddisfazione probabilmente nasce, più che dallo "scampato pericolo" per la propria libertà personale, dall'aver contribuito, con la propria condotta di "disobbedienza civile", a cambiare le regole di un ordinamento nella parte in cui non lo si riteneva coerente con i propri valori e con quelli che emergevano da un'interpretazione corretta della Costituzione. E tutto ciò nel solco della tradizione radicale, le cui battaglie per i diritti civili sono state spesso portate avanti mediante contrapposizioni, dure ma pacifiche, che spesso implicavano per i *leader* che se le intestavano il fatto di rischiare sulla propria pelle di subire la risposta punitiva dell'ordinamento che si voleva contestare.

Una simile affermazione, però, va contestualizzata. La Corte ha sì iniziato lo sgretolamento di una regola finora senza eccezioni nel diritto penale, ovvero quella che puniva qualsiasi aiuto al suicidio parificandolo addirittura all'istigazione. Tuttavia, come abbiamo già avuto modo di precisare, non ha legittimato una assoluta autodeterminazione in materia, non ha in altri termini ritenuto non punibile l'aiuto al suicidio del consenziente *tout court*; ha viceversa operato una prudente apertura al bilanciamento di interessi, limitato a un caso estremo, come quello valutato nel processo posto alla sua attenzione. D'altra parte, proprio i casi estremi, quelli cioè di persone estremamente sofferenti e non in grado di porre fine alle proprie sofferenze in modo autonomo, sono quelli in cui più probabilmente la disposizione di cui all'art. 580 c.p. è più applicata. Chi non è più in grado, per le condizioni di salute, di portare a termine il proprio proposito, è colui che più di frequente hanno bisogno di quell'aiuto, fino a poco fa sempre illecito.

Per espressa statuizione formulata dalla Corte costituzionale nel comunicato stampa di cui sopra, la decisione in ordine alla non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate

condizioni deve ritenersi valida «nell’attesa di un indispensabile intervento del legislatore» volto a disciplinare la materia del fine vita.

Quali sono, a Suo avviso, i principali aspetti e i profili critici sui quali l’eventuale intervento legislativo dovrebbe focalizzare maggiormente l’attenzione?

Il legislatore di domani ha davanti a sé due prospettive. La prima riguarda ciò che il legislatore *può* fare. La sentenza della Corte, infatti, non sembra escludere che l’aiuto al suicidio sia legittimo anche in ipotesi diverse da quelle che ricalchino le caratteristiche del caso preso in esame. Quello che il legislatore potrà fare, quindi, è ragionare sulla eventualità di un’espansione rispetto a quello che ha scritto la sentenza, sulla base ovviamente delle indicazioni della Corte che saranno più chiare con il deposito della motivazione ma che già ora parrebbero, come accennato, non escludere la possibilità che il Parlamento estenda la liceità della condotta, oltre i confini tracciati dalla Corte.

La seconda prospettiva riguarda, invece, ciò che il legislatore *deve* fare. Il Parlamento, infatti, dovrà senza dubbio disciplinare in modo organico la verifica delle condizioni soddisfatte le quali l’aiuto al suicidio sarà rispettoso, se non altro, del bilanciamento di interessi individuato dalla Corte. La traccia già indicata dalla sentenza è quella della legge n. 219 del 2017, le cui disposizioni sull’esame della autodeterminazione e sul consenso informato del malato potranno essere ricalcate, avendo la buona probabilità di un benessere del giudice delle leggi. Un altro punto su cui l’indicazione dei giudici di palazzo della Consulta è netta concerne il coinvolgimento del servizio sanitario nazionale, al fine di controllare i presupposti oggettivi e soggettivi della scelta di porre fine alle proprie sofferenze. Sicché uno degli aspetti su cui il legislatore, ancora una volta, *dovrà* intervenire sarà proprio l’organizzazione di presidi, all’interno di strutture del servizio sanitario nazionale, in grado sia di verificare le condizioni soddisfatte le quali la persona è ammessa alla possibilità di scegliere di concludere la propria ormai insopportabile esistenza, sia di aiutare concretamente la persona a realizzare il proprio proposito.

Tenuto conto di quanto appena precisato, un tema di cui, probabilmente, il legislatore sarà opportuno che si occupi è quello della – già preannunciata – obiezione di coscienza. Sulla questione, di indubbia delicatezza, ci permettiamo un paio di sintetiche osservazioni: anzitutto, se si può comprendere la contrarietà personale di alcuni medici a questo tipo di soluzione, tuttavia nel meccanismo del suicidio assistito non è mai il medico che dà la morte, il medico collabora affinché il suicida sia messo nelle condizioni di non soffrire, e perché sia adempiuta la verifica delle condizioni previste dalla legge.

In secondo luogo, al di là del riconoscimento o meno della possibilità di sollevare in un caso come questo una obiezione di coscienza, incombe senz’altro sulla pubblica amministrazione l’obbligo di predisporre misure tali per cui non si ripetano obiezioni di massa che impediscano l’esercizio di un diritto, come accaduto in passato.

Eventuali considerazioni ulteriori?

L’unica ulteriore considerazione che ci sentiamo di fare è che, al di là del pessimo comportamento del Parlamento, questa è stata una buona prova della nostra democrazia, se non altro perché abbiamo avuto la conferma del fatto che esistono “contropoteri”, rispetto a quello legislativo, che sono in grado di intervenire, con quella intelligenza di cui si diceva, ma anche con successo, nel tenere in equilibrio il sistema, garantendo, in particolare, il riconoscimento dei diritti dell’uomo.

Intervista

— Questioni di fine vita. Intervista a Mario Tantalo

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)*

End of life issues. Interview with Mario Tantalo

Questions regarding impunity for assisted suicide in light of the recent decision by the Constitutional Court (hearing on 25 September last)

di Redazione, Mario Tantalo

Abbiamo chiesto a Mario Tantalo, già Professore di Psicopatologia forense presso l'Università degli Studi di Padova, Medico, Specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni ed in Criminologia Clinica, di illustrarci il suo punto di vista professionale sulla recente statuizione della Consulta in materia di non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate condizioni.

Nel comunicato diffuso dall'ufficio stampa della Consulta il 25 settembre a valle dell'udienza si legge: «la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»¹.

* Lo scorso 25 settembre, la Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per esaminare le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'assise di Milano sull'articolo 580 del Codice penale riguardanti la punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita.

¹ Il comunicato è accessibile a [questo link](#).

Dal Suo punto di vista professionale, quali sono le principali implicazioni della suddetta decisione, sia sotto il profilo teorico sia a livello pratico?

Penso che un problema emerga dalla formulazione della decisione della Corte, che usa l'espressione «o sofferenze psicologiche», sia pure legate ad una «patologia irreversibile».

Se è facile rilevare, determinare e riconoscere oggettivamente la sofferenza fisica, ben più difficile è riconoscere il grado di sofferenza psicologica che non può essere se non specifica per ogni soggetto.

Ad esempio, una grave forma depressiva che si prolunga nel tempo e quindi sia ritenuta dal malato non più “aggredibile” dall'impostazione terapeutica posta in atto, potrebbe spingere il soggetto a richiedere l'aiuto/collaborazione per porre fine alla sua vita. Il che a mio parere esulerebbe dal caso concreto che ci rilancia l'immagine di un soggetto impossibilitato a porre in atto autonomamente il suicidio (un grave stato cachettico o lo stato quasi terminale di una SLA), ma è anche possibile immaginare che «l'esecuzione del proposito di suicidio» sia richiesta solo per procurarsi non già il farmaco “letale” utilizzato nelle cliniche a ciò preposte, ma anche un'arma, delle confezioni farmacologiche, e così via.

E ancora, come può ritenersi «autonomamente e liberamente formato» il proposito suicida in un soggetto affetto non già da una patologia irreversibile, come la SLA, bensì da una patologia psichiatrica altamente invalidante e pertanto anch'essa irreversibile, quale ad esempio una grave forma schizofrenica in cui si presentano alterazioni delle percezioni (uditive, visive, tattili) o depressiva le quali generano sofferenze o gravi alterazioni emozionali?

Si tratta pur sempre di gravi patologie che rientrerebbero nel novero di quelle immaginate dalla sentenza e, mancando un consenso valido, la richiesta di porre fine a quelle sofferenze certamente non dovrebbe essere esaudita, in caso contrario entreremmo nel campo della eugenetica.

Infine non riesco a capire la necessità di una riformulazione dell'art. 580 c. p. in funzione della sola ipotesi di aiutare il malato ad attuare il suicidio richiesto per porre fine alle «sofferenze fisiche» se esiste la possibilità di intervenire con la terapia del dolore che certamente agisce su quei sintomi.

Sotto il profilo pratico ed etico ho il timore che la sentenza abbia posto la prima pietra perché in un prossimo futuro diventi lecita l'eutanasia. A sostegno di questo pensiero c'è un lavoro pubblicato da D.G. Miller e Scott Y.H. Kim sul *British Medical Journal* dell'ottobre 2017², relativo ad una ricerca fatta in Olanda da cui emergono dati in linea con il timore espresso, ovvero che dalla morte assistita volontaria si stia passando a quella involontaria: nel 31% dei casi esaminati sono state individuate violazioni dei principi che regolano il suicidio assistito e primo fra tutti la volontarietà della richiesta ma anche il mancato parere espresso da medici indipendenti come prevede la legislazione.

² D.G. Miller, S.Y.H. Kim, *Euthanasia and physician-assisted suicide not meeting due care criteria in the Netherlands: a qualitative review of review committee judgements*, in *BMJ Open*, 7, 2017, pp. 1 ss.

Marco Cappato, a seguito della pronuncia della Consulta, ha rilasciato, tramite social network, la seguente dichiarazione: «la Consulta ha deciso [...]. Da oggi siamo tutti più liberi».

Qual è la Sua opinione in merito alla suddetta affermazione?

Dalla precedente riflessione emerge, a mio avviso, un uso demagogico della risposta formulata dalla Corte da parte di Marco Cappato. Scegliere di morire quando si voglia è certamente un'espressione, sia pure drammatica, della propria libertà. Ma siamo liberi di aiutare qualcuno a morire se questi ritenga che la propria esistenza sia "invivibile", inutile a sé ed agli altri?

Le scelte sono individuali, lecite o meno, e libere se espressione di una capacità di comprendere la finalità di quella scelta e l'assenza di opzioni diverse. Ma non ritengo che la norma debba proteggere chi aiuti ad attuare una scelta talmente drastica in assenza di un necessario aiuto psicologico che *realmente* sia stato fornito al malato. Ciò che ci ha portato a quella sentenza, e a tutta l'assordante ripercussione massmediatica, è proprio la mancanza dell'aiuto al sofferente, dell'aiuto concreto in termini non solo di terapia del dolore fisico ma anche di terapia del dolore psichico. Ci si sente sollevati dalla responsabilità sociale se si pensa alla drammaticità del singolo caso; ma se ci fosse una reale presa in carico di situazioni patologiche, terminali ma anche non, potremmo avere molti più casi come quelli di Ezio Bosso, direttore d'orchestra in attività, del musicista J. Eli Bocker, di Stefano Borgonovo o dello stesso L. Coscioni che nonostante le sofferenze legate alla sua patologia aveva continuato a fare politica fino alla morte spontanea (crisi respiratoria).

Ritengo ci sia un ulteriore aspetto relativo all'aiuto legittimato al suicidio.

Sembra logico ipotizzare che un tale atto debba e possa realizzarsi in strutture sanitarie mediante la "collaborazione" di un medico e l'uso di specifici farmaci. Al di là della possibilità di un dissenso del sanitario attraverso una possibile obiezione di coscienza (essa è, ad esempio, prevista dal D.D.L. presentato dalla senatrice Cirinnà ed altri suoi colleghi, all'art. 2)³, ne deriverebbe una evidente dicotomia tra il giuramento di Ippocrate⁴ e l'esecuzione della richiesta del paziente: da un lato mandante per la sua morte e dall'altra in attività per mantenere la sua vita e la sua salute.

Ho la sensazione che l'espressione usata da Cappato nasconda una sconfitta sociale ma anche una scorciatoia per "eliminare" elegantemente chi non sia più funzionale al convivio degli uomini perfetti!

Per espressa statuizione formulata dalla Corte costituzionale nel comunicato stampa di cui sopra, la decisione in ordine alla non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate condizioni deve ritenersi valida «nell'attesa di un indispensabile intervento del legislatore» volto a disciplinare la materia del fine vita.

³ Cfr. D.D.L. - Atto Senato n. 1494, *Modifiche all'articolo 580 del codice penale e alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di aiuto medico a morire e tutela della dignità nella fase finale della vita*, presentato in data 17 settembre 2019. Ai sensi dell'art. 2 del presente D.D.L. «[...] si prevede inoltre che la somministrazione del trattamento avvenga nell'ambito del Servizio sanitario nazionale sia presso strutture sanitarie che presso il domicilio del paziente [...]. Si prevede [...] la possibilità di formulare obiezione di coscienza da parte del medico e di personale sanitario».

⁴ Versione moderna: «consapevole dell'importanza e della solennità dell'atto che compio e dell'impegno che assumo [...] GIURO [...] di perseguire come scopi esclusivi la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo della sofferenza, cui ispirerò con responsabilità e costante impegno scientifico, culturale e sociale, ogni mio atto professionale; di non compiere mai atti idonei a provocare deliberatamente la morte di un paziente».

Quali sono, a Suo avviso, i principali aspetti e i profili critici sui quali l'eventuale intervento legislativo dovrebbe focalizzare maggiormente l'attenzione?

È evidente che le mie precedenti riflessioni portano a bypassare la necessità di legiferare ulteriormente sul fine vita.

Esiste già la norma sul testamento biologico e il Legislatore potrebbe puntualizzare meglio gli aspetti della legge n. 219 del 22 dicembre 2017⁵ che in ultima analisi immagina quale debba essere il “comportamento” sanitario nei casi in cui un paziente non sia più in grado di esprimere il proprio consenso per il trattamento previsto: terapia o cure palliative e non certo interruzione della vita.

Eventuali considerazioni ulteriori?

A mio modesto parere il timore che suscita la sentenza è che ci si possa avviare, sia pure in maniera subliminale, verso l'eutanasia (attiva o passiva) magari ammantandola di espressioni “caritatevoli” nei confronti del malato. Questo timore è rafforzato da esperienze passate in cui molto spesso abbiamo avuto sentenze creative che con il tempo sono divenute fonte di prassi procedurale. La creatività in questo campo potrebbe divenire funzionale ad una società elitaria in cui il grave disabile oltre a creare problemi economici legati alla necessità della sua sopravvivenza, ne abbassi il valore ed induca alla sua eliminazione creando lo spazio per la eugenetica.

È pur vero che siamo in una società laica in cui predomina l'uomo come essere libero ma ritengo che le nostre radici cristiane non possano essere cassate da una norma formulata da una *élite* di uomini di legge che sembrano privilegiare l'aspetto laicale su quello cristiano in nome di una presunta libertà che di fatto non si realizza. D'altra parte, è anche ineludibile che in un consesso sociale sia imprescindibile il rispetto dell'opinione altrui anche se essa dissenta dalla propria.

⁵ L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.*

Riflessione

— Scienza e diritto si incontrano alla ricerca dell'uomo

La Corte di cassazione (Sez. I, 11607/2018) apre a una nuova considerazione del giovane adulto che delinque

Science and law meet in the search for man

The Court of cassation (Section I, 11607/2018) opens up a new consideration for the young offender

di Giulia Giglio Sarlo

Abstract. *La Corte di cassazione, invertendo il suo orientamento precedente, ha riconosciuto che le facoltà cognitive non si perfezionano al compimento della maggiore età, ma sono ancora in fase di sviluppo e maturazione insieme alle competenze sociali e affettive almeno fino ai 20 anni di età. Questo riconoscimento impone al giudice una particolare attenzione nella graduazione della pena per i giovani adulti che delinquo.*

Abstract. *The Court of cassation, reversing its previous orientation, acknowledged that cognitive faculties are not perfected at the age of majority, but they are still in the process of development and maturation together with social and affective skills at least up to 20 years of age. This statement requires the judge to pay particular attention to the gradation of the penalty for so called young offenders.*

SOMMARIO: 1. La storia. – 2. La pregressa giurisprudenza di legittimità. – 3. La più recente decisione della Corte di Cassazione e il cambio di prospettiva. – 4. L'epilogo. – 5. La scienza e il giudice. – 6. Le neuroscienze e il giudice. – 7. Conclusione.

SUMMARY: 1. The story. – 2. The previous jurisprudence. – 3. The most recent decision by the Court of cassation and the change of perspective. – 4. The epilogue. – 5. Science and the judge. – 6. Neuroscience and the judge. – 7. Conclusion.

*«Alle volte uno si crede completo
ed è soltanto giovane»*

I. Calvino, *Il visconte dimezzato*

*«La gioventù non sa quel che può,
la maturità non può quel che sa»*

J. Saramago, *La caverna*

1. La storia.

Sul finire del 2014 **tre ragazzi appena maggiorenni compiono un omicidio in concorso tra loro.**

È una brutta storia, di quelle che solitamente non stimolano alcun'empatia nell'accusatore e nel giudice e provocano disagio anche al difensore.

Il fatto è pluriaggravato: accuratamente pianificato, compiuto per motivi abietti e con abuso di relazioni domestiche (gli autori vogliono sbarazzarsi della vittima, zio di uno di essi, cui contestano di intromettersi nella loro vita e nella loro "tana" con disturbi e molestie), eseguito con crudeltà e approfittando della minorata condizione della vittima (questi, disabile con una rilevante compromissione intellettiva, viene colpito ripetutamente con una mazza da baseball e l'aggressione continua anche quando cade a terra privo di sensi).

Come non bastasse, dopo l'aggressione mortale i tre avvolgono il cadavere in sacchi di plastica e lo gettano in un fiume nella vana speranza di allontanare i sospetti da se stessi.

Segue la loro incriminazione per omicidio e occultamento di cadavere e tutti scelgono di essere giudicati nelle forme del rito abbreviato.

Dinanzi al GUP l'esito è differenziato.

Il nipote della vittima, cioè l'imputato che nel capo di imputazione viene definito «autore principale del progetto di aggressione e delle sue micidiali modalità», ottiene la concessione delle circostanze attenuanti generiche (in conseguenza del suo contributo alla ricostruzione dei fatti) e il riconoscimento della loro equivalenza al complesso delle aggravanti e viene condannato alla pena di diciassette anni e quattro mesi di reclusione.

Gli altri due concorrenti non sono considerati meritevoli di alcuna attenuazione e vengono condannati a trent'anni di reclusione.

La sentenza di primo grado è impugnata da tutti gli imputati.

La Corte di assise di appello esclude l'aggravante dei motivi futili e concede a un altro imputato le attenuanti generiche, rideterminando la sua pena nella stessa misura già riconosciuta al nipote della vittima.

Il terzo imputato non ottiene invece alcun miglioramento della sua posizione e la sua pena rimane confermata in trent'anni.

In particolare, il motivo d'appello legato alla sua giovanissima età e all'opportunità di mitigare la pena per l'incompleto sviluppo psicofisico che ne deriva non trova accoglimento perché la condizione anagrafica, al pari dell'incensuratezza, è solo «un dato meramente formale».

Neanche questa seconda decisione soddisfa gli imputati che ricorrono quindi per cassazione.

2. La pregressa giurisprudenza di legittimità.

Al momento della trattazione del ricorso, è radicato un indirizzo interpretativo, interamente ascrivibile alla prima sezione penale della Suprema Corte, che non riconosce alcun rilievo autonomo alla questione dei “giovani adulti” e non intravede alcun sospetto di illegittimità costituzionale nell'art. 72 c.p. nella parte in cui consente l'irrogazione dell'ergastolo anche a costoro.

Talmente radicato da essere talvolta declinato con poche e sbrigative espressioni¹.

La sostanza non cambia anche quando i ricorsi propongono argomentazioni più ampie e le decisioni sono più dettagliatamente motivate.

Così è per la decisione n. 13051/2015 che argomenta sulla portata circoscritta della sentenza n. 168/1994 della Consulta la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. poiché consente l'applicazione dell'ergastolo ai minorenni imputabili ma non ha concesso alcun'analogo apertura a favore dei giovani adulti.

La stessa decisione nega poi valore di principio generale ordinamentale a «sia pure limitati, benefici, quali, ad esempio, un ampliamento del limite di pena per la sospensione condizionale (art. 163, comma 3, c.p.) ovvero la permanenza nell'istituto penale minorile, qualora condannati come minorenni» sicché

«la tutela dell'infanzia deve, quindi, necessariamente attestarsi su **un limite certo di età** e non appare **né irragionevole né in contrasto con tale tutela** il fatto che il legislatore ne abbia fissato il limite al **compimento della maggiore età**, che rappresenta per il soggetto l'ingresso nella età adulta con il conseguimento di tutti i diritti, ma anche di tutti i doveri e di tutte le responsabilità che ciò comporta»².

La sentenza n. 34111/2015 arriva alle stesse conclusioni riguardo ad una diversa richiesta difensiva, concernente la possibilità in sede esecutiva di modificare e sostituire con altra pena di durata temporanea l'ergastolo, se inflitto a soggetto che al momento del fatto di reato era maggiore di età ma infraventicinquenne.

¹ In Cass. pen., sez. I, sent. 35514/2014, si legge ad esempio che «è manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 72 cod. pen. – in relazione agli artt. 17 e 22 stesso codice – per contrasto con gli articoli 27 comma terzo e 31 comma secondo della Costituzione, laddove si prevede l'irrogazione della pena dell'ergastolo a soggetti “quasi minorenni” (cioè di età compresa tra il diciottesimo ed il ventunesimo anno), atteso che il “giovane adulto” rientra comunque tra i soggetti i quali hanno raggiunto la maggiore età, che rappresenta il limite oltre il quale il soggetto consegue tutti i diritti e tutti i doveri e le responsabilità connesse con l'età adulta».

² La presente pronuncia della Suprema Corte, così come le ulteriori citate nel prosieguo del presente paragrafo, è liberamente scaricabile dal sito *web* istituzionale della Corte di cassazione, accedendo alla sezione “Per il cittadino” e di lì alla successiva *sezione “Sentenze web”*, utilizzando gli opportuni filtri di ricerca.

Il collegio di legittimità fa leva anzitutto sul principio di legalità della pena, osservando che

«la pretesa di ottenere la sostituzione della pena perpetua con altra temporanea non si sostanzia nell'indicazione di una specifica sanzione di natura e durata determinate, come tale applicabile dal giudice dell'esecuzione, né della fonte normativa che preveda tale trattamento punitivo. Il rilievo è già in sé dirimente, in quanto la prospettazione difensiva rimette al giudice investito della domanda un potere di intervento decisorio creativo della sanzione, non ricavabile dall'ordinamento giuridico, che confligge irrimediabilmente col principio di legalità della fattispecie penale e della pena».

L'ovvio postulato giustificativo è che **l'ergastolo non è mai una pena illegittima se irrogato ad un maggiorenne, quale che sia la sua età.**

Questa conclusione non è indebolita dalla previsione contenuta nell'art. 5 della legge 117/2014 da cui discende che le misure cautelari, le misure alternative, le sanzioni sostitutive, le pene detentive e le misure di sicurezza di cui siano destinatari adulti di età compresa tra 21 e 25 anni di età si eseguono secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni, fatta eccezione per i casi in cui si ravvisino esigenze specifiche di prevenzione e tutela della sicurezza.

Si tratta infatti, ad avviso del collegio, di una norma di portata limitata alla fase esecutiva da cui non possono farsi discendere significati ed effetti che oltrepassino il suo ambito proprio.

In sostanza, la tutela dell'infanzia e della gioventù in ambito penale è adeguatamente assicurata dai già esistenti benefici penitenziari nella fase esecutiva e dalla possibilità di concessione delle attenuanti generiche nella fase cognitiva.

Nessun argomento ostativo può essere poi desunto dalla giurisprudenza dei giudici europei dei diritti umani.

A conclusioni completamente sovrapponibili e sulla medesima questione perviene la successiva sentenza n. 46219/2016.

3. La più recente decisione della Corte di Cassazione e il cambio di prospettiva.

In questo contesto di netta chiusura si inserisce il ricorso di colui che, per comodità identificativa, si continua a chiamare il terzo imputato: il giovane adulto che, alla solitudine propria di chi deve fare i conti con un gesto così efferato e insensato ed è doverosamente chiamato a risponderne, aggiunge quella connessa a una posizione processuale isolata e differenziata in negativo da tutte le altre.

Eppure, la Suprema Corte smentisce le previsioni della vigilia e, all'interno di una decisione che rigetta ogni altro motivo di ricorso, ne accoglie solo uno, proprio quello di quel giovane, proprio in relazione alla sua giovinezza.

In netto contrasto con la decisione della Corte territoriale, il collegio afferma che **«la giovanissima età non rappresenta un dato meramente formale né tanto meno neutro»³.**

Osservazione che immediatamente dopo viene così spiegata:

³ Cass. pen., sez. I, sent. n. 11607/2018, in allegato.

«**le facoltà cognitive** non si perfezionano al compimento della maggiore età, ma sono **ancora in fase di sviluppo** e maturazione insieme alle competenze sociali e affettive almeno **fino ai 20 anni di età**».

Si cita a questo punto la Raccomandazione n. 20/2003 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa⁴ che ha consigliato agli Stati membri l'adozione di regole tali per cui

«il grado di colpa dovrà essere precipuamente legato all'età ed alla maturità del responsabile, e corrispondere meglio allo stato di sviluppo di questi, mentre le sanzioni penali andranno applicate in parallelo al livello ed all'entità della sua responsabilità individuale [...] per tener conto dell'allungamento del periodo di transizione verso l'età adulta, dovrà essere possibile che i giovani di meno di 21 anni siano trattati in modo equiparabile a quello degli adolescenti, e che essi formino oggetto dei medesimi interventi, se il giudice ritenga che non siano maturi e consapevoli delle loro azioni come dei veri adulti».

Si fa ulteriore riferimento alla norma di favore per i maggiorenni infraventunenni contenuta nell'art. 163 c.p. in materia di sospensione condizionale della pena e all'art. 1 comma 85 n. 3 della legge 203/2017 che ha delegato al Governo l'estensione ai detenuti giovani adulti della disciplina penitenziaria prevista per i minorenni.

Si constata infine l'illogicità e l'inadeguatezza della sentenza impugnata laddove concede le attenuanti generiche al concorrente che è emerso come l'ideatore, l'ispiratore e l'istigatore del brutale delitto e le nega al correo senza giustificare in modo plausibile questa vistosa disparità di trattamento.

La soluzione è obbligata: la decisione della Corte territoriale è annullata con rinvio per una nuova, e questa volta plausibilmente motivata, deliberazione in punto di attenuazione della pena.

4. L'epilogo.

La Corte di assise di appello⁵ chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio condivide le indicazioni della Cassazione.

Rivaluta il contributo offerto dallo specialista psichiatra del penitenziario in cui è detenuto il giovane adulto, a giudizio del quale questi aveva una personalità fragile e psicologicamente dipendente ed era nient'altro che un soggetto immaturo, desideroso di mettersi in mostra agli occhi dei suoi coetanei.

Soprattutto, ritiene che

«pur non potendo **la giovane età** costituire in nessun caso una sorta di “giustificazione” o lasciapassare per comportamenti di particolare violenza, è pur vero che alla stessa **si accompagna abitualmente** nell'agente **una minore consapevolezza del disvalore delle proprie azioni**, nonché una più **ridotta capacità di tenere a freno le proprie pulsioni**».

⁴ Il testo è scaricabile in lingua italiana [al presente indirizzo web](#).

⁵ C. Ass. App. Milano, Sez. I, sent. n. 2018/20 del 16 maggio 2018, inedita e qui allegata.

I giudici di appello concedono quindi le attenuanti generiche, dichiarandole equivalenti alle aggravanti, e la pena viene rideterminata nella stessa misura applicata agli altri imputati.

La storia rimane una brutta storia, brutale e insensata, e non potrebbe essere altrimenti.

Ai suoi artefici, e tra questi al terzo imputato di cui si parla in questo scritto, viene presentato il conto ed è salato, come è giusto che sia.

Eppure, in conseguenza del passaggio in Cassazione, **qualcosa di nuovo è avvenuto** nella storia umana e giudiziaria di quel giovane.

Senza dimenticare l'orrore del suo gesto, **gli si è restituita un po' di umanità**, si è ascoltata con più attenzione la voce di chi conduce le attività trattamentali carcerarie, **si sono gettate le basi per un percorso rieducativo** che eviti la trasformazione di un essere umano in un vuoto a perdere.

Potrebbe sembrare una rivoluzione, e in effetti nel giudizio in esame lo è stata, **ma è solo il finalismo rieducativo della pena**.

Conforta che tale principio, sempre più spesso relegato sullo sfondo dalla legislazione di questi anni, sia invece ben presente e adeguatamente valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale, specialmente quella più recente.

Si pensa alla sentenza 149/2018⁶ emessa dalla Consulta in esito ad una questione posta dal Tribunale di sorveglianza di Venezia che ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, legge 354/1975 (Ordinamento penitenziario) nella parte in cui esclude dai benefici previsti dal suo art. 4-*bis*, comma 1, i condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione che abbiano causato la morte del sequestrato.

La Corte, dopo un'ampia ricognizione della normativa di riferimento, ha evidenziato la disparità svantaggiosa, che si traduce nella condizione peggiore possibile tra quelle configurate dal legislatore, riservata in sede esecutiva a questi individui: soggetti alle limitazioni di accesso ai benefici penitenziari (esclusa la liberazione anticipata che per un ergastolano è comunque, se così si può dire, un obiettivo di lungo periodo e inizialmente assai astratto) previste dal citato art. 4-*bis*, comma 1, fatta eccezione per il caso di collaborazione con la giustizia o, in alternativa, quando la collaborazione sia impossibile o irrilevante (art. 4-*bis*, comma 1-*ter*); ulteriormente limitati dall'art. 58-*quater*, comma 4-*quater* che li esclude ugualmente dai benefici elencati nell'art. 4-*bis*, comma 1, compresi coloro che avessero già collaborato o che non fossero utilmente in grado di farlo, prima di avere scontato almeno 26 anni di reclusione.

Una differenza che la Consulta stigmatizza con queste parole:

«**l'appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni** per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* ordin. penit. **si pone [...]** **in contrasto con il principio** – sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – **della "progressività trattamentale e flessibilità della pena"** [...] ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco

⁶ Il testo della sentenza è reperibile a questo [link](#).

dell'esecuzione della pena. Tale principio si attua, nel disegno della legge sull'ordinamento penitenziario, nell'ambito di un percorso ideale le cui prime tappe sono rappresentate dall'ammissione al lavoro all'esterno e dalla concessione di permessi premio, volti questi ultimi a stimolare la «regolare condotta» del detenuto, attestata dall'aver questi manifestato «costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali» [...] Il percorso di progressivo reinserimento sociale dell'ergastolano prosegue poi, in caso di esito positivo di questi primi esperimenti, con la sua ammissione al più incisivo beneficio della semilibertà [...] ed è destinato ad avere il suo culmine nella concessione della liberazione condizionale [...] La disciplina in questa sede censurata sovverte irragionevolmente questa logica gradualistica [...] A tale profilo di irragionevolezza intrinseca della disciplina nel prisma della funzione rieducativa della pena denunciato dal giudice rimettente può, d'altra parte, aggiungersi l'ulteriore considerazione che la disposizione censurata, sterilizzando ogni effetto pratico delle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni, riduce fortemente, per il condannato all'ergastolo, l'incentivo a partecipare all'opera di rieducazione, in cui si sostanzia la ratio dello stesso istituto della liberazione anticipata (sentenze n. 186 del 1995 e n. 276 del 1990) [...] Un terzo profilo di irragionevolezza intrinseca della disposizione censurata, in relazione alla necessaria finalità rieducativa della pena, deve infine essere rilevato. Il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari da essa stabilito per i condannati all'ergastolo impedisce al giudice qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato all'ergastolo durante l'esecuzione della pena stessa, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna. Tale automatismo – e la connessa impossibilità per il giudice di procedere a valutazioni individualizzate – contrasta però con il ruolo che deve essere riconosciuto, nella fase di esecuzione della pena, alla sua finalità di rieducazione del condannato; finalità ineliminabile (sentenza n. 189 del 2010), che deve essere sempre garantita anche nei confronti di autori di delitti gravissimi, condannati alla massima pena prevista nel nostro ordinamento, l'ergastolo (sentenza n. 274 del 1983) [...] **Una volta che il condannato all'ergastolo abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore, e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari possono dunque legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine specialpreventivo – sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato –; valutazioni, queste ultime, che non potrebbero del resto non riverberarsi negativamente sulla stessa analisi del cammino di risocializzazione compiuto dal condannato stesso, e che per questo motivo possono ritenersi coerenti con il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena** [...] Incompatibili con il vigente assetto costituzionale sono invece previsioni, come quella in questa sede censurata, che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati – i quali pure abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione, e rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale individuati dallo stesso legislatore nell'art. 4-bis ordin. penit. – in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati [...] Tutto ciò in piena coerenza con gli approdi interpretativi cui è recentemente pervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo [...] E in piena coerenza, soprattutto, con l'assunto – sotteso allo stesso art. 27, terzo comma, Cost. – secondo cui **la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento**».

Sulla base di queste complessive argomentazioni, la Consulta ha accolto la questione e dichiarato incostituzionale l'art. 58-*quater*, comma 4, o. p. nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il reato di cui all'art. 630 c.p. che abbiano causato la morte del

sequestrato ed ha esteso la pronuncia ai condannati all'ergastolo per sequestro di persona compiuto per finalità terroristiche o eversive che abbiano causato la morte del sequestrato.

È una pronuncia importante, la cui influenza va ben oltre il suo oggetto immediato poiché ricorda a un legislatore più che disattento che la pena e la sua esecuzione, se concepite in chiave esclusivamente afflittiva, se incoerenti alla finalità rieducativa, se dimentiche dell'uomo che le patisce, perdono senso e legittimazione⁷.

Sembra inserirsi nella stessa scia la decisione, assunta in esito alla camera di consiglio del 23 ottobre 2019, con cui la stessa Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. là dove impedisce che per i reati in esso indicati siano concessi permessi premio ai condannati che non collaborano con la giustizia.

Nella nota stampa diffusa nell'immediatezza⁸, la Corte ha ritenuto di sottolineare che il profilo di incostituzionalità consiste nell'impossibilità di concessione del beneficio «anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo».

La finalità rieducativa funge dunque da preziosa e imprescindibile barriera contro ogni automatismo normativo che assegni alla fase esecutiva della pena scopi puramente afflittivi. Si restituisce al tempo stesso alla magistratura di sorveglianza il potere/dovere di valorizzare l'effettività della rieducazione, una volta verificata con metodologie rigorose e previo ascolto delle autorità in possesso di informazioni qualificate sul percorso seguito dal detenuto.

5. La scienza e il giudice.

Come si è visto, i giudici di legittimità hanno sovvertito consapevolmente – «è peraltro ben nota al Collegio la giurisprudenza di questa Corte» – un indirizzo interpretativo che da anni a questa parte sembrava immutabile.

La motivazione della sentenza 11607/2018 offre chiarissimi indizi della ragione del cambiamento allorché individua nella «scienza più moderna» e nelle «recenti acquisizioni scientifiche» le fonti della nuova consapevolezza circa l'incompleto sviluppo psichico dei giovani adulti.

Il giudice di legittimità apre dunque alla scienza, in quella sua particolare declinazione costituita dalle neuroscienze.

⁷ Si rinvia, per un significativo commento della sentenza 149/2018, a E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo e di rieducazione del condannato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018. Se ne riporta il passaggio finale: «per la Corte costituzionale, dall'art. 27 co. 3 Cost. discende il vincolo per il legislatore ordinario a prevedere istituti che incentivino il condannato a pena detentiva (temporanea o perpetua) a intraprendere un percorso di rieducazione e nel contempo consentano al giudice di verificare i progressi compiuti dal condannato in tale percorso. Oggi, come è noto, forze politiche di maggioranza, sotto lo slogan – grossolanamente manipolato – della certezza della pena, invocano l'esigenza di pene immodificabili *in itinere*, si propongono di realizzare controtiforme dell'ordinamento penitenziario che facciano piazza pulita di ogni misura premiale, così da assicurare, come si è sentito dire in campagna elettorale, che “chi deve fare vent'anni di galera ci resti vent'anni”. In questo contesto, il segnale trasmesso dalla Corte costituzionale acquista una rilevanza diversa rispetto a quella che avrebbe avuto in passato: suona come un monito a difesa, per l'oggi e per il domani, di un diritto penale che faccia salvi fondamentali principi di civiltà».

⁸ Il comunicato è disponibile a [questo link](#).

Verrebbe da considerarlo un fatto normale, addirittura fisiologico, ma in realtà questa normalità è un punto d'approdo da conquistare faticosamente piuttosto che uno scontato punto di partenza.

L'incontro tra il giudice e la scienza, pure inevitabile, richiede infatti che vi siano sufficienti chiarezza e consenso su plurime questioni.

Cosa sia la scienza e se le si possa riconoscere la caratteristica dell'infallibilità, quale sia il modo migliore per farla entrare nel giudizio, come debba servirsene il giudice, se infine lo stesso giudice sia un semplice consumatore di scienza o concorra a crearla in uno dei tanti modi possibili: definendo le procedure per la sua manifestazione nel giudizio, delimitando il campo da esplorare, imprigionandola nelle categorie giuridiche, stabilendo la demarcazione tra buona e cattiva scienza, attribuendo ai suoi risultati il significato che ritiene più congruo, traendo da quei risultati le conseguenze che gli sembrano preferibili.

Ognuno di questi temi e ognuna delle variabili che gli si possono associare sono stati e sono ben lontani dalla definitività sulla quale piacerebbe contare e meriterebbero autonomi approfondimenti qui impossibili.

Non si rinuncia tuttavia a mettere a fuoco il concetto che pare contare sul maggiore consenso.

Esso riguarda l'essenza stessa della scienza e del suo prodotto ultimo, la conoscenza.

Si sono manifestate storicamente e ancora sono in campo due posizioni estreme: quella che attribuisce alla scienza la capacità di fornire risposte invariabilmente esatte, quella che invece la ridimensiona al ruolo di una semplice prospettiva, una tra le tante possibili.

Nella consapevolezza contemporanea, tuttavia, sembra decisamente prevalere una posizione mediana che muove da un presupposto impossibile da ignorare e confutare: la scienza non ha una sua forza intrinseca poiché possiede solo quella degli uomini che la concepiscono e la praticano.

È quindi, a tutti gli effetti, un prodotto umano e conosce come tale l'arbitrio e la fallibilità propri dell'uomo.

Al tempo stesso, e senza che in questo vi sia contraddizione, la scienza, con tutto il suo relativismo, è indispensabile all'uomo che vuole conoscere se stesso e il mondo di cui è parte ed è in pari misura il migliore antidoto ad oggi disponibile contro derive ideologiche ed etiche di ogni tipo e contro la tentazione del giudice di farsi esso stesso ed impropriamente produttore di scienza⁹.

⁹ Viene in mente il pensiero espresso da L. Santa Maria in una serie di scritti, tutti pubblicati su *Diritto penale contemporaneo* tra il 2017 e il 2018, e precisamente: *Piccolo manifesto per un programma di idee sul diritto e il processo penale*, 7 febbraio 2017, *La verità*, 1 marzo 2017, *Il falso nella causa del diritto penale*, 20 marzo 2017 e, più di recente, *La mia idea di una scienza del diritto penale, prima parte*, 26 marzo 2018. Così si legge nel *Piccolo Manifesto*: «anche la scienza ha i suoi problemi. Nel secolo scorso è stata investita da una crisi scettica imponente. Popper, liquidando il positivismo logico, paragona la base empirica della scienza ad una palude dove la palafitta conficca i pali che la tengono sopra l'acqua. Lo scientismo è un'altra ideologia da cui guardarsi. Non abbiamo, però, nulla di meglio della scienza per conoscere il mondo e chi siamo noi». E ancora, nel *Falso nella causa*: «nelle partite la cui decisione implica la conoscenza di come "le cose stanno nel mondo", tra diritto e scienza, vince la scienza, sempre». L'elaborazione di Santa Maria è proseguita con *La mia idea di una scienza del diritto penale*: «abbiamo davvero qualcosa di meglio della scienza, per capire la realtà del mondo e dell'uomo? Il senso comune? Il senso comune, cioè il sistema di credenze, probabilmente innato, che è plasmato e strutturato dal linguaggio naturale, che, per milioni di anni ci ha fatto da bussola per sopravvivere nel mondo,

La scienza non equivale quindi necessariamente alla verità ma è sicuramente il miglior metodo a disposizione di chi la sta cercando.

Così come aveva intuito Bertolt Brecht per il quale
«scopo della scienza non è tanto quello di aprire una porta all'infinito sapere, quanto quello di porre una barriera all'infinita ignoranza»¹⁰.

Queste considerazioni giustificano e anzi impongono una conclusione.

Non è sufficiente al giudice avere un rapporto, quale che sia, col sapere scientifico poiché questo, al pari di ogni altro sapere, è e deve essere uno strumento immanente del giudizio e di chi ne ha la responsabilità.

Se quest'immanenza manca, **il giudice si sta per ciò stesso ritraendo dal mondo, condannandosi a non comprenderne i mutamenti** e relegandosi in un ruolo marginale.

Ancora più nettamente, **il giudice senza saperi è un non giudice.**

Il che non equivale affatto ad attualizzare la vecchia e stantia formula del giudice *peritus peritorum*, ammesso che abbia mai avuto un senso.

Significa esattamente il contrario: **il prodotto giurisdizionale**, pur ascrivibile formalmente al giudice che ne assume la responsabilità, è **sempre e comunque un concerto in cui si fondono esperienze e saperi che non devono appartenergli per mestiere** ma di cui il giudice deve conoscere l'esistenza e apprezzare l'importanza.

Perché un fatto è certo: **la giurisdizione è arrogante e povera ogni qualvolta non sappia resistere a visioni autoreferenziali** che attribuiscono al giudizio e al suo risultato, quali che siano, una capacità di autolegittimazione che in realtà non posseggono affatto.

Conforta che **a conclusioni del genere sia pervenuta anche la Corte Costituzionale**, valorizzando in particolare il canone della ragionevolezza scientifica¹¹.

fallisce quasi sistematicamente al cospetto della scienza. Tra senso comune e scienza, per quanto accese siano le discussioni, è più probabile che vi sia un rapporto di discontinuità profonda piuttosto che di lenta evoluzione. [...] La scienza è fatta dall'umiltà dell'uomo che, ad un certo momento dell'evoluzione, prende coscienza di non sapere e di voler sapere e – inventando il metodo della scienza – vuole poter esser umanamente certo di sapere. Scienza è davvero un grande straordinario bagno d'umiltà dell'uomo. È poi imprescindibile il pensiero di Giovanni Fiandaca, espresso da ultimo in *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, ma ben presente da anni nella riflessione complessiva del giurista siciliano, in particolare ne *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, (a cura di S. Costantino e C. Rinaldi), Sigma Edizioni, 2004. Nella *Prima lezione* Fiandaca si schiera a favore della prospettiva dialogica tra diritto e "saperi empirici" per due essenziali ragioni: «la corrispondenza tra i presupposti della responsabilità e i corrispondenti riferimenti scientifici [...] è preferibile per ragioni di garanzia individuale»; «è, nel contempo, funzionale ad un potenziamento della capacità di resa del diritto penale quale strumento effettivo, e non soltanto simbolico, di contrasto della criminalità»; nondimeno «gli apporti conoscitivi delle scienze di volta in volta coinvolte non possono risultare automaticamente risolutivi: al giudice, e più in generale al giurista (e prima ancora al legislatore), spetta infatti pur sempre il compito di stabilire quale tipo di rilevanza i dati scientifici assumano ai fini di decisioni (legislative o giudiziarie) da prendere, in ultima istanza, in base agli scopi e ai canoni della coercizione penale. Che la valenza "giuridica" attribuibile alle conoscenze fornite dagli esperti non sia questione di competenza di questi ultimi, è d'altra parte ben comprensibile: sono infatti in giuoco giudizi di valore a vari livelli, e delicati bilanciamenti tra esigenze di tutela in conflitto o in concorrenza, che, come tali, esulano dalla tendenziale "neutralità" valutativa degli scienziati e competono, invece, ai legislatori e agli operatori del diritto» (pp. 112 ss.).

¹⁰ B. Brecht, *Vita di Galileo*, Einaudi, 2005, cap. IX, p. 43.

¹¹ Per una riassunzione complessiva e come prezioso riferimento per le decisioni citate nello scritto e l'individuazione dei passaggi motivazionali di maggiore rilievo sul canone della ragionevolezza scientifica, si rinvia a G. Ragone, *Scienza e diritto nell'argomentazione costituzionale*, GDP (Gruppo di Pisa), 18 settembre 2015, consultabile a questo indirizzo [web](#). Sugli stessi temi,

Di particolare interesse è la sentenza 282/2002 in cui la Consulta affermò il principio generale secondo il quale **ogni decisione legislativa fondata su indicazioni scientifiche** deve essere il frutto di un **adeguato e quindi ragionevole bilanciamento** tra acquisizioni scientifiche «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero» e gli scopi che il legislatore si prefigge, bilanciamento che richiede «un serio dialogo tra *risk managers* (i decisori politici) e *risk assessors* (gli organi dotati di competenze tecnico-scientifiche)»¹².

Un principio, questo, già coniato dalla sentenza 185/1998 emessa in relazione al protocollo di cura messo a punto dal Prof. Di Bella¹³.

La tendenza proseguì con la decisione 151/2009, una delle tante che ha rilevato profili di illegittimità costituzionale della legge 40/2004 sulla procreazione assistita. In questo caso, come in altri analoghi interventi successivi, la Consulta stigmatizzò l'assenza di un'adeguata considerazione legislativa delle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica», aggiungendo che

«ridurre la fecondazione assistita ad un modello unico, valido per tutte le situazioni concrete che si presentano alla attenzione dei medici, equivarrebbe ad obliterare completamente quelle che sono le acquisizioni scientifiche, le quali indicano come i plurimi fattori che afferiscono alla coppia genitoriale incidono sulla scelta del trattamento da attuare».

Anche in questi ultimi anni la Corte ha continuato a confrontarsi con temi scientifici e non ha smesso di servirsi del canone della ragionevolezza.

Lo ha fatto con la sentenza 162/2014 che ha reso possibile le tecniche di fecondazione tramite l'uso di gameti donati da soggetti terzi rispetto alla coppia donataria, osservando in particolare che la concezione legislativa del diritto alla salute espressa nella legge 40 era scientificamente inadeguata e che

«un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, [...] deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche [...], anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica».

L'aspetto forse più interessante di questa decisione sta nell'opinione che

«le acquisizioni scientifiche non sono più soltanto evidenze che non possono essere contraddette ma anche, forse soprattutto, strumenti per lo sviluppo delle libertà dell'individuo, [nel senso che] la persona e i diritti fondamentali conoscono una profonda, e forse irresistibile, trasformazione di fronte alle acquisizioni della scienza e della tecnica»¹⁴.

si rimanda inoltre a M. D'Amico, *Le questioni eticamente sensibili, tra scienza, giudici e legislatori*, Forum costituzionale, 2015, consultabile sul web [al presente indirizzo](#).

¹² G. Ragone, *Scienza e diritto*, cit., p. 13, nt. n. 57.

¹³ Luigi Di Bella (1912-2003), medico e docente di fisiologia umana all'Università di Modena, a partire dal 1963 si dedicò a ricerche sul cancro, cui seguirono la sperimentazione su pazienti e la messa a punto di un protocollo terapeutico, la cosiddetta "cura Di Bella", incentrato sulla somministrazione di un complesso di farmaci, ormoni e vitamine. Per un certo periodo il protocollo, sebbene non validato da alcuna sperimentazione scientifica ufficiale, suscitò interesse e speranza tra i pazienti oncologici, alcuni dei quali, non potendo sostenere l'elevato costo della cura si rivolsero all'autorità giudiziaria perché obbligasse le aziende sanitarie ad erogare gratuitamente i suoi componenti, specialmente la somatostatina, un ormone estratto da vari organi umani. Seguirono due sperimentazioni, una della Commissione oncologica nazionale e un'altra della Commissione unica per i farmaci. Entrambe arrivarono alla conclusione che mancava qualsiasi evidenza dell'efficacia antitumorale della somatostatina e dell'intera terapia.

¹⁴ A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, reperibile sul web [a questo indirizzo](#).

Di poco successiva è stata la sentenza 96/2015, anch'essa sulla legge 40/2004, la cui pertinenza ai temi qui trattati deriva dall'affermazione che è compito del legislatore

«introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili».

Il che equivale a dire che

«un'opzione legislativa, la quale non offra la massima possibilità d'accesso alle più sofisticate tecniche procreative che il progresso scientifico mette a disposizione (con tutto ciò che esse comportano in termini di salute psico-fisica per la coppia che desideri ricorrere ad esse), sarà da considerarsi scientificamente irragionevole»¹⁵.

E dunque «**la libertà della politica legislativa trova un limite [...] nella scienza**, al cui progredire deve corrispondere un **aggiornamento della regolazione della materia de qua**»¹⁶.

Di poco precedente è stata invece la sentenza 274/2014 sul cosiddetto trattamento Stamina e sulla possibilità di sottoporvi i pazienti che lo avessero richiesto dopo l'entrata in vigore del decreto-legge 24/2013 emesso dal Governo appunto allo scopo di impedire, dopo l'acquisizione di plurimi pareri negativi dell'Agenzia italiana del farmaco e di due ulteriori comitati di esperti, che a quel trattamento potessero essere ammessi nuovi pazienti.

Gli scienziati chiamati a pronunciarsi avevano affermato concordemente che i metodi Stamina non consentivano neanche l'avvio della sperimentazione clinica, non garantendo la sicurezza dei pazienti che vi si sarebbero dovuti sottoporre.

La Consulta, chiamata a chiarire se fosse ragionevole la differenza di trattamento tra i pazienti che avevano potuto sottoporsi al metodo Stamina poiché avviato prima del decreto-legge 24 e quelli che non avevano avuto analoga possibilità in conseguenza della sua entrata in vigore, non ha ravvisato alcun vizio di illegittimità, poiché

«allo stato, la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014, nelle more del presente giudizio».

Il giudice delle leggi pretende dunque dal legislatore che l'esercizio della sua funzione tipica avvenga nella piena consapevolezza e valorizzazione delle acquisizioni scientifiche.

Se questo obbligo è imposto al legislatore, **non c'è alcuna plausibile ragione perché ad esso possa sottrarsi il giudice.**

6. Le neuroscienze e il giudice.

¹⁵ G. Ragone, *Scienza e diritto*, cit. p. 17.

¹⁶ A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, cit., par. 11, p. 6.

Il diverso orientamento adottato dalla sentenza che ha dato spunto a questo scritto è frutto della valorizzazione di saperi scientifici tra i quali hanno un peso preponderante quelli neuroscientifici¹⁷.

Non è stato un esordio assoluto poiché le neuroscienze sono entrate più volte nel raggio di attenzione della Suprema Corte.

Così è avvenuto nella sentenza 12204/2014 della quinta sezione penale.

Il ricorrente lamentava la mancata concessione delle attenuanti generiche a fronte di un disturbo della personalità con tratti paranoide, narcisistici e antisociali. Il collegio ha disatteso il gravame

«trattandosi di caratteristiche attinenti esclusivamente alla personalità dello stesso imputato, comportanti la disarmonia nelle modalità di interazione, nel suo modo di essere e di reagire agli eventi, senza tuttavia determinare una menomazione della funzione volitiva e del controllo degli impulsi, tale da non consentire di regolare le azioni aggressive poste in essere».

Ciò che più conta, ha ritenuto condivisibile la decisione impugnata nella parte in cui ha considerato suggestiva la «prospettazione intesa a evocare l'apporto delle neuroscienze per verificare la presenza di anomalie strutturali (nella morfologia del cervello) e genetiche comportamentali, atte a causare comportamenti aggressivi e violenti», non essendo mai stato chiesto alcuno specifico accertamento al riguardo.

Di maggiore interesse è la sentenza 45351/2015 della prima sezione penale.

Anche in questo caso si lamentava la mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche sul presupposto che l'imputato sarebbe stato «portatore di disfunzioni genetiche determinanti i suoi comportamenti aggressivi e impulsivi».

Nelle fasi di merito era stata disposta una perizia d'ufficio sull'imputabilità del ricorrente, affidata a un collegio di cui facevano parte uno psicologo clinico e un neuroscienziato.

La Corte territoriale,

«basandosi su tutti gli accertamenti individuali condotti e sul sapere scientifico attuale, ritiene difficile sia attribuire una incidenza del fattore genetico sul comportamento aggressivo posto in essere sia riconoscere una infermità riconducibile ai disturbi di personalità, e per conseguenza che nemmeno per tale via sia giustificata la concessione delle attenuanti generiche».

Il ricorrente, tuttavia,

¹⁷ Si rinvia, per un'interessante riassunzione dei punti di incrocio tra il diritto penale e le neuroscienze, a F. Basile e G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2014, pp. 269 ss. Secondo gli Autori «se [...] le attuali acquisizioni neuroscientifiche non comportano, almeno per ora, né la necessità, né l'opportunità di modificare i capisaldi del diritto penale, ciò non significa che si debba escludere *a priori* qualsiasi possibilità di dialogo e di collaborazione tra neuroscienze, da una parte, e diritto penale, dall'altra». Basile e Vallar individuano i campi elettivi di questa possibilità negli accertamenti in tema di imputabilità, eventuale immaturità psichica del minore ultraquattordicenne, pericolosità sociale, attendibilità delle dichiarazioni processuali, elemento psichico del reato. Non nascondono tuttavia le difficoltà sia di tipo normativo che interne al dibattito neuroscientifico che sono in grado di ostacolare la collaborazione auspicata.

«ritiene che l'organo giudicante avrebbe dovuto prendere atto che anche il consulente d'ufficio, genetista S., aveva riscontrato la presenza simultanea nell'imputato di più varianti genetiche disfunzionali, generatori di comportamenti aggressivi ed impulsivi. Tale accertamento avrebbe dovuto essere valorizzato al fine del riconoscimento delle attenuanti generiche, in una con gli altri elementi già evidenziati, tra cui la confessione. Il ricorrente richiama altresì la sentenza della Corte Costituzionale che ha censurato, in punto di necessaria valutazione della condotta post-delitto, l'aprioristico approccio negativo alla concessione delle attenuanti generiche ai recidivi reiterati e conclude che il principio di ragionevolezza richiede che dette attenuanti vadano applicate anche a colui che presenta geneticamente un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo, così differenziandosi dal "callido e lucido omicida"».

Il collegio di legittimità ha respinto il ricorso, osservando che

«nel caso di specie, i giudici di merito, [...] hanno correttamente escluso ogni incidenza tra il genoma di G. e il reato commesso, dal momento che – a tacere delle implicazioni sui temi più generali del libero arbitrio, del principio di responsabilità individuale e della mancata considerazione dell'interazione dei fattori ereditari e ambientali nello sviluppo della personalità – nel rispetto delle regole proprie del processo penale, al suo interno può essere introdotta solo una prova "idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti" (art. 189 cod. proc. pen.) e la cd. verità scientifica è tale solo se la conoscenza è scientifica. Nell'esperienza della Corte Suprema nordamericana, la sentenza Daubert individua come criteri per l'apprezzamento della scienza valida (ossia rilevante e affidabile) la possibilità di verificare e falsificare il principio scientifico da impiegare; che esso sia stato oggetto di una revisione paritaria da parte dei componenti della comunità scientifica; che i risultati delle ricerche siano stati pubblicati in riviste specialistiche; che sia considerata la percentuale di errore, nota o potenziale, della teoria scientifica; che siano rispettati gli standard di corretta esecuzione delle operazioni applicative inerenti quel determinato principio scientifico [...] La motivazione resa dai giudici di merito per escludere la rilevanza del profilo genomico di G. è esaustiva ed idonea a spiegare le ragioni per le quali le prospettazioni difensive non sono condivisibili e determina la manifesta infondatezza del ricorso, a maggior ragione considerando che la tesi che l'agire del ricorrente sia stato determinato da un impulso interiore cui non ha potuto resistere condurrebbe inevitabilmente a toccare quel tema dell'imputabilità – *non agit sed agitur* – che è stata consapevolmente abbandonata dal ricorrente».

Altrettanto interessante è la sentenza 27129/2016, anch'essa emessa dalla prima sezione penale della Corte suprema.

Il ricorso, tendente ad ottenere il riconoscimento del vizio parziale di mente *ex art. 89 c.p.*, era in parte fondato su una valutazione genetica dalla quale sarebbe emerso «un quadro di disfunzionalità per quattro dei sei alleli esaminati che, si assumeva dimostrato, predisponessero a comportamenti impulsivi ed aggressivi».

Il relativo motivo è stato giudicato infondato.

I giudici di legittimità hanno infatti condiviso sul punto la decisione impugnata laddove

«i giudici della Corte d'assise d'appello hanno osservato come una base genetica della predisposizione ad azioni impulsive ed aggressive non avesse un fondamento scientifico consolidato, in guisa da far ritenere acquisito il dato stesso al patrimonio delle neuroscienze. La conclusione non è risultata frutto d'una posizione di mera asserzione, ma si è confrontata con un riferimento espresso alla posizione assunta dalla società italiana di genetica umana, che non aveva affatto condiviso quel concetto che avrebbe aperto ad una predisposizione criminale, su base genetica».

Per quanto piccolo sia, questo campione di decisioni non è così insignificante da non poterne ricavare alcune impressioni.

Su un piano generale, si coglie una **significativa tendenza a riportare entro la sfera delle caratteristiche personologiche penalmente irrilevanti le devianze** che le difese, al contrario, servendosi di dati di provenienza genetica o neuroscientifica, prospettano come incidenti sull'imputabilità o, quantomeno, sul grado di adesione alla condotta riprovevole.

A voler sintetizzare seccamente, si potrebbe dire che in entrambe le posizioni si accredita l'idea che "si è come si è" ma, mentre le difese aggiungono che "non si può essere altrimenti", la Cassazione non è propensa a questo passo ulteriore.

Le ragioni di questa diffusa ritrosia sono varie ma di certo due di esse prevalgono su tutte le altre e in un certo qual modo le giustificano: la convinzione che il compimento di quel passo intaccherebbe l'imputabilità come l'abbiamo finora conosciuta; la preoccupazione che questo avvenga su un presupposto, quello per cui si possa compiere crimini per impulsi incontrollabili dovuti a devianze genetiche che incidono sui processi neuronali, che la stessa scienza non è ancora disposta ad accreditare in modo condiviso e che dunque il diritto fa bene a rifiutare.

Ci si affida ai **criteri Daubert**¹⁸, quasi fossero un mantra, ma non si spiega o non si spiega in modo adeguato se si crede fino in fondo alla loro efficacia e attualità e, soprattutto, se ne è stata verificata l'applicazione nel caso concreto.

Si accredita l'idea che le proposizioni dei ricorrenti contraddicano le tesi dominanti nella comunità scientifica ma non si va molto oltre la mera affermazione di questa convinzione e non si dà conto delle posizioni in campo, dell'autorevolezza di chi le esprime, di chi abbia titolo e voce in capitolo.

Preso atto di questa diffusa diffidenza e della difficoltà che ne deriva riguardo alla penetrazione del sapere scientifico nel giudizio, resta da chiedersi come sia stato possibile quel cambiamento giurisprudenziale descritto in apertura, a quali acquisizioni scientifiche sia dovuto, verso quali strade potrebbe condurci.

La risposta, almeno per la parte strettamente connessa ai giovani adulti, è abbastanza agevole.

Si deve dunque constatare che

«i risultati delle ricerche neuroscientifiche (Luna et al., 2001; Spear, 2000) suggeriscono che comportamenti autocontrollati, pianificati, socialmente cooperativi, moderati e di evitamento del rischio sono talvolta "incompatibili" con l'infanzia, l'adolescenza e l'emergente età adulta, non solo per una questione di "capricciosità", ma per un'immaturità neurofunzionale, psicologica e relazionale (Keating, 2004). Da queste ricerche emerge quindi la necessità di verificare, attraverso metodi scientifici e neuroscientifici, se gli adolescenti siano in grado maturazionalmente di controllare il loro comportamento, evitare il rischio e comprendere le conseguenze delle loro azioni. La differenza tra un bambino e un adulto risiede quindi nell'emergere delle funzioni esecutive e nel loro perfezionamento. In linea con la letteratura precedente alcuni studi condotti da Pontinus (2003) confermano come il sistema frontale non

¹⁸ Si intendono con questa espressione i criteri elaborati dalla Corte Suprema Federale degli Stati Uniti d'America nella sentenza *Daubert vs. Merrel-Dow Pharmaceutical Inc.* 509 U.S. 579 del 1993. La decisione rappresenta una sorta di manifesto dello "scientificamente corretto" nella valutazione di rilevanza delle prove fondate su evidenze scientifiche.

sia ancora propriamente maturo negli adolescenti delinquenti o comunque risulti in molti casi disfunzionale (Pontius & Rutting, 1976; Pontius & Yudowits, 1980) ed è per questa immaturità cerebrale che gli adolescenti si comportano in modo più rischioso rispetto agli adulti.

Durante l'adolescenza il cervello è anche influenzato dal sistema limbico e dalle regioni sottocorticali associative quali l'amigdala e l'ippocampo, regioni cerebrali che governano gli impulsi, le emozioni e la memoria. Negli adolescenti, essendo quest'area ancora non completamente sviluppata, la modulazione e il controllo delle emozioni e degli impulsi potrebbe essere compromessa creando difficoltà anche nell'elaborazione delle ipotesi su cosa potrebbe accadere in conseguenza di un'azione. Lo sviluppo della sostanza grigia dal punto di vista strutturale avviene a quest'età secondo un processo *back to front* (Giedd et al., 1999), che prevede lo sfoltimento delle connessioni neurali in disuso in linea con la maturazione del cervello e il processo di postura delle connessioni neurali. Per l'ordinamento italiano un ragazzo di 18 anni, in quanto maggiorenne, è passibile di pena a pari modo di un adulto; **per la scienza, invece, le facoltà cognitive non si perfezionano al compimento della maggiore età**, ma sono ancora in fase di sviluppo e maturazione insieme alle competenze sociali e affettive e alle caratteristiche personologiche, **almeno fino ai 20 anni di età** (Strata, 2014). Partendo da questo assunto, la valutazione del giovane adulto dovrebbe tener conto di questo importante e oggettivo dato scientifico»¹⁹.

Sarebbe davvero fuori luogo aggiungere altro, salvo sottolineare che la sentenza oggetto di questo scritto si è condivisibilmente confrontata con la scienza, quella migliore, e ha accettato di farsene influenzare a servizio dell'uomo.

7. Conclusione.

Nessuno può immaginare cosa avverrà negli anni a venire.

Se le neuroscienze sapranno consegnarci nuove conoscenze sul funzionamento della nostra mente, se queste conoscenze potranno addirittura generare la necessità di ripensare profondamente i criteri di imputazione soggettiva oggi comunemente accettati, se imporranno finanche un ripensamento generale del libero arbitrio.

Se il legislatore, il giudice, l'uomo comune, ammesso che quelle nuove conoscenze si manifestino, saranno propensi ad accettarle o almeno a prenderle in considerazione oppure le respingeranno per uno qualsiasi degli impulsi che possono governare le reazioni umane al nuovo, soprattutto quando il nuovo è così distante dal vecchio da risultare quasi intollerabile e incomprendibile.

Nessuno può dirlo.

¹⁹ I dati, le fonti, le conclusioni scientifiche e il passaggio virgolettato di seguito citati sono interamente tratti dal *Memorandum Patavino (Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze)* del 2015, un documento che sintetizza l'esito dei lavori di un convegno tenutosi presso l'Accademia dei Lincei nel giugno del 2015 sull'attualità delle neuroscienze forensi. Alla stesura del *memorandum* hanno collaborato illustri esponenti di plurime discipline e precisamente: U. Castiello (psicobiologo), R. Caterina (ordinario di diritto privato), M. De Caro (filosofo morale), L. De Cataldo Neuburger (avvocato e psicologa), S. Ferracuti (psicologo clinico), A. Forza (avvocato), N. Fusaro (avvocato), G. Gulotta (avvocato, psicologo e psicoterapeuta), F. M. Iacoviello (magistrato), C. Intriari (avvocato), A. Lavazza (giornalista scientifico), A. Mascherin (avvocato, presidente del CNF), S. Pellegrini (professore associato di biochimica clinica), P. Pietrini (psichiatra), R. Rumiati (ordinario di psicologia generale e del giudizio e della decisione), L. Sammiceli (sociologo e psicologo), G. Sartori (neuropsicologo e psicopatologo), C. Squassoni (magistrato), A. Stracciari (neurologo). Il *memorandum* è consultabile al [presente indirizzo](#).

Certo è che l'uomo non può rinunciare a conoscere se stesso e in fondo non l'ha mai fatto, essendo stata sempre presente nella storia umana, anche se con intensità variabile, un'insopprimibile pulsione al progresso.

Certo è che la scienza, proprio in quanto prodotto umano per eccellenza, non si fermerà e non smetterà di rendere disponibili nuovi strumenti e nuove verità.

Certo è, infine, che un diritto che si negasse alla conoscenza e quindi alla verità, perderebbe per ciò stesso la sua più autentica legittimazione.

Bibliografia.

Sul **rapporto tra scienza e diritto**, si rinvia a:

G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche Il diritto e il processo penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 5/2005.

D. Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2006.

M. Bertolino – G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Jovene, 2015.

O. Di Giovine, *I presupposti della responsabilità penale tra scienza e diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2018.

Sull'**influenza delle acquisizioni neuroscientifiche nel diritto penale**, si vedano:

I. Merzagora Betsos, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011.

S. Di Nuovo, *Prigionieri delle neuroscienze?*, Giuffrè, 2014.

P. Strata, *La strana coppia. Il rapporto mente-cervello da Cartesio alle neuroscienze*, Carocci editore, 2014

M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2018

C. Grandi, [*Diritto penale e neuroscienze*](#), in *questa rivista*, 4 febbraio 2019

S. Arcieri, G. Baer, P. Strata, [*Intervista a Piergiorgio Strata. Tra illusioni e \(poche\) certezze. continuiamo a discutere di mente, cervello e libero arbitrio*](#), in *questa rivista*, 17 aprile 2019

F. Basile, S. Lometti, [*Assassini nati?*](#), in *questa rivista*, 19 giugno 2019

Sul **canone di ragionevolezza nell'interpretazione costituzionale**:

M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola tenutasi nel Palazzo della Consulta a Roma tra il 24 e il 26 ottobre 2013, reperibile sul sito web istituzionale della Consulta a questo [link](#).

I. Rivera, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum costituzionale*, 13 febbraio 2016

Sul **canone della ragionevolezza scientifica**:

S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica e diritto*, 2/2015

A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Hoepli, 2016

E. Gagliasso, *Dalla razionalità alla ragionevolezza scientifica*, Atti dei convegni licei, 2017



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org