



dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

Un anno insieme

APRILE 2019 - APRILE 2020



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

La presente raccolta costituisce una selezione dei materiali pubblicati nei Fascicoli mensili della Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo (DPU) – Criminal Law and Human Condition tra aprile 2019 e aprile 2020 (Fascicoli nn. 4/2019 - 4/2020)

Raccolta chiusa in data 24 aprile 2020.

EDITORE

Diritto Penale e Condizione Umana

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO EDITORIALE

Pietro Buffa, Ciro Grandi, Paolo Oddi, Alessandro Rudelli, Piergiorgio Strata

COMITATO SCIENTIFICO

Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Alexander Bell, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, 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, Claudio Dalpiaz, Paolo Della Sala, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Tommaso A. Dragani, Giovanni Falsitta, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Loredana Garlati, Bruno Giordano, Ciro Grandi, Marco Iacoboni, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Letizia Mancini, Franco Martelli, Carlo Melzi d'Eril, Lorenzo Milazzo, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Baldassarre Pastore, Chiara Perini, Luca Pistorelli, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Risicato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Beatrice Secchi, Dario Sencar, Salvatore Staiano, Piergiorgio Strata, Mario Tantalò, 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

Sommario

In apertura

- 1 Il diritto penale
dalla A alla Z

Articoli

- 14 Diritto, diritti, verità
e democrazia
- 26 Cervello, processo e
giustizia: la mutevole
rilevanza della prova
neuroscientifica nelle
Corti statunitensi
- 47 Malum in se

Interviste

- 86 Intervista a Giacomo
Rizzolatti
- 94 Intervista a Maryanne
Wolf
- 109 L'incontro tra
la psicoanalisi e le
neuroscienze. Intervista
a Mark Solms

Riflessioni

- 119 Valutazione clinica dello
stato di coscienza alla luce
delle nuove tecnologie
- 130 Il suicidio nell'informazione
massmediatica
- 141 Abbassare a dodici anni
la soglia
dell'imputabilità?
- 150 Difendere i migranti.
Il punto di vista
dell'avvocato
immigrazionista

Storie

- 156 N'afè Drôla: ovvero
la stranezza dell'ordinaria
legalità
- 160 Un esperimento passato
alla storia



Luca Santa Maria

diritto penale dalla A alla Z

Fascicolo 4/2019



Marco Bouchard

Articolo

Diritto, diritti, verità e democrazia

Fascicolo 10/2019



Federica Coppola

Articolo

Cervello, processo e giustizia: la mutevole rilevanza della prova neuroscientifica nelle Corti statunitensi

Fascicolo 1/2020



Matilde Botto

Articolo

Malum in se

L'intrinseca incompatibilità tra
Stato di diritto e tortura legale

Fascicolo 2/2020

Susanna Arcieri -
Giacomo Rizzolatti *Intervista*

Intervista a Giacomo Rizzolatti

Fascicolo 5/2019



Susanna Arcieri -
Maryanne Wolf *Intervista*

Intervista a Maryanne Wolf

Fascicolo 10/2019



Alfio Maggiolini -
Virginia Suigo
Mark Solms *Intervista*

L'incontro tra la psicoanalisi e le neuroscienze. Intervista a Mark Solms

Fascicolo 4/2020



Piergiorgio Strata *Riflessione*

Valutazione clinica dello stato di coscienza alla luce delle nuove tecnologie

Fascicolo 10/2019



Sommario

In apertura

- 1 Il diritto penale
dalla A alla Z

Articoli

- 14 Diritto, diritti, verità
e democrazia
- 26 Cervello, processo e
giustizia: la mutevole
rilevanza della prova
neuroscientifica nelle
Corti statunitensi
- 47 Malum in se

Interviste

- 86 Intervista a Giacomo
Rizzolatti
- 94 Intervista a Maryanne
Wolf
- 109 L'incontro tra
la psicoanalisi e le
neuroscienze. Intervista
a Mark Solms

Riflessioni

- 119 Valutazione clinica dello
stato di coscienza alla luce
delle nuove tecnologie
- 130 Il suicidio nell'informazione
massmediatica
- 141 Abbassare a dodici anni
la soglia
dell'imputabilità?
- 150 Difendere i migranti.
Il punto di vista
dell'avvocato
immigrazionista

Storie

- 156 N'afè Drôla: ovvero
la stranezza dell'ordinaria
legalità
- 160 Un esperimento passato
alla storia

Sommario

In apertura

- 1 Il diritto penale
dalla A alla Z

Articoli

- 14 Diritto, diritti, verità
e democrazia
- 26 Cervello, processo e
giustizia: la mutevole
rilevanza della prova
neuroscientifica nelle
Corti statunitensi
- 47 Malum in se

Interviste

- 86 Intervista a Giacomo
Rizzolatti
- 94 Intervista a Maryanne
Wolf
- 109 L'incontro tra
la psicoanalisi e le
neuroscienze. Intervista
a Mark Solms

Riflessioni

- 119 Valutazione clinica dello
stato di coscienza alla luce
delle nuove tecnologie
- 130 Il suicidio nell'informazione
massmediatica
- 141 Abbassare a dodici anni
la soglia
dell'imputabilità?
- 150 Difendere i migranti.
Il punto di vista
dell'avvocato
immigrazionista

Storie

- 156 N'afè Drôla: ovvero
la stranezza dell'ordinaria
legalità
- 160 Un esperimento passato
alla storia



Mario Tantalò

Riflessione

Il suicidio nell'informazione massmediatica

Nuove riflessioni

Fascicolo 9/2019



Giovanni Berlucchi et al.

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

Fascicolo 11/2019



Paolo Oddi

Riflessione

Difendere i migranti. Il punto di vista dell'avvocato immigrazionista

Per tutelare integralmente la
persona del migrante nei tempi
della costante erosione dei suoi
diritti è necessario dotarsi di
strumenti articolati e complessi,
sino ai ricorsi dinanzi alle
giurisdizioni sovranazionali

Fascicolo 4/2019



Pietro Buffa

Storia

N'afè Drôla: ovvero la stranezza dell'ordinaria legalità

Fascicolo 4/2019

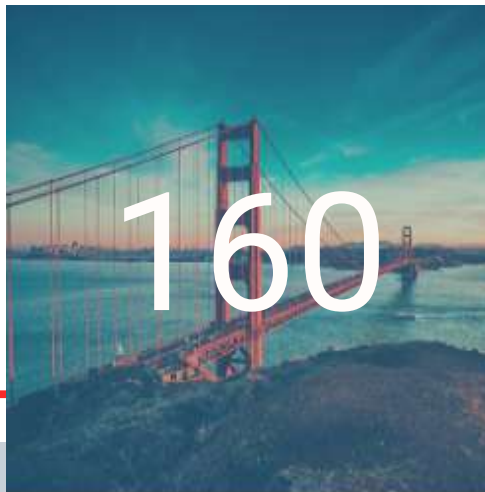
Matteo Vizzardi

Storia

Un esperimento passato alla storia

**Ricordando l'intervista a Philip G.
Zimbardo**

Fascicolo 9/2019



DPU – un anno insieme

Fascicolo speciale aprile 2019-aprile 2020

Breve nota a cura del Comitato di direzione a un anno dalla nascita della Rivista DPU

Vi è mai capitato di vedere la **sorgente di un fiume**?

A volte, questa si presenta come uno zampillo di acqua cristallina e purissima, luccicante ai raggi del sole, che scorre limpida su rocce levigate.

Altre volte, invece, nasce lentamente dal sottosuolo, distribuendosi su di un terreno melmoso, circondato da erbe di ogni tipo, facendosi strada tra la fanghiglia.

Ebbene, anche da una sorgente di questo tipo, certamente meno gradevole alla vista, può nascere un torrente che, nel suo percorso verso valle, raccoglierà l'acqua di altri torrenti sino a divenire un fiume, ricco di tutti quei "contributi" che in esso si sono riversati.

La Rivista DPU ha visto la luce un anno fa, il 2 aprile 2019, e da quel momento ha iniziato a fare il suo corso, grazie anche e soprattutto ai contributi che in essa sono confluiti.

È oggi impossibile, per noi del Comitato di direzione, non effettuare qualche riflessione sulla Rivista, andando anche a ripensare quello che è alla base della sua origine: il programma DPU.

Già, perché tale programma, nell'intendimento dell'Editore e di tutti coloro che lo hanno condiviso, è radicato nella ferma convinzione di voler costruire un territorio effettivamente libero, aperto, franco e a volte persino scomodo, di esplorazione scientifica: un campo di confronto culturale, di discussione e di critica del diritto penale, in cui possano confluire i mille rivoli dei "saperi" delle altre discipline.

Un luogo, insomma, nel quale un rigoroso metodo di analisi e di verifica della scienza del diritto, in correlazione stretta e innovativa con le altre scienze dell'uomo, possa dare origine a qualche cosa di nuovo e di diverso. Uno spazio, nel quale anche il racconto del reale vissuto dei protagonisti del sistema della giustizia penale possa essere utile a produrre qualche cambiamento, verso un ordinamento giuridico e sociale che sia più flessibile, più giusto e, in fin dei conti, più umano.

Sommario

In apertura

- 1** Il diritto penale
dalla A alla Z

Articoli

- 14** Diritto, diritti, verità
e democrazia
- 26** Cervello, processo e
giustizia: la mutevole
rilevanza della prova
neuroscientifica nelle
Corti statunitensi
- 47** Malum in se

Interviste

- 86** Intervista a Giacomo
Rizzolatti
- 94** Intervista a Maryanne
Wolf
- 109** L'incontro tra
la psicoanalisi e le
neuroscienze. Intervista
a Mark Solms

Riflessioni

- 119** Valutazione clinica dello
stato di coscienza alla luce
delle nuove tecnologie
- 130** Il suicidio nell'informazione
massmediatica
- 141** Abbassare a dodici anni
la soglia
dell'imputabilità?
- 150** Difendere i migranti.
Il punto di vista
dell'avvocato
immigrazionista

Storie

- 156** N'afè Drôla: ovvero
la stranezza dell'ordinaria
legalità
- 160** Un esperimento passato
alla storia

Sommario

In apertura

- 1 Il diritto penale
dalla A alla Z

Articoli

- 14 Diritto, diritti, verità
e democrazia
- 26 Cervello, processo e
giustizia: la mutevole
rilevanza della prova
neuroscientifica nelle
Corti statunitensi
- 47 Malum in se

Interviste

- 86 Intervista a Giacomo
Rizzolatti
- 94 Intervista a Maryanne
Wolf
- 109 L'incontro tra
la psicoanalisi e le
neuroscienze. Intervista
a Mark Solms

Riflessioni

- 119 Valutazione clinica dello
stato di coscienza alla luce
delle nuove tecnologie
- 130 Il suicidio nell'informazione
massmediatica
- 141 Abbassare a dodici anni
la soglia
dell'imputabilità?
- 150 La Difendere i migranti.
Il punto di vista
dell'avvocato
immigrazionista

Storie

- 156 N'afè Drôla: ovvero
la stranezza dell'ordinaria
legalità
- 160 Un esperimento passato
alla storia

Quell'intendimento iniziale era, allora, poco **più che un piccolo rigagnolo** di alta montagna. Col passare del tempo, però, esso è cresciuto, si è allargato; altri corsi d'acqua vi si sono riversati, conferendogli forza e vigore, e il suo bacino si è ingrandito, tanto da renderlo oggi un fiume a tutti gli effetti.

Il nostro ringraziamento va quindi a tutti coloro che hanno contribuito a questa crescita: i lettori, gli Autori, i preziosi membri del Comitato Scientifico e del Comitato dei Consulenti, nonché l'instancabile staff della Redazione e i molti collaboratori che, a vario titolo, hanno dimostrato il proprio entusiasmo nei confronti del progetto. Le critiche e le difficoltà non sono mancate, come ogni progetto che si rispetti, e alcune di queste hanno anche contribuito alla sua crescita che, è bene ricordarlo, è solo all'inizio.

Così, volendo rapidamente ripercorrere la nostra storia editoriale degli ultimi dodici mesi, rammentiamo alcuni passaggi importanti.

Il primo passo è stato quello di affiancare, al consueto aggiornamento settimanale della Rivista, la pubblicazione dei **fascicoli**, che raccolgono tutti gli Articoli, le Interviste, le Riflessioni e le Storie pubblicati ogni mese.

Il passo successivo è stato lo sviluppo del **sito multilingua**, che ha consentito di rafforzare l'apertura internazionale di DPU contribuendo a suggellare, come ulteriore terzo passo, le prime fondamentali collaborazioni scientifiche con alcuni dei maggiori centri di ricerca del panorama italiano e straniero.

L'ultimo passo (per il momento), è stato la nascita di **DPU – il blog**, la cui capacità di diffondere contenuti e creare "reti" di rapporti e collaborazioni proficue si è rivelata, già nei suoi primissimi mesi di vita, a dir poco sorprendente.

È ovvio che, come quasi sempre accade, la strada da fare è ancora lunga, molto più lunga di quella rimasta dietro le spalle; DPU dovrà dunque proseguire il suo corso, con l'ambizione e la speranza di raggiungere sempre nuovi – e sempre più lontani – traguardi.

E mentre il fiume scorre, noi Direttori vi rinnoviamo **il nostro più sincero grazie** per il sostegno, l'affetto e la collaborazione di questi mesi, nonché per la comprensione che avete mostrato per gli errori che inevitabilmente sono stati commessi: senza il Vostro supporto il fiume non sarebbe arrivato al punto dove si trova ora!

Con la speranza di farvi cosa gradita, abbiamo perciò pensato di realizzare, in occasione del primo "compleanno" del progetto, **un fascicolo speciale**, con una grafica e un *format* inediti, pensato per rileggere insieme la storia di questi dodici mesi attraverso la riproposizione di una selezione dei materiali pubblicati, più rappresentativi del percorso finora compiuto.

Buona lettura e ancora grazie a tutti voi,

il Comitato di direzione

Il diritto penale dalla A alla Z

Criminal law from A to Z

di Luca Santa Maria

«Rischiare, metterci la faccia, non è solo una questione di equità, di efficienza dei commerci o di gestione del rischio: è una necessità. Serve per capire il mondo»¹.

I.

Ho scritto più e più volte che il discorso del diritto penale è trapuntato di **finzioni di ogni genere** e che il penalista – che le conosce meglio di chiunque altro – le tollera perché, altrimenti, senza finzioni, quel tipo di discorso su quel tipo di diritto penale sarebbe impossibile.

Le **parole fondamentali** del diritto, infatti, se la passano male, sempre peggio, e sempre più paiono appese nel vuoto che segue alla **perdita di significato**, e sembrano resistere per **inerzia storica e pigrizia intellettuale o per altre ragioni oscure** che è il tempo di rischiarare.

Debbo ovviamente provare la plausibilità di quel che ho asserito.

Ho fatto un esercizio intellettuale – provare a smascherare le finzioni – e DPU inviterà qualsiasi lettore a fare lo stesso esercizio, a sforzarsi, cioè, di pensare **in modo scettico**, ossia critico, per capire se le parole che usiamo ogni giorno nella letteratura giuridica come nelle sentenze o nelle memorie prodotte nei processi, cioè nell'intero **nostro discorso del e sul diritto penale**, siano davvero sostenute da una ragione sufficientemente potente o non siano, invece, almeno in parte ormai **appese nel vuoto**.

Io credo che **la diagnosi della perdita di senso del diritto penale** apparirà in modo chiaro, tanto che forse sarà finalmente possibile discutere della **terapia necessaria** affinché giusti mezzi siano messi in campo per giusti fini.

II.

Il diritto penale presuppone, senza mai o senza quasi mai dirlo espressamente, **una certa immagine di uomo, di società e di mondo**, altrimenti esso non potrebbe sperare di funzionare, e

¹ N.N. Taleb, *Rischiare grosso. L'importanza di metterci la faccia nella vita di tutti i giorni*, Il Saggiatore, 2018, p. 18.

l'immagine che presuppone **non è mai stata problematica**, perché essa viene dal senso comune e può essere detta col linguaggio ordinario.

Nulla aveva lasciato pensare che la credenza in quell'immagine potesse essere non vera e il gioco **pare** aver funzionato per secoli.

Ad un certo punto il senso comune e il linguaggio ordinario hanno cominciato a non reggere più la pressione crescente di nuove **culture** che hanno dato forma a nuove forme di vita e che possono esser dette solo con **l'uso di altri linguaggi, molto più complessi e sofisticati del linguaggio ordinario**.

Il diritto penale, ad esempio, ha scoperto di non reggere la pressione delle scienze empiriche, e di questo parleremo molto, ma si è anche mostrato inadeguato al **linguaggio contemporaneo, perché non ha saputo prendere coscienza dei limiti del linguaggio**.

Questa inadeguatezza linguistica ha radici profonde, che devono essere esplorate, ma, soprattutto, mette in moto conseguenze etiche – la giustizia del diritto penale dipende dalla sua capacità di verità – che è davvero difficile sottovalutare.

III.

Dovrebbe essere la scienza del diritto a provvedere all'adeguamento del diritto al tempo in cui esso deve essere applicato, ma qualcosa evidentemente non ha funzionato, e la ragione è forse sono **le sfide che la modernità ha lanciato al diritto penale** sono state troppo grandi, perché alla scienza del diritto potesse bastare qualche aggiustamento in corsa.

Mi sia concesso, a questo punto, un fugacissimo e breve "volo" su queste finzioni, o meglio su quelle che io ho imparato a vedere e di cui vorrei parlare... **dalla a alla z**.

a. Il fatto, di qui la sua potenza ideologica nella nostra tradizione di pensiero giuridico liberale, un tempo pareva saldo come una roccia, e questa saldezza assicurava perché produceva **sensazioni di certezza del diritto che su di esso si fondava e sensazioni di verità della sentenza che il fatto accertava**. Ma ora l'una e l'altra paiono pretese ontologiche ed epistemologiche assai ottimistiche, **finzioni**, che di fatto servono solo a non far vedere la **incertezza** onnipresente in cui **realmente** si svolge il mondo di vita sociale dell'uomo, e che **contamina** sempre, un po' più un po' meno, **il diritto penale che nasce in ogni sentenza** (ammesso che separare l'uno, il diritto, dall'altra, la sentenza, sia possibile e sensato).

b. La società del rischio – la metafora che viene dal sociologo Beck è ormai logora per il troppo uso – porta all'ordine del giorno dei lavori del diritto penale **nuovi tipi di fatti** (l'elenco non è esaustivo: morti e malattie da esposizione a sostanze tossiche, inquinamenti dell'ambiente, *malpractice* medica, incidenti da circolazione stradale, incidenti tecnologici, ma anche eventi naturali – terremoti, valanghe, frane – ricodificati come eventi ricollegabili alla antropotecnica, cioè all'uomo) che paiono spiegabili con la parola... "rischio" –. Il fatto che questa difficile parola non sia mai comparsa nel vocabolario di alcun codice penale, non è un caso e induce a riflettere sull'utilità di un'analisi anche linguistica del diritto penale –. La parola "rischio" è intrinsecamente **polisemica**, fatta col materiale incerto della probabilità, che si lascia avvicinare in modi diversi e anche opposti da **diverse discipline scientifiche** (scienze psicologiche o antropologie sociali e naturali dallo statuto epistemico sempre più debole, nuove forme di tecnologia del pensiero che vorrebbero metter d'accordo scienza e politica e difatti si chiamano *science policy*).

c. La parola “rischio” è quindi definita dall’incertezza e dalla liquidità di ogni discorso che pretenda di afferrarlo, ma ciononostante esso ormai ha occupato in modo indifferenziato quasi tutto lo spazio semantico prima occupato dalle categorie un tempo diligentemente differenziate da una diligente dogmatica del diritto, cioè **causalità, pericolo e colpa**, che ora sono ridotte a poco più che varianti di un’espressione – “rischio relativo”, comunque non esauriente –. Oggi, un **rischio relativo**, misura epidemiologica che produce indizi se l’accadere della classe di eventi A fa una differenza nella frequenza nell’accadere della classe di eventi B, quando non c’è A, è **oggetto misterioso nel diritto penale**, perché può essere ed è decodificato nel diritto penale disinvoltamente come **causalità di A verso B, come pericolo che da A potesse venire B, con qualche aggiustamento, anche come colpa di A per B, oppure come nessuno dei tre**.

È necessario sottolineare che A e B sono **oggetti statistici e non eventi di natura, il che vuol dire che essi hanno un significato solo nella statistica e fuori di essa sono incomprensibili**. Il diritto penale non coglie, però, questa differenza, perché non sa che, senza lo studio della scienza della probabilità, è impossibile ogni comprensione del significato di **rischio relativo** (ad esempio, l’incomprensione di questa differenza ha portato dottrina e giurisprudenza a sesquipedali fraintendimenti, perché sia l’una che l’altra hanno trattato la probabilità come se essa si trovasse nel regno delle necessità, il che è assurdo: l’errore fa sì che, senza usare la statistica, e gli assiomi del pensiero probabile, **si finisce col credere che facendo solo la conta dei casi di B quando c’è A e quando non c’è A, si possa trovare una condizione necessaria, ma invece si trova solo... un rischio relativo, cioè un mero aumento di rischio**). L’errore è scambiare A e B statistici con A e B reali, e quindi non cogliere **la differenza tra l’accadere di una frequenza maggiore di un B statistico – che è poco più che l’ipostatizzazione di B, come se tutti i B fossero uguali –, e l’accadere di un B reale**.

Il problema, quindi, non è solo se un rischio relativo sia una causa, un pericolo o una colpa o tutte e tre o nessuna delle tre. Il problema principale è, piuttosto, **capire il significato di rischio relativo, che non è nemmeno solo un problema di teoria della probabilità**.

Il rischio, pertanto, è un concetto artificiale, costruito dall’uomo abbastanza recentemente, e non reale, nel senso che **nessuno ha mai visto un rischio in natura. Il rischio relativo non è solo statistico, ma è anche molto di più e molto d’altro, è un po’ fatto e un po’ valore, un po’ essere e un po’ dover essere** e, quindi, esso tra l’altro rivela **la debolezza del dogma della separatezza tra fatto e normatività, tra essere e dover essere** (la precauzione dell’omonimo principio, ad esempio, non è un fatto ma un valore, o se volete un fatto integrato di valore). Il concetto è quindi carico delle teorie normative che l’uomo ha costruito in esso – su tutte la statistica, ma non solo essa – e quindi **tutta l’incertezza** di quelle teorie ricade **sul fatto**. Senza lo studio di quel coacervo di teorie che lo integrano, **non potremo però capire che cosa sia rischio, e quindi che cosa sia la società in cui il diritto penale, che fingeremo di conoscere, dovrà essere applicato**.

C’è un intero enorme campo di ricerca da cominciare a studiare.

d. Nel fatto sta **la causalità**, l’antichissima regola di imputazione oggettiva del fatto. La **causalità** è stata da tempo immemorabile costruita come *condicio sine qua non* dell’evento, conoscibile attraverso l’esperimento mentale del controfattuale. La *condicio* appare manifestazione **dell’ordine necessario delle cose del mondo**, che è, ovviamente, solo una tra le tante idee metafisiche sulla realtà, non necessariamente quella vera. La realtà potrebbe essere intrinsecamente stocastica, cioè causale o chissà cos’altro. Quando cala nella realtà delle cose dei processi penali di questa terra, però, la *condicio sine qua non* comincia a sparire dai nostri orizzonti. Facciamo l’esperimento mentale che ci hanno insegnato a fare e scopriamo che nei casi in cui servirebbe saperlo, **non sappiamo** se eliminata la condotta A l’evento B sarebbe accaduto o no, mentre quando non serve, perché il problema è banale, non abbiamo dubbi di sorta. Non sappiamo rispondere alla domanda perché siamo finiti **nel campo dell’incertezza** e possiamo conoscer qualcosa di quel mondo solo con l’uso del pensiero della logica del probabile che è sempre incerto.

Che cosa è la probabilità?

Due alternative.

O la probabilità è nelle cose, e si dice ontologica, perché **il mondo non è deterministico**, o la probabilità è solo **la misura epistemica dell'ignoranza intorno al determinismo delle cause e degli effetti**. **Non c'è modo di dire però** che quel che è **probabile sia anche necessario, o almeno certo**. Nei casi difficili **la necessità allora scolora nella probabilità e la certezza nell'incertezza**. Che ne è della causalità allora? Non c'è più. Bisogna fare come le tre scimmiette per non vedere **la frode delle etichette** che si consuma, perché, ormai, quasi con *nonchalance*, chiamiamo **condicio sine qua non** il suo opposto, cioè **la probabilità della causa o la causa probabile**, qualunque cosa questa espressione dica (il penalista non sa declinare un qualsivoglia concetto di causa probabile o di probabilità della causa e, almeno fino ad oggi, non mi risulta che abbia cominciato a studiarla).

Qui sta l'evidente frode delle etichette della causalità giuridica *post-moderna*.

Spacciamo per condizione necessaria, cioè per cause, **mere correlazioni**, che non dicono mai "perché" ad A è seguito B, ma dicono solo "che" ad A talvolta segue B, e la differenza non è da poco.

Stella nel 1975 importa dalla filosofia della scienza empirista i due concetti di spiegazione scientifica, nomologico-deduttivo e statistico-Induttivo. Nel gergo penale entra l'illusorio concetto della sussunzione del Fatto in una Legge Scientifica e si cancella il problema della probabilità dietro il velo mitologico della Legge di Natura, che naturalmente può essere universale o statistica, e quasi pare che non faccia gran differenza.

Dovremmo abbandonare per sempre l'equivoco – ma per i giuristi assai fascinosa – concetto di legge di natura, almeno fino a che non avremo trovato un accordo razionale intorno a che cosa intendiamo per **"legge di natura"**.

Oggi **nessuno saprebbe rispondere alla domanda di che cosa è una legge di natura**.

Ancora due alternative.

O legge di natura è il prodotto di **un'osservazione empirica** che si limita a dire **che quando c'è A talvolta c'è B (A e B statistici!)**, e allora diciamo che una correlazione – ossia un aumento del rischio – è sufficiente, oppure la legge di natura è anche il prodotto di una **conoscenza realista** intorno **a che cosa fa sì che ad A possa seguire B (A e B reali!)**, il che implica l'analisi dei campi del sapere, non necessariamente statistici, che scoprono **i meccanismi di natura sottesi alle correlazione**, e allora troviamo in una parola... **le cause?**

Due concetti di cause che richiedono l'indagine di campi di sapere scientifico in parte diversi (uno è ad esempio l'epidemiologia, un altro la biologia).

Questo è il vero dilemma su cui le Sezioni Unite della Cassazione dovrebbero pronunciarsi. L'uno e l'altro campo sono costellati di problemi.

È difficile distinguere **correlazioni reali da correlazioni spurie**, cioè non reali ma solo apparenti, e per distinguere le une dalle altre, non abbiamo altro mezzo che lavorare con **i sempre controvertibili metodi della probabilità**, unico linguaggio dell'incerto, da cui si può inferire poco, forse, che quando la correlazione è **statisticamente significativa**, significa che, probabilmente **essa non è spiegabile col caso**, ma con **qualcosa d'altro**, che sospettiamo poter essere quel che cerchiamo, ma non ne saremo mai certi.

Del resto non è facile far lume sui meccanismi causali biologici, ma questo non vuol dire che se non sappiamo tutto, allora non sappiamo nulla. **Il dubbio resterà comunque sempre irrisolto, anche se la bilancia può pendere più dall'una che dall'altra parte**, ma, come è avvenuto nei processi di amianto in cui si è discusso di causalità, l'accusa frustrata perché si impantana nella probabilità e nell'incerto quando va a caccia di certezze e, non comprendendo che è finita in un vicolo cieco, parla di **nichilismo garantista**, che è una preziosa metafora della realtà del diritto e del processo penale dei nostri tempi – e un **salutare sberleffo all'idiozia epistemologica che si chiama con l'acronimo inglese BARD** (*beyond a reasonable doubt*) – e purtroppo anche della **Presunzione di non Colpevolezza** e delle regole sul riparto del peso dell'onere della prova.

e. Torna in auge **il pericolo** che può essere concreto o astratto, e quando è concreto vuol dire, o vorrebbe dire, che è reale. Il modello di accertamento che la scienza del diritto ha pensato, prima della società del rischio, prevedeva **una prognosi postuma** – palese ossimoro – e la prognosi andava fatta a partire da una **base ontologica totalizzante**, cioè con l'accertamento di tutte le circostanze del fatto e la loro sussunzione in tutte le leggi scientifiche pertinenti, affinché **il pericolo fosse più reale del re**.

Dire **pericolo reale**, però, è un'altra finzione, perché se l'evento non si è verificato, **il pericolo non è mai stato reale, a meno di immaginare, come accennato prima, che il mondo non sia deterministico** (il che sembra vero quando si guardi al mondo con gli strumenti che colgono i movimenti delle particelle elementari della materia nella meccanica quantistica).

Il problema ulteriore di gran lunga più difficile, è che nei campi del diritto penale in cui il pericolo dovrebbe applicarsi, dopo l'avvento della società del rischio, ora che il campo del **sapere di non sapere si è dilatato invece che ridursi** (questo è uno dei paradossi della post modernità), **nessuna base ontologica può essere nemmeno lontanamente totalizzata**, perché essa è quasi sempre **incerta, lacunosa e debole**, cioè **parziale**, quindi suscettibile di essere spiegata in molti modi, che equivale a dire – col linguaggio della filosofia della scienza – che **la base ontologica (ma sarebbe più corretto dire base epistemologica) sotto determina sempre plurime spiegazioni**, nessuna delle quali è *ictu oculi* migliore delle altre.

Non c'è da meravigliarsi, allora, se **la giurisprudenza tende a rimuovere il pericolo** e ad accontentarsi della banale affermazione che il pericolo non è il danno, ma qualcosa meno, **un giudizio di probabilità** (così però si torna al dilemma della **scienza della probabilità**, che però la giurisprudenza non vede; la giurisprudenza infatti non si arrischia da quelle parti, e **non spiega mai quale struttura abbia il giudizio di probabilità che dovrebbe essere il pericolo**) e quindi ci si accontenta di molto meno, di qualcosa che è *così poco* che... alla fine quasi sparisce.

Il pericolo è un **oggetto volante non identificato**.

f. Che cosa significa che **il reo è in colpa** quando il problema giuridico è, ad esempio, **l'imputazione di un evento che è un incidente tecnologico**?

L'**incidente tecnologico** – la sua prevedibilità e prevenibilità – non è solo un problema tecnico, ma è quasi sempre la conseguenza di scelte di politiche di investimento dell'impresa, cioè di **corretta o non corretta allocazione di risorse** per la prevenzione di danni interni ed esterni all'impresa. La colpa è sempre più un problema "politico" di **decisione di conflitti tra valori confliggenti**, che possono essere decisi in molti diversi modi, in un lungo *continuum* di possibili equilibri, e dove, **cioè in quale punto di questo continuum** stia la colpa, perché quell'allocazione di risorse deve essere considerata inaccettabile, non lo sa nessuno. I giudici spesso se la cavano con l'implicito assunto che, quando sono in gioco la vita e la sicurezza dell'uomo, il rischio deve essere zero o quasi; ma naturalmente questo non è mai vero, perché **il rischio zero non esiste proprio**. Il riferimento, allora, alla **prevedibilità**

secondo l'*homo eiusdem professionis et condicionis* come matrice di regole precauzionali è l'ennesima **finzione** che serve ad occultare dietro a un'apparente asettica tecnicità, **il giudizio di valore e disvalore** – cioè politico in tutto e per tutto – in cui invece consiste la colpa. È in gioco **la Giustizia**, come regola di distribuzione sociale dei vantaggi e degli svantaggi della tecnologia creata dall'uomo.

Abbiamo solo rischi non accettabili che sono stati accettati, ma trovare il filo normativo che permetta di non perdersi e indichi la giusta via di quel che è accettabile socialmente e quel che non lo è, **è il vero problema della colpa.**

Quando la politica non c'entra, le cose non vanno meglio. La colpa generica è un autentico abuso di potere del diritto penale, appare come **un mero fatto contrario a norme preventive** che però **non sono codificate** ma sono **costruite a posteriori** da un Giudice che della **materia tecnica di cui si parla non sa nulla**. La psicologia cognitiva considera **il senno del poi** un tipico **bias cognitivo**, cioè una distorsione sistemica di quel che chiamiamo ragione. Dovremmo tutti interrogarci a fondo ed essere costretti a rispondere: **dove sta la colpevolezza nella colpa?** Perché se la colpa è normativa vuol dire che non è psicologica, tant'è che si chiama **colpa "incosciente", che è cosa diversa da "non intenzionale"**, ma questo vuol dire che **la colpa non è colpevole**, perché la **colpevolezza dell'inconscio** è materia almeno dubbia. La colpa è **solo un fatto tipico**, cioè mera trasgressione di una norma, anzi meno ancora, perché di regola, in altri campi del diritto, **la norma violata esiste prima della condotta ed è, appunto, oggettiva, ma nella colpa generica no**, è fabbricata a posteriori e la fabbricazione non può non essere soggettiva, **e nessuno può sperare che il senno del poi non condizioni il Giudice nella sua costruzione!** O, se non è così, illuminatevi, per favore! Perché io non vedo che **finzioni su finzioni su finzioni.**

g. Il fatto allora si va sbriciolando nel rischio e non è più roccia come prima pareva, ma **non è più chiaro che cosa sia diventato perché "rischio" è una parola che non designa fatti naturali** ma complessa ibridazioni di scienze che conoscono il fatto e teorie che integrano il fatto coi valori cioè con norme, tali per cui, quel che è rischio per me può non essere rischio per te.

h. L'incertezza e la liquidità spaziano anche oltre, e **hanno i confini che ha il linguaggio**, perché tutte o quasi le parole del diritto penale che dovrebbero avere un referente non nel diritto ma nella realtà, subiscono **un processo di progressiva perdita di significato**, talvolta per il troppo uso, più spesso a causa del fraintendimento che deriva da un uso ingenuo del linguaggio ordinario: **chi sa dove stia il confine interno del concorso di persone nel reato**, o, peggio ancora, **il confine del concorso esterno nel concorso interno** che si chiama associazione a delinquere? Le parole che si trovano in dottrina e giurisprudenza sono **pericolosamente esposte al vuoto**, perché palesemente esse sono costruite per non costituire alcun vincolo reale al potere creativo del Giudice.

Il diritto penale è fatto linguistico – *hic sunt leones* –. Il fenomeno ha portata ancora più generale, direi sistemica. Dire che un'interpretazione è *secundum legem* e un'altra è *contra legem* significa solo che, tra due interpretazioni plausibili, io scelgo A e tu B, **ma non sempre è davvero possibile stabilire se e perché A è meglio di B o viceversa. Il diritto non è la parola**, cioè il significante, ma il contenuto, cioè il significato, e **che rapporto ci sia tra l'uno e l'altro** è uno dei più gravi problemi mai messi a fuoco dall'uomo. Non abbiamo alcun parametro oggettivo. Le regole canoniche – *intentio* del legislatore o della legge, argomento dal sistema *etc.* – sono usate solo quando vanno d'accordo, cioè supportano, l'interpretazione che io ho deciso di perseguire. Il penalista usa il linguaggio **senza aver studiato come il linguaggio funzioni**, e questo è un serio pericolo per la razionalità del diritto penale. Ad esempio, non è più lecito credere ingenuamente che ad un significante corrisponda sempre uno e un solo significato, perché la concezione referenziale del linguaggio è appunto troppo ingenua.

i. In fondo **non si spiega più perché per dirsi liberale, il diritto penale debba continuare a fuggire dall'uomo** (fingendo di non sapere che non è possibile, se non al prezzo di un'altra finzione, giudicare un fatto senza l'uomo), e perché sarebbe meno liberale un diritto penale che fosse invece fondato sull'uomo prima che sul fatto, diventa un mistero, soprattutto in tempi come i nostri in cui i pericoli della disumanizzazione di massa tornano a farsi inquietanti e l'uomo deve stare al centro di ogni discorso.

Non è più chiaro, infatti, come forse appariva prima, perché un fatto così debole, che ora c'è e ora non c'è più in funzione di opzioni normative, spesso anche inconsce, di un certo tipo o di altro, debba funzionare come **pietra angolare del diritto penale sedicente liberale** che da tempo mena vanto di anteporre il fatto all'uomo, come se in ciò stesse la gloriosa bandiera che sventola ancora.

j. Che cosa c'è di liberale nel **divieto della perizia psicologica sull'uomo**, cioè nel divieto fatto al Giudice di conoscere l'uomo che gli si para innanzi, come candidato reo e condannato, se non la **debolezza** di un diritto che teme di squagliarsi al sole **se permettesse al Giudice di conoscere l'uomo che è il reo?** La paura che venga a galla **l'innocenza naturale dell'uomo** – cioè **l'impossibilità di attribuire colpe per esser quel che si è** – qui si vede benissimo e non è un belvedere (è un po' come **la misura soggettiva della colpa**, che deve via via avvicinarsi all'uomo ma non può arrivare troppo vicino perché, altrimenti, scomparirebbe la possibilità di un rimprovero, e che cela il problema vero, perché non si spiega perché mai il rimprovero dovrebbe essere necessario).

k. Il diritto penale liberale, come tutti sanno, si raccoglie intorno **al bene giuridico**, ed è difficile immaginare **finzione più finta di questa**. La circolarità del concetto è già stata da tempo denunciata (il bene giuridico è ad un tempo premessa e conclusione del ragionamento interpretativo). La finzione, però, ossia **la petizione di principio** non sta solo qui. Il penalista liberale dà per scontato col costruire il bene giuridico quel che deve provare e cioè che il diritto penale protegga effettivamente qualcuno o qualcosa, che poi chiamare bene giuridico o in altro modo non fa differenza alcuna. La prova, però, manca e **l'unica certezza è che il diritto penale distrugge beni giuridici**. L'ideologia qui è talmente manifesta – il bene giuridico serve a celare che non vogliamo provare se il diritto penale protegge davvero qualcosa o qualcuno – che non ci si deve soffermare più di tanto. Solo un cenno merita **l'altra finzione**, che dalla prima segue, e cioè **che il Giudice sia il protettore dei diritti**, che serve a non dire la verità meno piacevole, che il Giudice, con gli atti linguistici che compie fa molte cose, e la cosa che certamente fa, con la condanna, è **attuare l'uso della violenza dello Stato sull'uomo**, e, come accennato, che **questa violenza tuteli anche qualcosa o qualcuno che non sia l'interesse di chi ha il potere nello Stato** è tutto da provare ma nessuno sa provare.

l. **Il culto della ragione** – in cui tutti ci immergiamo perché dire che siamo razionali ci fa sentire bene – appare sempre più uno *slogan* o meglio... una finzione. Essa dovrebbe garantire il bene supremo del diritto, e cioè che qualunque uomo razionale giudicherà **il diritto e il fatto allo stesso modo, perché il diritto è certo e il fatto anche almeno agli occhi della ragione**. Sappiamo però che né l'una né l'altra affermazione è vera. Se si chiede, allora, **a quale concetto di ragione** il giurista faccia riferimento, è probabile che ci sarà un imbarazzato silenzio.

Ragione utilitarista, Beccaria o ragione pratica, Kant? L'una esclude l'altra, ma entrambe vengono dal copioso fiume dell'illuminismo che continua a non illuminare le spesso sordide pratiche del diritto penale. Che esista il mondo morale della ragion pratica – e quindi che **esista una ragione pratica universale e generale** di cui ogni uomo è naturalmente dotato – pare largamente ottimistico, forse una pia illusione, tant'è che la ragion pratica è scolorita nel XX secolo **in ragione comunicativa**, che però è già estinta nel mondo del XXI secolo in cui **la comunicazione e l'interazione tra esseri umani sono sempre più chiaramente e tragicamente irrazionali** (la filosofia di Habermas non va d'accordo con *Facebook*, nemmeno se tutti gli utenti decidessero insieme di regalargli un *like!*).

La ragione utilitarista pone invece il problema dei fini, cioè se e quando possano dirsi giusti, perché l'utilitarismo non lo dice, e non è poco quel che manca, dato che, incontrovertibilmente, **l'olocausto è stata un'impresa assai efficiente dal punto di vista della ragione strumentale (lo spiegano Bauman e tanti altri)**. La storia dell'occidente, parola di Max Weber, è la storia di un processo di razionalizzazione, in cui proprio la ragione strumentale, che diventa burocrazia, de-umanizza anche l'uomo burocrate, e il pericolo che anche il Giudice sempre più razionalizzato possa diventare macchina burocratica, non può essere escluso a priori. In questi tempi, quindi, **la sola ragione che sappiamo esistere è la ragione biologica** cioè l'insieme di circuiti cerebrali della corteccia frontale, che sono diversi da uomo a uomo, in cui popolazioni di miliardi di neuroni parlano tra loro linguaggi elettrochimici e fanno di noi cose, **pensieri ed emozioni**, che nemmeno noi sappiamo, se non a grandi linee, chi li abbia fabbricati, da dove siano venuti e perché siano venuti alla coscienza. In questo magma incredibilmente complesso in cui **le emozioni** – sistemi neurali collocati nelle regioni subcorticali del cervello e **molto più antiche e potenti della neocorteccia** – **contaminano il pensiero**, o meglio sarebbe dire che **non c'è pensiero che non sia contaminato dall'emozione**.

Abbiamo numerose prove che **questa ragione naturale** è naturalmente difettosa, come non può non esserlo una **macchina naturale** forgiata da milioni di anni di evoluzione. Pare, ad esempio, che **il nostro cervello non sia cablato per capire intuitivamente la statistica**: ragione in più per studiarla se pretendiamo di far uso di scienze che sulla statistica si fondano.

Sappiamo anche che il nostro cervello è eccezionalmente plastico e quindi **non cessa mai di imparare e può sempre cambiare** (e questa è una buona notizia per il diritto penale) purché all'intorno ci siano le giuste condizioni e non il loro opposto.

m. Da qualche decennio almeno ci sentiamo ripetere che l'imputabilità è in crisi. C'è chi crede nel paradigma psichiatrico, chi in quello psicologico, chi in nessuno dei due perché diffida della scienza (che evidentemente sa di psicologia meno del penalista). Alla fine, però, siamo tutti d'accordo nel rilasciare al Giudice **una "cambiale in bianco"** che riempirà lui, il Giudice, come più gli parrà opportuno.

Che **capacità d'intendere e capacità di volere** siano concetti cui corrisponda qualche reale stato mentale è quindi vero nel mondo della libertà morale di Kant, ma è almeno in dubbio nel XXI secolo che di essa ci siano tracce nel mondo empirico, e quindi dovremmo preoccuparci, perché se **l'imputabilità diventa incomprensibile** – ma essa è già incomprensibile – cade tutto, ma proprio tutto.

Da sempre, il pensiero dell'uomo sull'uomo è dominato dal dualismo mente-cervello. Anche il diritto penale è fondato sulla *summa divisio* **fatto-colpevolezza** che è a sua volta fondata sull'antico metafisico **dualismo** della mente come sostanza spirituale che è *altra e più importante* rispetto alla sostanza materiale, il cervello. Il confine tra cervello e mente, nella visione disincantata della scienza della mente del XXI secolo, tende però a sparire, perché **non c'è alcuna mente senza un cervello** (mentre può valere l'opposto), e nel momento in cui è doveroso **ridurre la mente al... cervello** (che non significa affatto che la mente umana sia meno straordinaria di quel che è, ma solo che essa è soggetta a leggi di natura come tutto quel che è nel mondo), è come dire che **un pensiero – o un'emozione – è un'azione**, e quindi anch'esso... **un fatto materiale** – sebbene d'altro e misterioso genere. La biologia della mente parla ormai abitualmente di mente *embodied*, cioè di mente o coscienza incarnata nel cervello, cioè nel corpo, nell'ambiente in cui è gettata a vivere e non è facile capire dove ci porterà questo pensiero.

La nostra **sistematica che divide il fatto dalla colpevolezza** comincia quindi a vacillare anche da questa parte. Pare, paradossalmente, che ci siano solo fatti... La prima volta che ho letto che, forse, **la coscienza è solo un epifenomeno del cervello**, cioè poco più che un'illusione, non credevo a quel che leggevo. Poi l'ho letto sempre più spesso. Già Freud aveva scritto che **non siamo padroni in casa nostra** (ma Dostoevskij e Nietzsche l'avevano chiaro già prima di Freud). La coscienza – intorno a cui tutta la imputabilità e la colpevolezza ruotano (perché nessuno è punibile se commise il fatto senza coscienza e volontà) – sa molto meno di quanto sappia l'intero cervello e la differenza è data dalla **sterminata**

pervasività dell'inconscio. Non siamo affatto trasparenti a noi stessi. In verità non ci conosciamo mai per davvero e **forse l'io è solo una maschera narcisista che ci siamo creati per autoingannarci e ingannare.** La coscienza non è l'auriga platonico che tiene a bada i cavalli imbizzarriti della sua natura, ma molto meno, e *quanto meno* ancora non sappiamo. Forse noi siamo la biga che si guida sé, o un automa spirituale e niente d'altro.

n. Arriviamo così al dogma di tutti i dogmi. Tuttora crediamo nella verità del **presupposto tacito** di imputabilità e colpevolezza, il vecchissimo e veneratissimo **libero arbitrio dell'uomo.** Il dogma presuppone – ancora Kant?! – **l'autonomia del mondo della morale dal mondo empirico dei fenomeni, quindi la separazione tra mente e cervello,** e in ciò stava la credenza della prodigiosa unicità della ragione dell'uomo da cui seguiva l'intangibile valorizzazione della sua dignità e dei suoi inalienabili diritti (anche se restava nel non detto che la libertà e l'eguaglianza degli uomini, se resta solo nelle parole del mondo della ragione e non cala nel mondo empirico, può essere **un ben misero e ipocrita modo di conferire dignità all'uomo**).

Chi crede, però, oggi, che esista questo mondo della morale e della libertà che trascende il mondo empirico in cui la ragione detta gli imperativi che fanno dell'uomo ubbidiente un uomo libero? È chiarissimo che è vero l'opposto, e cioè che il corpo, **il cervello, costruisce e condiziona (la ragione e) la volontà,** cioè la mente, e anche se non sappiamo come (c'è tuttora un gigantesco **gap esplicativo,** perché come il cervello causi la mente è oscuro) non per questo possiamo **fingere di credere che la mente sia libera e il cervello no.**

o. Come si può, però, non credere al libero arbitrio? Perché non riusciamo ad abbandonare il **teatrino cartesiano** (così domanda ironicamente il filosofo Dennett)? **Chi di noi infatti non si sente libero?** Il fatto di sentirci liberi e capaci di controllo pieno su noi stessi significa però che è proprio vero quel che sentiamo? (L'argomento vale più o meno come l'argomento per cui tutti eravamo certi, prima di Copernico e Galileo, che il sole e i pianeti girassero attorno alla terra? Chi di noi, prima di Darwin, avrebbe mai detto che noi e tutti gli animali della terra discendiamo da un unico progenitore vissuto qualche miliardo di anni fa?).

p. Dire di non credere al libero arbitrio, però, sembra quasi la violazione di un *tabù*, tanto che **gli scienziati e i filosofi spesso non hanno il coraggio di dire fino in fondo** quel che è più che ragionevole, e cioè la totale dipendenza della mente dal cervello e, scandalo degli scandali, **la netta preponderanza dell'inconscio sulla coscienza nel determinare la vita psichica dell'uomo** (la neuroscienza ha riscoperto Freud perché ha dato la prova che esiste l'inconscio, e uno dei programmi di ricerca più affascinanti che DPU proverà a seguire è costituito da quella **fusione di mondi filosofici e scientifici che si chiama neuropsicoanalisi** – ma seguiremo i programmi che fondono il diritto nella narrazione, e quindi scoprono, nei testi letterari, che i grandi scrittori hanno scoperto l'inconscio anche prima di Freud).

Non siamo liberi da noi stessi. L'inconscio è il mio Es, o forse qualcosa di più o di meno. La mia coscienza, l'io, può poco. **Quale è la mia colpa? Posso davvero essere diverso da quel che sono?** L'intolleranza intorno al dogma, però, è ancora altissima, quasi da inquisizione del pensiero, e vedrete quante reazioni produrrà DPU su questo cruciale argomento! La verità è però che chi resiste lo fa *pro domo sua*, perché se cade quel dogma di fede, **l'edificio della mens rea non si autolegittimerebbe più come un tempo,** perché non sarebbe più chiaro né che cosa sia la *mens* né che cosa sia la realtà della *mens* e il castello di carte di un finto millenario sapere cadrebbe.

A quel punto forse scopriremo che il libero arbitrio è stato usato più come congegno psicosociale per sottomettere l'uomo che per elevarlo al rango che la ragione, a parole, riserva alla sua dignità.

q. Parlare di **cervello morale** quindi ci sembra ancora un'imbarazzante assurdità, quasi un ossimoro: **come può la materia essere morale o immorale?** E la domanda è davvero difficile – forse è una cattiva domanda perché la materia non è né morale né immorale – ma una risposta, quale che sia (ad esempio **che cosa sia l'empatia** e dove, cioè in quale zona del cervello, i neuroni specchio si accendono come se l'altro che soffre fossimo noi) è utile –, ma il programma di ricerca dovrà anche spiegare dove sia e soprattutto perché possa mancare l'empatia e, quindi, **perché e da dove venga la capacità di infliggere dolore all'altro**. L'eterna domanda "*unde malum?*" promette forse qualche risposta nuova. Forse la risposta è che non esiste alcuna morale ma solo natura, oppure **che esiste solo la morale, che ora sapremo costruire su basi nuove**, anche perché da dietro sta arrivando una domanda ancor più nuova e spaesante legata alla **macchina che prende decisioni morali senza la guida dell'uomo** (cfr. lettera z). Superare il libero arbitrio sarà impossibile nel breve periodo e forse è bene che sia così, perché non siamo pronti agli effetti che quel terremoto porterà con sé. Però possiamo prepararci. Nel frattempo potremmo, ad esempio, **rifondare** l'imputabilità su basi scientifiche e liberarci da questa odiosa normativa di stampo fascista e piccolo borghese che il codice penale del 1930 incarna. Perché non l'abbiamo fatto ancora?

r. Già ora, però, anche **l'intero vocabolario della psicologia folcloristica del senso comune**, fatto di parole come "previsione" "intenzione" "volontà", **che il diritto penale condivide col senso comune**, è sospettabile di... non esistere, cioè di **non corrispondere ad alcun reale stato mentale**, ed è urgente verificare se **il nuovo vocabolario della crescente biologia scientifica della mente** ci aiuti già a veder più chiaro in noi stessi.

Perché non è evidente come dovrebbe, ad esempio, che **il dolo eventuale** non esiste, ovvero esso è **il prodotto di un linguaggio che non sa riconoscere i propri limiti**, e quindi piuttosto che descrivere con le parole uno stato della mente reale, che nessuno ha mai provato perché nessuno di noi sa che cosa sia, costruisce **uno stato mentale fittizio** lavorando solo con le parole e il dolo eventuale quindi resta solo un **rebus linguistico senza corrispondenza con la realtà?** Davvero qualcuno crede che ci sia la possibilità di dire una sola parola nuova su questo fantasma del diritto penale?

s. Abbiamo creduto che, lasciato libero dai lacci e dai laccioli della epistemologia giudiziaria costruita infaticabilmente dai grandi giuristi dell'antico regime, **il Giudice si sarebbe naturalmente orientato verso la verità e la certezza della ragione**, ma ora non potremmo essere così sicuri che l'opzione illuminista di cancellare **l'epistemologia medievale**, parecchio pessimista e quindi più realista di quella illuminista, sia stata una buona idea. Se **l'unica ragione che esiste è la ragione biologica**, meccanismo imperfetto e spesso fallace, in gran parte inconscio (**l'inconscio cognitivo** pare un altro ossimoro e invece è assai reale almeno quanto **l'inconscio emotivo**) non è imprudente fidarsi così tanto del convincimento del Giudice, se non indaghiamo a fondo **le cause psicologiche** del giudicare?

t. Che cosa significa **libero convincimento** del Giudice? Libero da che e da chi? Se nessuno è libero e nemmeno il Giudice è libero, che cosa nasconde **la finzione** del libero convincimento?

Perché – nel posto occupato dalla finzione del libero convincimento – non esiste più **un'articolata e aggiornata epistemologia giudiziaria**, cioè un sistema legale della valutazione della prova, fondata a un tempo (da un lato) **sulla logica, cioè sulle regole della scienza del pensiero, la logica del probabile, la retorica, e** (dall'altro lato) **sulla psicologia?**

Nessuno studia più queste discipline – quantomeno all'università o nelle scuole di specializzazione – e, quindi, la risposta alla domanda è tutta qui. Il giurista contemporaneo è più ignorante del giurista medioevale. **Non sappiamo nemmeno di non sapere**, e andiamo avanti di finzione in finzione. Prima ho fatto cenno alla sotto determinazione. Non c'è processo in cui l'evidenza, cioè la

batteria delle prove, sia talmente grave precisa e concordante, da poter essere spiegata in un solo modo. È vero il contrario, e cioè che **sempre o quasi l'evidenza può essere spiegata in più di un modo, magari l'uno l'opposto dell'altro**. Mai o quasi mai gli indizi sono gravi, precisi e concordanti. Il Giudice compie ragionamenti che sono **ragionamenti abduktiv**, cioè inferenze alla migliore spiegazione possibile, ma nessuno gli ha insegnato i rudimenti della relativa logica. Forse conoscere – è un esempio – il significato del teorema di Bayes sarà d'aiuto, più di quanto non lo sia **la finzione** per cui il Giudice condanna solo se non ci sono spiegazioni alternative a quella dell'accusa, **perché almeno ci diremo apertamente che questa ottimistica opinione non è mai stata altro che un'ottimistica opinione**. La teoria dell'indizio è più o meno quella antica. Il Giudice condanna se l'inferenza alla conclusione probatoria è tuttora fondata **su massime di esperienza**, che sembrano conigli che escono dal cappello del prestigiatore perché la loro base empirica è ambigua – chi l'ha detto che va davvero così nel mondo? – e lascia sempre il timore che sotto ci sia il trucco.

u. La più **ipocrita** di tutte le finzioni si dice con l'**acronimo BARD**. Nessuno di noi conosce alcunché con la granitica certezza che va oltre ogni ragionevole dubbio. **Il dubbio ragionevole, semmai, è se possiamo conoscere qualcosa**. BARD, allora, se preso sul serio – e non è chiaro come si possa – è un **incentivo sub liminale all'irrazionalità**, cioè a far prevalere, nel cervello del Giudice, quelle euristiche e soprattutto quelle sistemiche distorsioni, o *bias*, (*bias* della causalità, della conferma, dell'effetto tunnel), coi quali tutti **noi proteggiamo dal pericolo della falsificazione razionale, ogni nostra credenza**, rimuovendo ogni dubbio, per non dover **fare la fatica di cambiare idea**. Se penso dubito, e se supero il dubbio vuol dire che ho pensato e superato il dubbio, ma significa anche che **il dubbio era razionale**, altrimenti sarei stato io irrazionale a perdere tempo con dubbi irrazionali, o no? Se invece non dubito, non ho più troppi problemi, mi basta assecondare le euristiche fondamentali e lasciarmi andare cullato nei consueti *bias*... e sentirò di aver sempre ragione.

v. Non si deve essere profeti per prevedere che il Giudice di domani dovrà, ancor più del Giudice di oggi, **decidere applicando la scienza**, o meglio le scienze. Le scienze forensi crescono ogni giorno di più, e chiedono di essere imparate, ma anche le scienze non forensi non scherzano e sarebbe opportuno che se ne sapesse almeno qualcosa più di nulla. Andrà sempre peggio perché è una deriva impossibile da fermare. **Le parti di realtà che possono essere capite col senso comune e quindi dette con il linguaggio comune**, ogni giorno **cedono terreno** ai linguaggi specialistici delle scienze che fondano **ontologie enormemente più complesse e vere del senso comune**. Senza capire di statistica non si capisce quasi nulla di scienza, anche se sapere di statistica non garantisce ancora che si sappia di scienza. Nel nostro diritto penale il Giudice è fermo molti anni luce prima, perché tuttora si crede il **peritus peritorum**, anche se, di recente, è stata detto che **l'ignoranza del Giudice è legittima**, da cui segue che il Giudice è **imperitus** in quanto ignorante – per carità, legittimamente! – e allo stesso tempo **peritus peritorum** e come faccia, **l'imperitus ad essere peritus** è un miracolo della fede (*credo quia absurdum*).

Si giunge al paradosso che **ignorantia facti excusat** il Giudice che, allo stesso tempo, dovrebbe però anche esser certo BARD per condannare e come fa ad essere certo BARD se è ignorante legittimamente di scienza, decisiva per conoscere il fatto, non è dato capire.

Non sapendo come sbrogliare la matassa, si dice che il Giudice deve fare come **il notaio che certifica il consenso (mitico) della (mitica) comunità della scienza**, ma come faccia il Giudice a capire se **il consenso è vero o finto** non si comprende, visto che il Giudice, se è **legittimamente ignorante di scienza**, non ha il dovere di **acquisire e capire l'evidenza scientifica da cui dipende l'esito del processo e quindi non sa che consenso deve cercare e dove**. Le parti, implacabilmente avversarie, non lo aiutano certo ed entrambe diranno che il consenso sta dalla loro parte e non faranno fatica a trovare argomenti che il Giudice non potrà smascherare. Non si va molto oltre dicendo che **il Giudice è il custode del metodo scientifico**, almeno fino a quando il Giudice non avrà imparato che cosa sia il metodo scientifico e oggi non c'è nessuno che glielo insegni (sicché il Giudice fa l'arbitro di una partita di calcio senza conoscere le regole del calcio e si pretende che comunque fischi). Se non si ha il coraggio di

prendere il toro per le corna, **ammettere il problema e correre ai ripari**, cioè cominciare ad addestrare i giuristi con qualche sapere in più di quel poco o nulla che oggi ci insegnano, **la fiducia della società nei suoi Giudici** sarà sempre più minata e sempre più incerta e questo non può augurarselo nessuno. La storia ventennale della causalità da amianto è un più che un campanello: è **una vera e propria sirena che suona un gravissimo allarme**.

w. Perché il Giudice ha cessato da tempo di dar conto del ragionamento che compie durante la delicatissima operazione della **commisurazione della pena nella condanna**? Una grande dottrina ha fatto epici sforzi per spiegare che i criteri oggettivi e soggettivi dell'art. 133 funzionano se siano messi in relazione, come mezzi ai fini, con gli scopi della pena. Chi legge più quella dottrina? Il fatto che i giudici abbiano cancellato l'art. 133 c.p. non significa che essi stessi **non credono che la pena che infliggono debba avere qualche scopo che non sia quello che credono loro**? Che facciano un tanto al chilo? O quantomeno non credono che **se uno scopo c'è, esso stia nell'art. 133 c.p.** cui si richiamano in modo ormai manieristico? E se non sta lì, nell'art. 133 c.p. e nella Costituzione, **in quale altro luogo sta la ratio della commisurazione della pena** che permetta di dire che il Giudice è soggetto alla Legge? In nessun luogo? Nel cervello del Giudice? Nella sua **ragione** (e allora si veda la lettera i), **o nelle sue emozioni** (c'è chi ha scritto – Forza, Menegon e Rumiati – un libro dal titolo azzeccatissimo *Il giudice emotivo*)?

L'articolo 133 c.p. è da tempo tacitamente abrogato o forse non è mai entrato in vigore, e non c'è nulla al suo posto. **Un giorno in più o in meno in carcere però può fare la differenza tra la vita e la morte**. Le spaventose statistiche sui suicidi in carcere, anche di uomini mai condannati e quindi da considerare innocenti, lo dicono in modo agghiacciante.

x. La **pena** è pensata ancora come retribuzione del male col male è tuttora fondata su **un'idea di giustizia come vendetta**, sottratta ad ogni discussione perché elevata al rango di universale psicologico antropologico e storico dell'uomo in società, senza che sia mai stata completata – o forse nemmeno avviata – **l'indagine psicologica, o anche solo storica** che conforti l'assunto di universalità e insuperabilità di quell'idea. La pena retribuisce la colpa. Come detto prima, nel XXI secolo, **l'uomo deve quantomeno dubitare della antichissima credenza nel libero arbitrio e il dogma della colpa barcolla non poco, sicché, che cosa ci sia da retribuire, non è più chiaro come un tempo**. La possibilità di un rimprovero per colpa è quindi dubbia, e il nostro diritto penale illuminato dice che, **nel dubbio sulla colpevolezza, prevale l'innocenza dell'uomo e non il suo opposto**. Dov'è la colpevolezza dei più di 60.000 uomini che oggi stanno in carcere? C'è già ora **una pesante ipoteca** intorno alla giustificazione del diritto penale alla luce dei suoi stessi principi. Bisogna correre ai ripari, e anche in fretta.

y. **Prevenzione generale e prevenzione speciale**, l'una ormai ridotta a etichetta linguistica che costantemente slitta di significato verso il basso, perché piuttosto che solido fatto empirico si fa sempre più **oscura metafora di se stessa** o di qualcosa d'altro che scivola come sabbia dalle mani (la pena aiuta l'integrazione della società? O, piuttosto, la paura del crimine e il bisogno di pena, sapientemente indotti dal potere che mette gli uomini in società gli uni contro gli altri, **disintegrano le relazioni umane nella società, trasformando ogni diritto penale in un diritto penale del nemico?**), e l'altra, apparentemente da tempo confutata dai fatti – i dati sulla recidiva dovrebbero far riflettere sul luogo comune per cui l'uomo apprende pavlovianamente solo con l'uso del bastone – ma comunque viva e vegeta a conferma che **il diritto penale non è più quel che appare ma che cosa sia non è più chiaro a nessuno**.

z. Che cosa vuol dire e soprattutto come si accerta **che un uomo è pericoloso per altri uomini e quindi per la società**? Quanti uomini ora chiusi in carcere sono realmente pericolosi? **Perché nessuno, proprio nessuno può rispondere**? Come trattare l'uomo pericoloso?

Qui sta la sfida più grandiosa. Levare la pena al diritto penale e quindi fare di esso qualcosa d'altro! Che cosa d'altro?

Non è più ammesso non rispondere, o rispondere sconsolati che "purtroppo non c'è niente da fare", crogiolandosi nell'indimostrato e arbitrario assunto che un'alternativa non esiste solo perché si è troppo poco propensi a pensare davvero a un'alternativa. **Un'alternativa c'è sempre.** Dobbiamo rimboccarci le maniche e DPU serve anche a questo.

Quanto tempo ci vorrà ancora prima che un *computer* possa imparare – in realtà i *computer* oggi già imparano da soli (è il cosiddetto *machine learning*, branca **dell'intelligenza artificiale**) – il mestiere del giurista, teorico o pratico che sia?

Che cosa accadrà allora?

L'attuale sconcertante stato della situazione accelererà forse un processo in qualche modo irreversibile.

Queste e molte altre (ogni penalista rispettabile, teorico o pratico che sai, può fare **la sua lista personale delle finzioni cui vogliamo continuare a credere**), sono tutte parole di **una vecchia e ormai stanca mitologia, o metafisica**; una **teologia** socio-politica – forse laica o forse no –, certo di matrice idealistica molto più che materialistica, irrazionale molto più che razionale, perché di illuminista ha poco, se non la facciata linguistica, l'idolatria nella Legge fatta Codice – Libro Sacro e unica fonte del Diritto –, che ha ridotto molti penalisti di oggi ad essere troppo **burocrati**, troppo impegnati ad **amministrare i dogmi ricevuti dai padri sulle cui spalle essi provano a stare.**

Siamo nel XXI secolo, però, e la metafisica zoppica da tempo (almeno da quando Nietzsche ha scoperto che... Dio è morto)².

Perché il diritto penale ancora gli sopravvive?

² F. Nietzsche, *La gaia scienza*, aforisma 125, in *Grande Antologia Filosofica*, vol. XXV, Marzorati, 1976, pp. 213-214.

— Diritto, diritti, verità e democrazia

Law, Rights, Truth and Democracy

di Marco Bouchard

Abstract. *La diffusione straordinaria di notizie e informazioni false attraverso i media e la rete ad ogni livello danneggia la convivenza civile e getta nel discredito l'affidabilità delle stesse istituzioni democratiche. Occorre creare una nuova alleanza tra verità e democrazia anche attraverso il linguaggio dei diritti. Merita attenzione una recente proposta per formulare dei diritti aletici come base anche per una riforma della giurisdizione, in particolare quella penale, la cui finalità – unica tra tutte le attività giuridiche – è proprio quella di accertare e verificare la verità. Ma quale verità? Non solo quella processuale ma una verità che unisca il sapere scientifico, la logica, l'esperienza vissuta dagli attori della vicenda umana e la polifonia delle voci che intervengono nel giudizio.*

Abstract. *The extraordinary diffusion of fake news and bad information through the media and the network at every level damages civil cohabitation and discredits the credibility of the democratic institutions themselves. We need to create a new alliance between truth and democracy also by the language of rights. A recent proposal to formulate "alethic rights" to be used as a basis also for a jurisdiction reform, particularly the criminal one, deserves attention. Its purpose – unique among all judicial activities – is precisely to ascertain and verify the truth. But what truth? Not only the procedural one but a truth that combines scientific knowledge, logic, the experience lived by the actors of the human story and the polyphony of the voices that intervene along the trial.*

SOMMARIO: 1. L'immaginazione è la chiave del potere cooperativo. – 2. *Aletheia*. – 3. La verità al potere. – 4. Verità e democrazia. 5. Falsità che germogliano dal basso e inaffidabilità delle istituzioni. – 6. Diritti aletici: diritto delle persone vulnerabili ad essere credute. 7. – Diritti aletici: il diritto di disporre di istituzioni affidabili nell'accertamento della verità. – 8. Verità e giustizia. – 9. Le prove come garanzia dall'arbitrio e dall'abuso e della separazione tra poteri. – 10. La formazione del magistrato. – 11. La grande crisi narrativa del processo penale. – 12. Contraddittorio e rispetto del precedente. – 13. Il giudice come buon narratore. – 14. Verità e riconciliazione. – 15. Quattro verità. – 16. La verità è una farfalla.

SUMMARY: 1. Imagination is the key to cooperative power. – 2. *Aletheia*. – 3. Truth in charge. – 4. Truth and democracy. – 5. Sprouting up falsehoods and unreliability of the institutions. – 6. Alethic rights: vulnerable people claim to be believed. – 7. Alethic rights: right to have reliable institutions in ascertaining the truth. – 8. Truth and justice. – 9. Evidence as pledge against arbitrary acts and violations of the separation of powers – 10. Judge's culture. – 11. The great narrative crisis of the criminal trial. – 12. Cross-examination and the regard of the precedent. – 13. The judge as a capable narrator. – 14. Truth and reconciliation. – 15. Four truths. – 16. Truth is a butterfly.

La nostra sete di verità e di conoscenza non è mai stata così soddisfatta come nell'epoca attuale della **rete**, dei *social network* e di tutti i mezzi che la tecnologia mette a disposizione per la comunicazione umana. Al tempo stesso la diffusività e la velocità di trasmissione-dati espongono il

nostro bisogno di verità e di conoscenza al rischio – e spesso e volentieri al danno certo – del disorientamento e dell’inganno derivanti dalla falsità o, semplicemente, dalla non veridicità delle informazioni ricevute.

Non sono in gioco solo decisioni private e individuali ma – com’è noto – decisioni collettive, istituzionali, politiche, anche a livello internazionale¹. In altri termini non vengono messe a repentaglio solo le relazioni sociali e, più in generale, la convivenza, ma le basi stesse della democrazia. Di fronte alle gravi conseguenze generate dalla menzogna intenzionale o dalla propalazione incontrollata di notizie prive di fondamento è doveroso chiedersi quale ruolo possa avere il diritto e, in particolare, se esista un diritto tutelato alla verità.

1. L’immaginazione è la chiave del potere cooperativo.

In realtà in tutta la storia dell’umanità la verità ha giocato un ruolo decisivo per delle ragioni che uno storico israeliano, Yval Noah Harari², ha spiegato con sorprendente efficacia. Noi, *homo sapiens*, ci distinguiamo dagli animali non solo perché siamo capaci di cooperare ma perché, soprattutto, la nostra capacità cooperativa si fonda sul “dono” di **creare storie inventate**. La storia della cooperazione umana non indica una ricerca del **bene** e del **vero** ma l’abilità di persuadere un numero significativo di persone della bontà e fondatezza della storia inventata, frutto della nostra immaginazione.

L’immaginazione è, dunque, la chiave del potere cooperativo. La capacità di fabbricare miti permette la costruzione di identità e il tracciamento di percorsi comuni. Noi crediamo ai miti non perché siano veri ma i miti diventano veri perché li raccontiamo.

Questa prospettiva ci aiuta a comprendere quanto sia stato complicato e quanto faticoso continui ad essere il rapporto tra la **realtà** delle cose e la nostra possibilità di apprenderle e definirle. Tale rapporto è infatti strettamente dipendente dal nostro linguaggio, vale a dire dalla nostra capacità di raccontare «le cose come stanno».³

2. *Aletheia*.

I greci impiegavano il termine *aletheia* per descrivere la verità: letteralmente «divelamento», «non nascondimento» e, nella storia cristiana, «rivelazione». In uno dei più risalenti impieghi di *aletheia* le muse si rivolgono ad Esiodo, nella Teogonia, per dirgli che

«noi sappiamo raccontare cose false che sembrano vere, e se vogliamo sappiamo anche cantare la verità»⁴.

«Vero – dice Platone – è il discorso che dice le cose come stanno»⁵.

¹ Una delle vicende più note è quella ricostruita dalla cronista dell’Observer, Carole Cadwalladr, che ha scoperchiato lo scandalo di Cambridge Analytica spiegando come i *social network* avessero influito sulla Brexit, e come stiano facendo del male alle democrazie di tutto il mondo. Il testo in italiano del discorso tenuto al TED di Vancouver è reperibile sul sito dell’agenzia giornalistica AGI (C. Cadwalladr, *Parola per parola, il formidabile discorso della giornalista che ha inchiodato Facebook*, in AGI, 21 aprile 2019).

² Le ricerche e il pensiero di Harari sono documentati in *Da animali a dèi. Breve storia dell’umanità*, Bompiani, 2014, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, 2017, *21 lezioni per il XXI secolo*, Bompiani, 2018.

³ Nel famoso mito della caverna – Platone, *Repubblica*, a cura di M. Vegetti,, Rizzoli 2006, libro VII, 514a-517d, pp. 841 ss. – la **verità** delle cose è propriamente **disvelatezza** delle cose come stanno.

⁴ Esiodo, *Teogonia*, Rizzoli, 1994, vv. 27, 28, «ἴδμεν ψεύδεα πολλὰ λέγειν ἐτύμοισιν ὁμοῖα, ἴδμεν δ’, εὔτ’ ἐθέλωμεν, ἀληθέα γηρύσασθαι».

⁵ Platone, *Cratilo*, Laterza, 2018, frammento 385 c.

Ma a cosa serve la “verità”? Secondo Platone, «l’elemento che agli oggetti conosciuti conferisce la verità e a chi conosce dà la facoltà di conoscere è... è l’idea del bene». ⁶ Il disvelamento delle «cose come stanno» è pertanto in funzione del **bene**. Si tratta allora di stabilire quale sia il bene in funzione del quale si sviluppa la ricerca della verità.

3. La verità al potere.

Recentemente Franca D’Agostini e Maurizio Ferrera hanno affrontato il tema cruciale dei rapporti tra verità e democrazia con una pubblicazione dal titolo significativo, *La verità al potere*⁷, anche alla luce di una discussione, con altri contributi, sulla rivista “*Biblioteca della libertà*”. I due filosofi⁸ non si limitano a definire genericamente il bene ma individuano quattro beni fondamentali ai quali è possibile accedere attraverso la **verità**. Tra essi primeggia proprio quella **capacità di cooperazione** che connota la natura umana. A me piace pensare che gli altri beni – giustizia, convenzioni⁹ e fiducia – non siano altro che componenti del principio cooperativo. In questa sede m’interessa approfondire soprattutto il rapporto tra verità e giustizia. Lo farò più avanti.

4. Verità e democrazia.

Mi soffermerei, per un attimo però, sul rapporto tra verità e quella particolare forma di cooperazione che chiamiamo democrazia. Questo rapporto è sempre stato molto problematico fin da quando, nella Grecia del V sec. a.C., Atene, grazie alle riforme di Pericle, scoprì l’importanza di fondare le decisioni riguardanti la *polis* su deliberazioni prese dall’assemblea formata dal corpo elettorale all’esito di discussioni animate essenzialmente da demagoghi. Il bene pubblico veniva perseguito grazie alla forza argomentativa delle convinzioni e delle credenze esposte e sottoposte al vaglio della loro veridicità (*aletheia*) o meno. La degenerazione del sistema “democratico” giustificò un atteggiamento ostile da parte dei filosofi proprio perché non aveva offerto garanzie adeguate per stabilire la verità delle cose e, dunque, il bene da perseguire. Negli ultimi decenni il rapporto tra verità e democrazia è stato duramente messo in discussione in senso del tutto opposto. Benché nei documenti internazionali e in alcune costituzioni¹⁰ la verità continui ad essere un valore fondante la concezione dei beni fondamentali della convivenza civile e della stessa esistenza umana, si è fatta strada l’idea che, al contrario, proprio la rinuncia a questo valore fondativo – si è parlato di «addio alla verità»¹¹ – possa essere la base per la democrazia stessa. Non si tratta solo di prendere le distanze da verità dogmatiche e dalle forme dittatoriali di imposizione della verità gradita al potere.

Viviamo in un modo dove la conoscenza della realtà è sempre più filtrata da forme virtuali di verità. È sempre più difficile distinguere ciò che è reale da ciò che è vero. Soprattutto non possiamo più rinunciare al pluralismo delle idee e addirittura dei valori anche quando sono inconciliabili. Basterebbe pensare al contrasto tra chi ritiene che il diritto alla vita debba sempre essere garantito e chi afferma il principio di autodeterminazione per un diritto alla vita buona. Per salvaguardare la forma democratica di governo e, in particolare, i diritti delle minoranze alle loro differenze e al loro dissenso dobbiamo rinunciare alla verità dei fatti come valore unico, obiettivo, riconosciuto e riconoscibile da tutti.

⁶ Platone, *Opere*, vol. II, Laterza, 1967, pp. 329 ss.

⁷ F. D’Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere, Sei diritti aletici*, Einaudi, 2019. Da tempo la filosofa Franca D’Agostini ha dedicato la sua ricerca al tema della verità. Si veda per tutti *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011.

⁸ *Idem*, pp. 26 e 27.

⁹ Le convenzioni, in questo caso, rappresentano le consuetudini sul cui rispetto converge l’opinione diffusa.

¹⁰ Valga per tutti il preambolo della Dichiarazione degli Stati Uniti d’America: «noi riteniamo che sono per sé stesse evidenti queste **verità**: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità».

¹¹ G. Vattimo, *Addio alla verità*, Meltemi, 2009.

5. Falsità che germogliano dal basso e inaffidabilità delle istituzioni.

La crisi del sistema parlamentare segna un ulteriore drammatico sviluppo. Alla concentrazione del potere deliberativo e decisionale nelle mani dell'esecutivo si aggiunge una impressionante sostituzione nelle funzioni del dibattito politico e degli atti di governo: i *social network* non solo rimpiazzano l'antica "ecclesia" ma si prestano all'esecuzione di atti di alta amministrazione¹² o, addirittura, di atti *extra ordinem* da parte delle massime cariche dello stato¹³.

Questi elementi hanno condotto Franca D'Agostino e Maurizio Ferrera a evidenziare due aggravanti: la produzione di falsità avviene anche dal basso, ogni utilizzatore della rete è un potenziale mentitore mettendo in circolazione opinioni e resoconti puramente impressionistici¹⁴; in secondo luogo, proprio nell'era in cui la scienza raggiunge traguardi straordinari e si dota di strumenti di elevata verificabilità, le istituzioni soffrono un calo di fiducia altrettanto potente proprio come fonti affidabili d'informazione¹⁵. Tutto diventa opinabile: la sentenza, una terapia, la valutazione d'impatto ambientale, il rischio sismico, i dati sulla disoccupazione, per fare solo qualche esempio. L'inaffidabilità delle istituzioni mette certamente in pericolo la democrazia.

Ma la salvezza della democrazia può essere favorita anche dal recupero di un rapporto virtuoso con la verità piuttosto che da una presa di distanza da essa.

6. Diritti aletici: diritto delle persone vulnerabili ad essere credute.

Si tratta – dicono i due autori – di guardare alla verità come a un concetto generatore di beni individuali e collettivi e, conseguentemente, di **diritti**: non di diritti "alla verità" ma di diritti **aletici**, diritti a non essere ingannati, a non veder nascoste le informazioni importanti, a ricevere una formazione adeguata a discernere fondatezza e coerenza delle argomentazioni.

Tra i diritti aletici individuati è di particolare interesse **il diritto a non soffrire di un «credibility deficit»**¹⁶. È un diritto, se comprendo bene, che dovrebbe garantire l'apporto di verità offerto dalle persone appartenenti a categorie o minoranze discriminate: marginali, donne, migranti, LGBT. Se ci pensiamo bene, a soffrire, ad essere danneggiate dall'annichilimento della verità, sono proprio le persone più fragili o, meglio, più esposte al rischio di non essere credute quando rendono una dichiarazione di verità: la donna quando denuncia una violenza sessuale, il richiedente asilo quando dichiara di essere stato perseguitato. È un diritto esposto a violazione in ogni contesto in cui la testimonianza della persona è decisiva per l'accertamento della verità. Il procedimento penale è certamente il teatro elettivo per assistere a questo genere di violazioni. In realtà pregiudizio e sfiducia inficiano la verità offerta da queste persone in ogni ufficio pubblico, nei servizi sanitari, nel rapporto di lavoro e in ogni altro luogo dove l'atto umano sia condizionato da una dichiarazione di verità.

I gruppi e le persone più esposte sono esattamente quelle socialmente più **vulnerabili**. Nella mia prospettiva, non intendo affermare che questo diritto aletico sia riservato solo alle vittime di una qualche offesa. Nel processo penale in particolare il diritto a non patire di un deficit di credibilità deve

¹² S. Bentivegna, *A colpi di tweet. La politica in prima persona*, Il Mulino, 2015.

¹³ La giurisdizione americana ha dichiarato che i "blocchi" eseguiti dal Presidente degli Stati Uniti d'America delle opinioni critiche nei suoi riguardi pubblicate su *Twitter* costituivano violazione della libertà di espressione tutelata dal I Emendamento. La sentenza della Corte d'Appello del 2° Distretto di New York del 9.7.2019 a conferma della sentenza di primo grado si può leggere [a questo indirizzo](#).

¹⁴ Per un approfondimento C. Perini, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2017.

¹⁵ F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., p. 66.

¹⁶ *Idem*, pp. 47 ss.

valere tanto per la vittima quanto per l'accusato. Entrambi hanno un diritto a non veder pregiudicata la loro aspettativa di verità su quanto dichiarano dagli innumerevoli *bias* di cui è lastricato il procedimento penale.

Ovviamente per conferire pienezza a questo diritto nel procedimento penale occorrerebbe riconfigurare – in ragione di un diverso ruolo della ricerca della verità – l'intero sistema processuale penale.

7. Diritti aletici: il diritto di disporre di istituzioni affidabili nell'accertamento della verità.

Mi sembra che nella direzione di un ripensamento dell'istituzione giudiziaria penale si collochi proprio il quarto tipo di diritto aletico descritto ne *La verità al potere*, come diritto a disporre di istituzioni affidabili nei loro compiti di accertamento della verità: il che vale per tutte quelle organizzazioni che dispongono di un potere-sapere di tipo scientifico destinato ad incidere sul benessere individuale e collettivo (dalla ricerca alla medicina applicata, dalla giustizia all'agricoltura, dalle analisi statistiche ai dati sulla produzione industriale per fare dei semplici esempi).

Per quel che qui ci interessa maggiormente va ricordato che ogni sistema giuridico è radicato nella gestione del vero e del falso¹⁷: questo vale per i piccoli fatti quotidiani portati all'attenzione del magistrato quanto per i grandi crimini contro l'umanità che periodicamente infestano la nostra storia sulla terra. È soprattutto in relazione a questi ultimi eventi che si gioca il rapporto tra verità e le principali forme di cooperazione umana.

L'attitudine degli antichi – nell'affrontare i grandi crimini del passato, all'esito di sanguinose guerre civili o di religione, per costruire nuove basi alla convivenza futura – era rivolta a nascondere la verità piuttosto che a ricercarla.

Le radici dell'amnistia – non ricordare il passato e, per questa via, nascondere a verità dei fatti – si trovano nel decreto di Trasibulo del 403 a.C. che cancellava i procedimenti aperti contro Alcibiade e lo nominava generale con pieni poteri¹⁸.

A distanza di 2.000 anni l'idea dell'occultamento della verità dei fatti criminali del passato come tecnica pacificatoria è ancora più articolata: l'Editto di Nantes promulgato il 13 aprile 1598 dopo l'amnistia concessa da Enrico di Borbone nel 1594 ci illumina sull'ingenua potenza con la quale la corona francese tenta di dominare la memoria delle lotte religiose:

«innanzitutto, la memoria di tutte le cose successe dall'una e dall'altra parte, dall'inizio del mese di marzo 1585 fino al nostro avvento alla corona e durante i disordini o in occasione degli stessi, rimarrà spenta e inattiva, come di cosa non avvenuta. E non sarà legittimo né permesso ai nostri Procuratori generali, né a qualunque altra persona, pubblica o privata, in ogni tempo e in qualunque occasione, farne cenno, oggetto di processo o di azione penale di fronte a qualunque tribunale o qualsivoglia giurisdizione»¹⁹.

Negli ultimi decenni del secolo scorso si è registrata una completa inversione di tendenza, a livello mondiale, in molte esperienze di "transizione" da regimi dittatoriali o, addirittura, apertamente razzisti come in Sudafrica, verso assetti democratici. Mi sto riferendo alla stagione delle Commissioni

¹⁷ *Idem*, p. 26.

¹⁸ M. Bouchard, F. Ferrario, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Bruno Mondadori, 2008, p. 19. La riconciliazione tra Alcibiade e Atene è stata "drammatizzata" da Euripide nell'opera *Le Fenicie*.

¹⁹ M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005, p. 110.

per la verità e riconciliazione, variamente denominate, costituite in Cile, Uruguay, Marocco e in numerosi altri paesi²⁰.

Come ha giustamente osservato Stefano Rodotà, attraverso questi organismi si è parlato

«di diritto alla verità o diritto di sapere come diritto collettivo e come modalità del risarcimento; come cessazione della violazione del diritto alla integrità fisica e psichica; come prevenzione; come memoria; come obbligazione di mezzo e non di risultato; come comprensivo del diritto alla giustizia; e, infine, come diritto al lutto»²¹.

Sull'importanza dell'espressione assunta dal rapporto verità-giustizia in quelle esperienze tornerò alla fine.

8. Verità e giustizia.

Qui vale la pena entrare nel vivo del rapporto verità-democrazia per come si realizza nel nostro sistema giudiziario penale e, in particolare, nel nostro processo penale.

Purtroppo ci dimentichiamo che l'attività giurisdizione (civile, penale, amministrativa), il processo davanti ad un giudice terzo, ha come fonte di legittimazione la ricerca della verità dei fatti. Il giudice è soggetto solo alla legge ma il compito che gli viene affidato è, l'unico tra tutte le attività giuridiche, ad avere come finalità quella dell'accertamento e della verifica della verità²². Gli altri atti giuridici sono legittimati dalla cura dell'interesse generale, dalla volontà della maggioranza, dall'autonomia dei rapporti privati.

La sentenza ha la sua validità e giustezza nella verità: è appunto un **verdetto**, un aver detto il vero. È giusta la sentenza solo se si assume vero quello che afferma. In questa prospettiva la sentenza è garanzia contro l'arbitrio e l'abuso del potere.

Qualunque condizionamento di potere esterno alla giustizia

«per quanto accreditato eticamente e politicamente, non solo non contribuisce al raggiungimento della verità ma è al contrario a tal fine deviante. Il principio d'autorità, anche se l'autorità è "democratica" ed esprime la maggioranza o addirittura l'unanimità dei consociati, non può mai essere criterio di verità»²³.

Il sostegno "democratico" ad atti arbitrari della giurisdizione non può costituire garanzia di alcunché. Anzi: rappresenta la negazione della garanzia in sé stessa che deve, invece, essere espressione dell'imparzialità della funzione giurisdizionale.

²⁰ Sulle vicende delle Commissioni per la verità e riconciliazione esiste ormai una letteratura sterminata. Nel panorama italiano segnaliamo una delle prime pubblicazioni a dar conto del ruolo inedito di questi organismi para-costituzionali curata da M. Flores, *Verità senza vendetta. L'esperienza della commissione sudafricana per la verità e riconciliazione*, Manifestolibri, 1999. Per un'analisi più approfondita sotto l'aspetto costituzionale A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, 2005.

²¹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 217.

²² Luigi Ferrajoli ha ricordato con forza questo elemento distintivo dell'attività giurisdizionale in occasione del Festivalfilosofia 2018 dedicato alla Verità. Si veda la video-lezione di L. Ferrajoli, *Prove giudiziarie*, in *Festivalfilosofia.it*.

²³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, 1989, p. 554.

Tutto sta nell'intenderci sul metodo che garantisca le parti e, in particolare, l'imputato – che nel processo penale è tale in forza di un'accusa pubblica – nell'accesso alla verità senza violazioni dei loro diritti fondamentali.

9. Le prove come garanzia dall'arbitrio e dall'abuso e della separazione tra poteri.

Questo metodo risiede essenzialmente nel sistema delle prove su cui fondare l'accertamento della verità: per questa ragione la **prova processuale** non è solo una questione giuridica applicativa di una teoria scientifica della conoscenza. E' anche e soprattutto una questione di filosofia politica applicativa di una teoria dello stato di diritto e della democrazia costituzionale.

Le prove che consentono l'accertamento della verità costituiscono la garanzia per l'imputato di non essere sottoposto né all'arbitrio né all'abuso del potere, del potere dell'esecutivo e del potere della maggioranza che lo esprime.

Si può comprendere così la ragione secondo cui il

«nesso tra verità e validità degli atti giurisdizionali rappresenta il primo fondamento teorico della divisione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario nel moderno stato rappresentativo di diritto»²⁴.

Contro una tendenza demolitiva delle garanzie volta ad affermare responsabilità penali e a pretendere sanzioni anche *extra ordinem* alla prima notizia di reato ovunque si manifestino condotte sgradite al potere costituito, va ribadita la

«necessità di garantire proprio chi è supposto deviante dall'oppressione della maggioranza non deviante, sicché un giudice possa assolverlo anche contro la volontà di tutti»²⁵.

Speriamo che l'Italia non segua l'esempio dell'Ungheria, della Turchia o della Russia dove la fonte di ogni legittimazione è il voto²⁶.

10. La formazione del magistrato.

Il nostro attuale sistema processuale assicura questi *diritti aletici* a non soffrire di discriminazioni nelle dichiarazioni di verità e a disporre di istituzioni affidabili nell'accertamento della verità? Le forze politiche sono particolarmente interessate ai tempi della giustizia, alle intercettazioni telefoniche, alla separazione o meno delle carriere interne alla magistratura. Personalmente non credo che siano questi i nodi da affrontare per garantire un rapporto virtuoso tra verità e giustizia.

Sono perfettamente d'accordo con l'analisi di Luca Santa Maria secondo cui siamo di fronte ad una emergenza culturale. Oggi i magistrati sono mediamente molto preparati in diritto (tendenzialmente molto di più di quanto non lo siano gli avvocati) ma il lavoro giudiziario che li

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Nei mesi scorsi abbiamo avuto una plastica rappresentazione dei rischi di una deriva volta a condizionare l'attività giurisdizionale in base al principio d'autorità. Il Ministro dell'Interno ha più volte invitato i magistrati italiani, rei di aver preso decisioni giudiziarie non conformi alle sue aspettative, a candidarsi alle elezioni. Solo in quel caso, secondo la concezione autoritaria di quel leader politico, un giudice sarebbe legittimato a sostenere il fondamento di quelle stesse decisioni. Sfugge – o forse vi è piena consapevolezza – all'ex vice-primo ministro che in tal modo viene meno la separazione dei poteri e l'esistenza stessa di uno stato democratico.

impegna pretende sempre di più conoscenze scientifiche e specialistiche (di epidemiologia, tossicologia, statistica, neuroscienze) che sono affinate da pochi per passione personale costruita lungo la carriera.

«La ricetta è più e più scienza e scienza cognitiva, - scrive l'avvocato Luca Santa Maria – e se si deve rinunciare a qualcosa, un po' meno diritto (quello s'impura strada facendo, quando al giudice tocca usare quella norma o quell'altra) »²⁷.

Inoltre il diritto ignora tutto della psicologia scientifica evoluta e, quindi, non ritiene di predisporre cautele contro la proliferazione di *bias* che percorrono per intero il processo decisionale del giudice e che potrebbero almeno essere ridotte in pericolosità, se il giudice ne fosse al corrente. Il giudice penale oggi è fermo al modello del giudice sfinge (salvo poi perdere il controllo in udienza): e questo anche per colpa degli avvocati che così lo preferiscono.

11. La grande crisi narrativa del processo penale.

Accanto a questo deficit culturale di competenze non giuridiche il rapporto verità-justizia soffre però di un *handicap* molto più grave che attiene alla capacità del sistema di raccontare storie credibili. Il processo come rito e l'aula di giustizia come proscenio sono sempre stati una fonte inesauribile di fabbricazione di storie credibili. Oggi, l'uno e l'altra, hanno perso totalmente in credibilità perché sono stati soppiantati nella capacità narrativa dalle inchieste giornalistiche e dalle serie televisive su ogni sorta di piattaforma mediatica che anticipano addirittura gli esiti delle indagini ufficiali.

L'esigenza di costruire una verità appetibile e immediata da offrire all'opinione pubblica non solo trasforma il giudiziario in un supporto funzionale alla mediatizzazione del fatto, in particolare di quello criminale. La conseguenza più grave è patita proprio dal ruolo giudicante e dall'esito processuale: ai divoratori di notizie elettrizzanti rimarrà sempre più impressa l'immagine dell'arrestato di quella della sentenza della sua successiva assoluzione.

Di fronte a questa difficoltà come può il racconto giudiziario in quanto tale recuperare "leggibilità" e credibilità?

Come possiamo creare un collegamento fiduciario tra verità e giustizia che restituisca credibilità all'autorità giudiziaria?

Jerome Bruner²⁸ sostiene che il giudiziario dispone di due tecniche utili ad assicurare la fiducia nei confronti della sua capacità narrativa.

12. Contraddittorio e rispetto del precedente.

L'una – è persino banale osservarlo – consiste nel contraddittorio, nel confronto delle opposte versioni, nell'esame incrociato, nel controinterrogatorio, chiamatelo come volete: questa tecnica garantisce le aspettative fiduciose del lettore, dello spettatore, dell'ascoltatore per la sua intrinseca forza drammatica e, al tempo stesso, permette l'applicazione del criterio e principio di falsificabilità attraverso il quale è possibile controllare (non molto di più, a dire il vero) la veridicità delle storie esposte nell'aula giudiziaria. Il rituale del giudiziario è essenzialmente il rituale del contraddittorio.

²⁷ L. Santa Maria, *La verità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2017, p. 16.

²⁸ J.S. Bruner, *La fabbrica delle storie*, *Diritto, letteratura, vita*, Laterza, 2002, 16.

L'altra tecnica è quella del precedente. Questa tecnica non è affatto un'esclusiva dei sistemi anglosassoni o di *common law*. È, in realtà, una tecnica radicata nei meccanismi elementari della trasmissione delle conoscenze e delle storie che apprendiamo fin dalla tenera età: il bambino ha bisogno di essere rassicurato sugli sviluppi e, soprattutto, sul finale delle storie che i genitori gli raccontano²⁹. La storia che vogliamo raccontare sia attraverso le parole del legale sia con quelle del giudice è tanto più convincente quanto più possiamo dimostrare che è già stata raccontata e che sono tutti d'accordo – dal giudice di Rovereto alle Sezioni Unite della Cassazione – nel raccontarla allo stesso modo.

13. Il giudice come buon narratore.

Queste tecniche – cultura del contraddittorio e del precedente – però funzionano ad un patto: che si dia sostanzialmente per scontato che nel giudiziario si racconti una buona storia e che, soprattutto, il giudice sia accreditato come buon narratore. Ecco il punto fondamentale su cui mi vorrei soffermare: il sistema giudiziario trae la sua legittimità oggi non tanto dall'autorevolezza con la quale minaccia di portare ad esecuzione le proprie decisioni ma dalla sua capacità di governare l'errore, l'imprevisto e la falsificazione attraverso una narrazione convincente, contro ogni tentazione di raccontare delle storie inconsistenti (risolte con dei formalismi ancora prima di cominciare) oppure compiacenti o, ancora, difensive, per tacere del genere – preferito dalla "gerarchia" giudiziaria – più attento alle statistiche che alla qualità del narrato.

Il giudice come buon narratore non è un obiettivo facile perché c'è una tendenza (non solo di natura persecutoria) a pretendere che il giudice adotti decisioni conformi alle attese del potere e dell'opinione pubblica. Non solo: c'è una tendenza tutta interna all'organizzazione giudiziaria non tanto di raccontare storie credibili ma di realizzare – attraverso i provvedimenti – un prodotto misurabile su foglio excel a fini statistici. Di fronte a queste derive è inevitabile che sul piano della capacità di raccontare conflitti e delitti d'interesse pubblico il giudice trova una concorrenza più attrezzata o convincente di lui.

Per restituire credibilità all'istituzione giudiziaria occorre un mutamento strutturale e culturale che estenda il bagaglio di conoscenze del giudice e lo metta nelle condizioni di disporre il maggior numero di informazioni (atti e documenti) nelle mani delle parti fin dall'inizio del processo. I venti, oggi, non sembrano soffiare in quella direzione. Anzi: sembra prevalere una spinta "odiosa" verso l'autonomia del giudice così da riportarne lo statuto entro una cornice pre-costituzionale.

14. Verità e riconciliazione.

Purtroppo l'unica esperienza internazionale capace di innovare profondamente il rapporto tra verità e giustizia non è stata presa con la necessaria considerazione e attenzione se non da frange marginali dell'accademia e da studiosi appassionati della cd. giustizia di transizione. Mi riferisco ai lavori della Commissione per la verità e riconciliazione istituita dal Parlamento sudafricano con il *Promotion of National Unity and Reconciliation Act n. 34/1995*³⁰.

La Commissione aveva il compito di fornire un quadro delle gravi violazioni dei diritti umani nel periodo intercorso tra il 1 marzo 1960 e il 10 maggio 1994 attraverso una complessa attività istruttoria non tradizionale. La legge istitutiva concedeva l'amnistia a coloro che avessero rivelato tutti i fatti riguardanti azioni legate ad obiettivi politici attribuendo al richiedente l'onere di dimostrare la

²⁹ J.S. Bruner, *La costruzione narrativa della realtà*, in *Rappresentazioni e narrazioni*, a cura di M. Ammaniti, D.N. Stern, Laterza, 1991.

³⁰ Il testo integrale si può leggere in E. Doxtader, P.-J. Salazar, *Truth and Reconciliation in South Africa: The Fundamental Documents*, New Africa Books, 2007.

fondatezza dei fatti affermati. Le vittime venivano coinvolte in prima persona a riscontro del racconto offerto dal richiedente l'amnistia attraverso una modalità "itinerante" della giurisdizione speciale. Alle vittime veniva riconosciuto, successivamente, un risarcimento all'esito di accertamenti svolti da parte di un apposito Comitato per la riparazione e la riabilitazione.

Qui non si vuole certo proporre il sistema d'eccezione della Commissione sudafricana come modello per la giustizia penale ordinaria. Le maggiori criticità di quell'esperienza sono emerse proprio nel garantire un effettivo ed equo percorso riparativo per tutte le vittime e i loro famigliari dopo anni di violenze nel corso del regime di *apartheid*.

Qui interessa evidenziare esclusivamente la teorizzazione di un particolare rapporto tra verità e giustizia che è stato approfondito e illustrato nel rapporto finale dei lavori della Commissione.

15. Quattro verità.

La Commissione ha infatti operato – nel corso della propria attività – una progressiva e lucida distinzione tra quattro tipi di verità: una verità forense-fattuale, una verità personale-narrativa, una verità sociale e, infine, una verità risanatrice-riparatrice.³¹ Mentre nel Comitato per l'amnistia prevaleva una tecnica fattuale-forense nel Comitato sulle violazioni dei diritti umani impegnato in lunghe, faticose e drammatiche testimonianze prevaleva una verità personale e narrativa spesso sullo sfondo di una ritualità e di un linguaggio ricco di riferimenti cristiani³².

Non vi è, infatti, dubbio che nel corso delle udienze della Commissione sia stata ricercata, sempre più consapevolmente, una verità fondata da un lato sulla **narrazione**, o meglio sull'**ascolto della narrazione** – sia delle vittime che dei richiedenti l'amnistia – e dall'altra sulla possibilità di un recupero della **dignità** attraverso un possibile futuro riparativo³³. I membri della Commissione sono stati così costretti a misurarsi con uno "spessore" emotivo di difficile controllo se non fossero intervenuti esperti psicologi nel sostegno psichico sia dei protagonisti che dei componenti la Commissione. Davanti alla Commissione sono state ascoltate circa 21.000 vittime durante 2.000 udienze pubbliche nell'arco di sette anni³⁴.

16. La verità è una farfalla.

Albie Sachs è stato un giurista di fama mondiale che ha contribuito in prima persona ai lavori istitutivi della Costituzione sudafricana del 1993 e in particolare alla sezione del *Bill of rights* dedicata ai diritti fondamentali. Nelson Mandela lo ha nominato nel 1994 giudice della Corte costituzionale.

Nell'aprile 2016 Albie Sachs ha partecipato ad un dialogo con Pumla Gobodo-Madikizela³⁵ presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore a Milano nel corso di un convegno internazionale³⁶. In quella sede Albie Sachs si chiedeva come mai.

³¹ Truth and Reconciliation Commission, *Report*, vol. 1, pp. 110 ss.

³² Non va dimenticato che la Commissione era presieduta da Desmond Tutu e che, per molti versi, l'aspetto religioso "cristiano" fu all'origine di critiche severe sull'operato dell'organismo.

³³ A. Visconti, *Narrazioni di ingiustizia, giustizia come narrazione. L'esperienza sudafricana come "sperimentazione giusletteraria"*, in G.L. Potestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, 2017, pp. 81 ss.

³⁴ Per dati più dettagliati si veda Truth and Reconciliation Commission, *Report*, vol. 5.

³⁵ Una psicologa clinica, docente universitaria e studiosa delle relazioni tra memoria, perdono, trauma e processi di cura che prese parte ai lavori della Commissione quale incaricata del coordinamento delle attività per la preparazione e l'assistenza alle vittime in vista dell'udienza.

³⁶ La trascrizione integrale del dialogo la dobbiamo a C. Mazzucato, *Apparteniamo ad una generazione cresciuta con l'ubuntu. Albie Sachs e Pumla Gobodo-Madikizela in dialogo sulla giustizia riparativa. Il Sudafrica*,

«tanta verità scaturiva in quelle occasioni e così poca verità emerge nel processo penale e dal lavoro dei tribunali»³⁷.

Per questo emerge la necessità di elaborare diversi tipi di verità. C'è una verità fondata sull'evidenza scientifica, mediante definizione del campo d'indagine, osservando le variabili e l'incidenza del tempo. C'è una verità fondata sulla logica che procede per assunti e di cui è intrisa la verità processuale.

Durante le udienze davanti alla Commissione ha però preso corpo anche una **verità esperienziale**.

«Il lavoro della Commissione era intenso, ricco e profondo: non si è trattato soltanto di narrazioni di storie; eravamo tutti lì a guardare, ascoltare, riflettere. La verità esperienziale veicolata da questi racconti non assomiglia a quella che affiora davanti al giudice nel corso dell'esame incrociato in dibattimento... il racconto diventava di volta in volta estremamente profondo e significativo per l'intera nazione. Le storie individuali sono divenute storie nazionali»³⁸.

Infine c'è la **verità dialogica**, definizione ispirata dal filosofo Jurgen Habermas.

«Una polifonia, una pluralità di voci: ecco la forza della Commissione per la verità e riconciliazione» la cui ricchezza è stato

«il combinarsi della verità esperienziale e della verità dialogica, perché la verità non è mai qualcosa che può essere catturato una volta per tutte, come per l'entomologo una farfalla che finisce in una teca di vetro. Ciò che s'inchioda non è la verità, esattamente come la farfalla fissata nella teca di vetro, non è più una farfalla, se non può volare»³⁹.

Bibliografia.

S. Bentivegna, *A colpi di tweet. La politica in prima persona*, Il Mulino, 2015.

M. Bouchard, F. Ferrario, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Bruno Mondadori, 2008.

M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005.

J.S. Bruner, *La fabbrica delle storie, Diritto, letteratura, vita*, Laterza, 2002.

J.S. Bruner, *La costruzione narrativa della realtà*, in *Rappresentazioni e narrazioni*, (a cura di M. Ammaniti, D.N. Stern), Laterza, 1991.

ovvero il problema della presenza dell'"altro" e la sfida della giustizia, in G.L. Potestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo (a cura di), *Storie di giustizia riparativa*, cit., pp. 165 ss.

³⁷ *Idem*, p. 208

³⁸ *Idem*, p. 209.

³⁹ *Idem*, p. 210.

- F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere, Sei diritti aletici*, Einaudi, 2019.
- E. Doxtader, P.-J. Salazar, *Truth and Reconciliation in South Africa: The Fundamental Documents*, New Africa Books, 2007.
- Esiodo, *Teogonia*, Rizzoli, 1994.
- L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.
- M. Flores, *Verità senza vendetta. L'esperienza della commissione sudafricana per la verità e riconciliazione*, Manifestolibri, 1999.
- Y.N. Harari, *Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, Bompiani, 2014.
- Y.N. Harari, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, 2017.
- Y.N. Harari, *21 lezioni per il XXI secolo*, Bompiani, 2018.
- A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, 2005.
- G.L. Potestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, 2017.
- C. Perini, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2017
- Platone, *Repubblica*, M. Vegetti (a cura di), Rizzoli, 2006.
- Platone, *Opere*, vol. II, Laterza, 1967.
- L. Santa Maria, *La verità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2017.
- G. Vattimo, *Addio alla verità*, Meltemi, 2009.
- S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

— When the Brain Can Make A Difference: Individualized *versus* Framework Uses of Neuroscience in Courtrooms

Cervello, processo e giustizia: la mutevole rilevanza della prova neuroscientifica nelle corti statunitensi

di Federica Coppola*

Abstract. The use of neuroscientific evidence in criminal law and justice has been subject to intense and sustained debate in international neurolaw. The theoretical discourse has persistently questioned whether neuroscience can challenge fundamental criminal law doctrines, especially that of criminal responsibility. Still, neuroscientific evidence has continued to enter courtrooms in a variety of contexts and to support a variety of claims. In the United States, there are two main ways in which neuroscience has been applied in courtrooms: as individualized evidence and as framework evidence. As individualized evidence, neuroscience serves to impart credibility to individualized claims about the influence of a given brain condition on a person's behavior. The paradigmatic contexts for the use of such individualized use of neuroscience include criminal responsibility and individual sentencing. At the same time, in the latter case, neuroscientific data and theories provide the framework knowledge to support broad normative claims concerning general classes of people. The paradigmatic contexts of such framework application of neuroscience include constitutional challenges to juvenile sentencing and prolonged solitary confinement. This article examines these two dominant uses of neuroscience in courtrooms together with current perspectives in legal and scientific research and legal policy. It concludes that the concrete promise of neuroscience for criminal law and justice derives from its contribution of critical framework knowledge to inform changes in the current criminal justice landscape.

Abstract. Le implicazioni delle neuroscienze per il diritto e la giustizia penale continuano a costituire oggetto di vivo dibattito nel panorama giuridico internazionale. Nonostante la persistente centralità (e, sino ad ora, mancata risoluzione) del "dilemma

* J.D., LL.M., Ph.D. Robert A. Burt Presidential Scholar in Society and Neuroscience, Columbia University in the City of New York; Lecturer in Criminal Law and Neuroscience, Columbia Law School. Email: fc2575@columbia.edu.

della responsabilità” nelle dispute dottrinali, la realtà processuale evidenzia diversi impieghi delle neuroscienze per far fronte ad una pluralità di istanze probatorie e normative. Negli Stati Uniti, si riscontrano due utilizzi principali delle neuroscienze in diversi contesti processuali. Il primo, maggiormente contestato in dottrina e nelle corti medesime, prevede l'introduzione della prova neuroscientifica come prova individuale volta a dimostrare una correlazione tra una anomalia cerebrale, la condizione mentale ed il comportamento di un determinato individuo. Tale uso individualizzato della prova neuroscientifica avviene tipicamente nei processi penali e, nello specifico, nell'ambito della valutazione della colpevolezza/imputabilità e della determinazione della pena. Il secondo utilizzo, invece, prevede il ricorso a teorie e dati neuroscientifici in merito a un determinato fenomeno onde offrire supporto empirico (di carattere integrativo) a istanze normative più ampie, concernenti intere categorie o gruppi di persone. Siffatto impiego delle neuroscienze, ben meno criticato del primo, si è verificato prevalentemente nelle corti federali per dirimere questioni di legittimità della pena sotto l'Ottavo Emendamento della Costituzione, come l'applicazione della pena capitale o dell'ergastolo ostativo ai minori autori di reato e l'isolamento prolungato in carcere. Attraverso un'analisi critica di questi due impieghi delle neuroscienze nei predetti ambiti, nonché delle inerenti posizioni dottrinali e recenti politiche criminali, il presente contributo mette in evidenza che, allo stato attuale, il concreto potenziale delle neuroscienze nel sistema giuridico statunitense risiede nel fornire un contributo empirico fondamentale per apportare cambiamenti su grande scala nella giustizia penale e, in particolare, nella esecuzione della pena.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Neuroscience as individualized evidence. – 2.1. Guilt phase of criminal trials. – 2.2. Penalty phase of criminal trials. – 3. Neuroscience as framework evidence. – 3.1. Juvenile justice. – 3.2. Solitary confinement. – 4. Discussion. – 5. Conclusion.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le neuroscienze come prova individuale. – 2.1. Valutazione della colpevolezza. – 2.2. Determinazione della pena. – 2.2. Le neuroscienze come *framework evidence*. – 3.1. Giustizia minorile. – 3.2. Isolamento. – 4. Discussione. – 5. Conclusione.

1. Introduction.

The field of neurolaw has seen continuous growth. With advancements in neuroimaging techniques such as functional magnetic resonance (fMRI) and electroencephalography (EEG), the neurosciences have provided increasing evidence of neural correlates of poor behavioral control¹, biomarkers for mental illnesses, including schizophrenia² and psychopathy³, and the neurobiological consequences of deprived social environments⁴. In view of such developments, numerous authors have suggested that progress in neuroscientific knowledge about mental processes and behavior may well lead to a meaningful change in ordinary conceptions of criminal law and justice⁵. Hence, the analysis of actual and potential impacts of neuroscience for such legal domains has figured prominently in research initiatives, interdisciplinary academic debates, and law school curricula.

* J.D., LL.M., Ph.D. Robert A. Burt Presidential Scholar in Society and Neuroscience, Columbia University in the City of New York; Lecturer in Criminal Law and Neuroscience, Columbia Law School. Email: fc2575@columbia.edu.

¹ See, e.g. E. Aarhoni, *Neuroprediction of Future Rearrest*, in *PNAS*, 110 (15), 2013, p. 6623.

² See, e.g., J.J. Schaffer et al., *Neural Correlates of Schizophrenia Negative Symptoms: Distinct Subtypes Impact Dissociable Brain Circuits*, in *Molecular Neuropsychiatry*, 1(4), 2015, pp. 191 ff.

³ See, e.g., E. Ermer et al., *Aberrant Paralimbic Gray Matter in Criminal Psychopathy*, in *Journal of Abnormal Psychology* 121(3), 2012, pp. 649 ff.

⁴ For a review, see F. Coppola, *The Brain in Solitude: An (other) Eighth Amendment Challenge to Solitary Confinement*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 6(1) 2019, pp.184 ff.

⁵ See, e.g., J. Greene, J. Cohen, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 359, 2004, pp. 1775 ff.

While the scope and areas of study in neurolaw have expanded over the years, criminal responsibility still attracts the most attention from jurists, philosophers, and scientists⁶. Despite the (timeless) appeal of the challenge of rethinking the notion of criminal responsibility in view of brain-based knowledge, the neuroscientific “challenge” to criminal responsibility has remained an open and controversial issue in neurolegal debates⁷. In addition, although the voluminous body of academic publications, events, and conversations has increased each year, the theoretical notion of criminal responsibility is fundamentally unaltered⁸.

The shortcomings of the neuroscientific challenge to criminal responsibility have also been apparent in courtrooms. In the United States, attempts to introduce brain-based evidence to aid in individual (non- or less) responsibility assessments have proved to be mostly unsuccessful for empirical, normative, and procedural reasons. In the few cases in which neuroscience has been admitted during the guilt stage of criminal proceedings, the evidence it offered did not have any significant influence on the decision of the jury. On the other hand, cases in which neuroscience did have an impact on the jury verdict have been subject to scholarly criticism.

Another controversy is the evidentiary value of neuroscience for assessing an individual’s blameworthiness at the sentencing stage. While more effective than in the guilt stage, the use of neuroscience as mitigating evidence for sentencing purposes still raises questions regarding the empirical validity and normative relevance of the information that it provides about the person who is on trial. Hence, it remains unclear if, how, and to which extent neuroscientific evidence could and should be presented to support “less punishment” claims on the basis of an individual’s brain conditions⁹.

Neuroscience has generated significantly less controversy when utilized as framework evidence¹⁰, i.e., as *an empirical framework describing general scientific propositions based on research on groups of which a particular case might be an instance*¹¹. The most emblematic example is the use of knowledge from developmental neuroscience to support Eighth Amendment challenges to the death penalty and sentences of life imprisonment without parole for juvenile perpetrators. More recently, social neuroscience-based evidence of the generalized risks of brain damage induced by

⁶ An (over)abundant body of literature has analyzed the possible implications of neuroscience for criminal responsibility. Amongst others, see S. Morse, A. Roskies (eds.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, OUP, 2015; N. Vincent (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, OUP, 2010; M. Freeman (ed.), *Law and Neuroscience*, CUP, 2011; D. Patterson (ed.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, OUP, 2016.

⁷ See, e.g., S. Morse, *The Promise of Neuroscience for Law: Hope or Hype?*, in D. Boonin (ed.), *The Palgrave Handbook of Philosophy and Public Policy*, 2018, pp. 77 ff.; P. Alces, *The Moral Conflict of Law and Neuroscience*, University of Chicago Press, 2018; W. Hirstein et al., *Responsible Brains: Neuroscience, Law, and Human Culpability*, MIT Press, 2018.

⁸ See, e.g., A. Bigenwald and V. Chambon, *Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet*, in *Frontiers in Psychology*, 2019.

⁹ See, e.g., C. Slobogin, *Neuroscience Nuance: Dissecting the Relevance of Neuroscience in Adjudicating Criminal Culpability*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2017, pp. 577 ff. (holding that «[u]nder current law, neuroscience will probably not be useful at criminal trials or noncapital sentencing unless it can be associated with very significant cognitive or volitional impairment, and even at capital sentencing its usefulness may be a mixed bag», p. 584).

¹⁰ See, e.g. J. Lobel, H. Akil, *Law and Neuroscience: The Case of Solitary Confinement*, in *Daedalus*, 147(4), 2018, pp. 61 ff. (distinguishing between individual and framework, or foundational, uses of neuroscientific evidence in courtrooms – p. 63).

¹¹ See D. Faigman et al., *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, in *The University of Chicago Law Review*, 81(2), 2014, pp. 417 ff.; see also D. Faigman et al., *Gatekeeping Science: Using the Structure of Scientific Research to Distinguish Between Admissibility and Weight in Expert Testimony*, in *Northwestern Law Review*, 110(4), 2016, pp. 859 ff. (explaining that «framework research is inherently general and its validity does not depend on the circumstances of a particular case», p. 892).

extreme isolation has been introduced to support Eighth Amendment challenges to prolonged solitary confinement.

The aim of this article is to analyze and compare uses of neuroscience as individualized evidence and framework evidence in courtrooms. Based on an analysis of the main contexts of the application of neuroscience – namely guilt assessments, individual sentencing determinations, general juvenile sentencing, and prolonged solitary confinement – this article emphasizes that framework uses of neuroscience have encountered more consistent receptiveness on the part of courts and generated far fewer controversies among legal and scientific communities. The article further observes that the bodies of neuroscientific knowledge that have contributed to informing courts' opinions about both juvenile sentencing and prolonged solitary confinement have also been taken into account at the policy level to guide changes in juvenile justice and restrict the application of solitary confinement. Altogether, considering the impacts of neuroscience on these domains at the judicial and policy levels, this article proposes that the concrete promise of neuroscience for criminal law and justice derives from its contribution of critical framework knowledge to inform changes in the current criminal justice landscape.

2. Neuroscience as individualized evidence.

The past 30 years have witnessed exponential growth in the use of neuroscience evidence in criminal trials in the United States. According to a study conducted by Nita Farahany in 2016¹², the number of judicial opinions that address the use of neuroscience by trial defendants has increased yearly. In 2012, 250 opinions reported discussions of neuroscientific evidence. Farahany's study indicates that neuroscientific evidence has been introduced or considered in cases that involve a variety of criminal offenses besides murder and to support a variety of individual claims¹³. However, contrary to popular belief, the plausibility of using neuroscience in courtrooms is still highly controversial and illustrated by contrasting attitudes on the part of courts.

Attempts to introduce neuroscientific evidence have occurred at different stages of criminal trials. The most popular use of neuroscience in court concerns criminal cases in which neuroscience-based evidence is proffered to legally excuse or mitigate the sentence of an individual defendant. Although there are differences in probatory standards and purposes, such evidence has been introduced predominantly in the guilt and penalty phases of criminal trials. The most admissibility is apparent in the penalty phase, especially in capital cases.

¹² N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics in U.S. Courtrooms*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2016, pp. 485 ff. See also L. Gaudent, G. Marchant, *Under the Radar: Neuroimaging Evidence in the Criminal Courtroom*, in *Drake Law Review*, 64, 2016, pp. 577 ff. For analyses of forensic uses of neuroscientific evidence in European and non-European legal systems, see, e.g., A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e Genetica Comportamentale nel Processo Penale Italiano*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1, 2013, pp. 70 ff.; P. Catley, L. Claydon, *The Use of Neuroscientific Evidence in the Courtroom by Those Accused of Criminal Offenses in England and Wales*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2015, pp. 510 ff.; C. de Kogel, E. Westgeest, *Neuroscientific and Behavioral Genetic Information in Criminal Cases in the Netherlands*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2015, pp. 580 ff.; J. Chandler, *The Use of Neuroscientific Evidence in Canadian Criminal Proceedings*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2015, pp. 550 ff.; A. McCay, C.J. Ryan, *Issues Pertaining to Expert Evidence and the Reasoning about Punishment in a Neuroscience-based Sentencing Appeal*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 65 (10409), 2019; A. Alimardani, *Neuroscience, Criminal Responsibility and Sentencing in an Islamic Country: Iran*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 5(1), 2018, pp. 724 ff.

¹³ N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics*, cit.

2.1. Guilt phase of criminal trials.

In the guilt phase of criminal trials, defendants seek to employ neuroimaging evidence to support a variety of defenses, such as inability to form intent required for *mens rea*¹⁴ and legal insanity¹⁵. In such scenarios, individual defendants generally utilize the evidence to demonstrate that some type of brain abnormality or damage precluded their ability to form the requisite intent or control their actions¹⁶. In the years since the (in)famous John Hinckley case¹⁷ – where the defendant successfully introduced a computed tomography (CT) scan to support a diagnosis of schizophrenia as part of a not guilty by reason of insanity (NGRI) defense – neuroscientists have testified to the content of brain scans and the potential effects of such content on an individual defendant's behavior and culpability for a crime.

The guilt phase of criminal trials across states is governed by two main probatory standards: the Frye standard¹⁸ and the Daubert standard¹⁹. These two standards are particularly relevant for the case of neuroscientific evidence, because they establish a framework for judging the admissibility of expert testimony in this field. Notably, their stipulations regarding the general acceptance²⁰, relevance, validity, and reliability of scientific evidence are essential to the preservation of due process²¹.

While some courts have admitted neuroscientific evidence under either of these two probatory frameworks²², others have refused to admit neuroimaging evidence on the basis of failure to meet the general acceptance criteria of the Frye or Daubert standard²³. Specifically, in the vast number of cases that have excluded neuroscience-based evidence under either of these two standards, the most frequent reason is the lack of acceptance within the relevant scientific community²⁴.

Other courts have not admitted neuroscientific evidence since the information that it could yield about the relevant defendant was either superfluous or irrelevant to assessing (lack of) guilt. For instance, in *People v. Goldstein*²⁵, the court declined to admit Positron Emission Tomography (PET) scan data in support of Goldstein's claim of insanity based on his diagnosis of schizophrenia. Notably, the court explained that, regardless of the insights that the PET scan could reveal about the

¹⁴ N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics*, cit., pp. 502-504.

¹⁵ N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics*, cit., pp. 500-501.

¹⁶ See C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., p. 579 (subdividing such individualized use of neuroscience into five types: «(1) Evidence of abnormality: Evidence showing that the defendant has neurological impairment [...]; (2) Cause-of-an-effect evidence: Evidence showing that the defendant's neurological impairment is common in criminals or others who behave in an antisocial manner [...]; (3) Effect-of-a-cause evidence: Evidence tending to show that the defendant's neurological impairment predisposed him or her to commit the crime [...]; (4) Individualized neuropsychological findings compared against known performance baselines: Psychoneurological testing results showing that the defendant has behavioral impairments that are legally relevant [...]; and (5) Individualized neuropsychological findings compared against known performance baselines: Evidence showing that the defendant's impairments are similar to impairments the law has recognized as exculpatory or mitigating [...]»).

¹⁷ *United States v. Hinckley* 672 F.2d 115 (D.C. Cir. 1982).

¹⁸ *Frye v United States* 293 F. 1013 (DC Cir. 1923).

¹⁹ *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals* 509 U.S. 579 (1993).

²⁰ *Frye v United States*, cit.

²¹ *Daubert v Merrell Dow*, cit.

²² *People v. Weinstein*, 591 N.Y.S.2d 715 (N.Y. Sup. Ct. 1992). See also S. Rushing, *The Admissibility of Brain Scans in Criminal Trials: The Case of Positron Emission Tomography*, in *Court Review*, 50, 2014, pp. 62 ff.

²³ L. Gaudent, G. Marchant, *Under the Radar*, cit., pp. 603-607.

²⁴ See, e.g., *People v. Protsman*, 88 Cal. App. 4th 509 (2001); *People v. Chul Yum*, 111 Cal. App. 4th 635 (2003).

²⁵ *People v. Goldstein*, 786 N.Y.S.2d 428, 432 (App. Div. 2004), *rev'd* in 843 N.E.2d 727 (N.Y. 2005). See L. Gaudent, G. Marchant, *Under the Radar*, cit., pp. 611-612.

defendant's brain, the scan data were not relevant to the legal issue of insanity, as the presence of mental illness does not preclude legal sanity.

The individual use of neuroscientific evidence during the guilt stage has attracted several criticisms in the literature. Advanced critiques include empirical, probative, and normative concerns; for instance, Farahany²⁶ has argued that legal notions in law, such as the concepts of voluntariness, intentionality, and self-control, are not consistent with understandings of such concepts among neuroscientists. Meanwhile, other authors have underscored the lack of validity and reliability of neuroscientific evidence to accurately describe the defendant's mind at the time of the crime²⁷.

More comprehensively, Jones et al.²⁸ have identified several limitations of current neuroscientific techniques and warned against an overreliance on and misinterpretation of neuroscientific information in the court setting. These and other authors²⁹ have emphasized the implausibility of drawing inferences about an individual from aggregate data. That is, because «brain imaging research is directed toward understanding how the average brain, within a subject population, is activated during different tasks»³⁰, an individual scan will not necessarily fit in the average scan of any population (and vice versa)³¹. Furthermore, the authors have stressed that «correlation is not causation»³². Thus, even if (supposedly) neuroimaging-based techniques can detect that atypical activity in specific brain areas is present in a specific population, it does not (yet) mean that atypical activation necessarily *causes* a given behavior. The “correlation-is-not-causation” claim has found further support in current knowledge of brain plasticity. A key insight from neuroscience is that the brain constantly changes over time and with experience. As such, «today's brain is not yesterday's brain»³³. Thus, if a person «is scanned six months or six years after the act in question, and the scan detects an abnormality, it is not a simple matter to conclude with confidence that the same abnormality was present at the time in question or – even if one assumes so, arguendo – that it would have meaningfully affected behavior»³⁴.

Another part of the scholarship concerns the biasing effects of neuroscience-based evidence on the decision-making of jurors and judges. Such biasing effect may be due to the “visual power” of neuroimages or the fact that evidence about the brain may convince the decision-maker that the brain caused the behavior of the relevant individual³⁵. This risk links with Morse's famous argument about «the fundamental psycho-legal error»³⁶ which refers to the mistake of fact finders drawing causal inferences from brain scans and grounding their decisions in causal inferences rather than normative evaluations of the individual's responsibility at the time of the crime. For this reason, some authors³⁷ have suggested that neuroscientific evidence should be excluded from evidence under Federal Rule

²⁶ N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics*, cit.

²⁷ See e.g., T. Brown, E. Murphy., *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of Past Mental States*, in *Stanford Law Review*, 62(4), 2010, p. 1119.

²⁸ O. Jones et al., *Brain Imaging for Legal Thinkers: A Guide for the Perplexed*, in *Stanford Technology Law Review* 5, 2009, p. 1.

²⁹ See e.g., D. Faigman et al., *Group to Individual (G2i)*, cit.

³⁰ O. Jones et al., *Brain Imaging*, cit., p. 8.

³¹ *Ibidem*. This issue is also referred to as “General to Individual” (“G2i”) Problem. See eg, D. Faigman et al., *Group to Individual (G2i)*, cit., p. 419 («scientists, in their professional lives, almost invariably measure phenomena at the group level and describe their results statistically»). See *infra* Part 4.

³² O. Jones et al., *Brain Imaging*, cit., pp. 11-12.

³³ *Idem*, p. 12.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ D.S. Weisberg et al., *The Seductive Allure of Neuroscience Explanations*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 20(3), 2008, p. 470.

³⁶ S.J. Morse, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006, p. 397.

³⁷ T. Brown, E. Murphy., *Through a Scanner Darkly*, cit., pp. 1188 ff.

403, which empowers judges to «exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of [...] unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury»³⁸.

Overall, the ongoing challenge is to reliably distinguish between legally excusable and inexcusable neuroscientific evidence and present that information in an unbiased manner. Several authors have indeed recommended potential appropriate approaches to using and interpreting neuroscience in responsibility assessments in an attempt to avoid any risk of abuse or misuse of such evidence³⁹. However, to date, there is no clear consensus regarding which criteria to use in the performance of such tasks. Moreover, there is no unanimous agreement about the ability of neuroscientific evidence to influence criminal responsibility assessments. Thus, the use of neuroscience in individual cases to challenge the criminal responsibility of a specific defendant based on an alleged lack of or diminished rationality at the time of the offence has remained deeply controversial and gained scarce traction in courts over the years.

2.2. Penalty phase of criminal trials.

In the penalty phase of criminal proceedings, the question of the guilt of a given defendant is no longer at issue. Rather, the penalty phase aims to determine a just punishment for a person according to a series of criteria that may be either statutory or non-statutory. The latter is subject to the discretion of the jury (in capital cases) or the judge (in non-capital cases). Such criteria may include a diminished mental capacity of the relevant defendant or his or her likelihood of engaging repeatedly in antisocial behavior in view of his or her past criminal records or personal history.

Research has indicated that neuroscience-based evidence is more likely to be successfully admitted in the penalty phase than in the guilt stage. In most cases, neuroscientific evidence has been introduced to support sentencing mitigation claims or rebut aggravating evidence. Prosecutors have predominantly employed neuroscience-based evidence for rebuttal of mitigation arguments by the defense⁴⁰.

The higher likelihood of admitting neuroscientific evidence in the penalty phase is not due to the particular validity and accuracy of brain-based evidence in providing genuinely critical information about a given defendant⁴¹. Rather, it partially results from the greater relaxation of probatory/evidentiary standards that apply to this procedural stage, especially with respect to scientific evidence. In fact, evidentiary standards, such as Daubert or Frye, do not apply strictly to the penalty phase⁴², particularly when the evidence is proffered as potentially mitigating by the defense⁴³.

³⁸ Federal Rule of Evidence (FRE) 403.

³⁹ See, e.g., A. Roskies et al., *Neuroimaging in Court: Less Biasing than Feared*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 17(3), 2013, p. 99; J. Buckoltz et al., *A Neuro-legal Lingua Franca: Bridging Law and Neuroscience on the Issue of Self-Control*, in *Mental Health Law & Policy Journal*, 2016; D. Faigman et al., *Group to Individual (G2i)*, cit.; C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit.

⁴⁰ See, e.g., *Bates v. State*, 750 So. 2d 6, 15–16 (Fla. 1999) (*per curiam*).

⁴¹ C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., p. 583 («[a]t both trial and sentencing, several obstacles to the presentation of neuroscience evidence exist, even assuming the science itself is impeccable. That does not mean that neuroscience is usually excluded. Even when they doubt its relevance, judges may decide to allow introduction of evidence to avoid a possible appellate issue»).

⁴² See, *Idem*, p. 582, fn. 23 (noting that «in most jurisdictions the usual rules of evidence do not apply»).

⁴³ See, L. Gaudent, G. Marchant, *Under the Radar*, cit., p. 636 («[a]s long as a defendant is able to provide evidence of any condition, physical or mental, a court is obligated to hear it as mitigating evidence, regardless of whether a defendant can establish a connection between the condition and the crime»).

See, however, C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., pp. 582-583 (noting that «under the federal sentencing guidelines applicable in non-capital cases, a 'downward departure' based on mitigating mental condition is generally permissible only if the condition is 'present to an unusual degree' that 'distinguish[es] the case from the typical case [...]', and only if the condition 'contributed substantially to the commission of the offense'. Further the guidelines provide that a downward departure should generally not be granted at all if [...] the

Thus, the threshold for admitting neuroscientific evidence for mitigation purposes is significantly lower.

Such probatory “relaxation” is particularly strong in capital cases, where neuroscience has been used as mitigating evidence to convert a death verdict into a sentence of life imprisonment. In such context, mitigating evidence by the defense is generally admitted with even fewer constraints. Such heightened flexibility in offering mitigating evidence is mainly due to the constitutionally protected right of a party who is charged with a capital crime to present any type of mitigating evidence on their own behalf⁴⁴. Therefore, in the penalty phase of a capital trial, the scientific quality of neuroscience-based evidence has even fewer obstacles to surmount to be exposed to the jury.

Notwithstanding, the mitigating impact of neuroscientific evidence across cases is inconclusive. For instance, in *State of Florida v. Nelson*⁴⁵, the defendant was permitted to share expert witness testimony that reported quantitative EEG brain mapping (QEEG) results to prove a brain injury, which was argued to be responsible for an involuntary predisposition to impulsiveness and violence. Such evidence was applied to possibly support the claim that given the defendant’s brain-based predisposition to impulsiveness, he was entitled to sentencing mitigation. The jury sentenced Nelson to life imprisonment rather than death. At least one juror later explained the decision as informed by the neuroscience and accompanying neuroimaging evidence⁴⁶.

Other cases in which neuroscience-based evidence was admitted to support mitigation claims in the penalty phase of capital trials have resulted in the defendant receiving a death sentence. Thus, these cases suggest that such evidence had no significant impact. One example is *Illinois v. Dugan* (2009)⁴⁷, wherein neuroscience-based evidence was introduced to mitigate the penalty for a defendant who had been diagnosed with psychopathy and was found guilty of multiple murders, rapes, and kidnappings that he had committed between 1983 and 1986. This case involved evidence from the defendant’s fMRI coupled with expert testimony regarding psychopathy⁴⁸ to support an emotional disturbance mitigation. In this case, the judge ruled that the actual fMRI images were inadmissible, while verbal descriptions of the brain scan results were allowed. Although it is unclear if or how the neuroimaging evidence contributed to the ultimate decision, the jury returned a death penalty sentence.

Overall, neuroscience-based evidence is not more easily admitted in the penalty phase of criminal proceedings because of the accuracy of neuroscientific information for individual claims. Admittedly, even if this procedural stage does not focus on the assessment of the relevant defendant’s exact mental state at the time of the offence, neuroscientific information is still assisted by other empirical limitations; for example, an individual’s brain abnormality is neither the cause nor necessarily symptomatic of a given behavioral pattern in that specific individual. Rather, the reason for admitting neuroscience to aid in sentencing determinations concerns the probatory lax that governs this

offense (or the defendant’s criminal history) indicates ‘a need to incarcerate the defendant to protect the public’. Some states are more open to mitigating evidence at sentencing, but others follow the federal government’s lead»).

⁴⁴ *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586, 604 (1978) (concluding that a sentencing jury should «not be precluded from considering, as a mitigating factor, any aspect of a defendant’s character or record and any of the circumstances of the offense that the defendant proffers as a basis for a sentence less than death»); S.P. Garvey, *As the Gentle Rain from Heaven: Mercy in Capital Sentencing*, in *Cornell Law Review*, 81, 1996, p. 989, 1000 («Lockett entitles a capital defendant to present any mitigating evidence [the defendant] wishes, whether or not it falls within the scope of a specific statutory mitigating circumstance»).

⁴⁵ *State v. Nelson*, No. F05-846 (11th Fla. Cir. Ct. Dec. 2, 2010).

⁴⁶ G. Miller, *Brain Exam May Have Swayed Jury in Sentencing Convicted Murderer*, *Science*, 2010.

⁴⁷ *Illinois v. Dugan*, No. 05-CF- 3491 (Ill. Cir. Ct. Nov. 5, 2009).

⁴⁸ V. Hughes, *Science in Court: Head Case*, in *Nature*, 464, 2010, p. 340.

procedural stage. Nevertheless, as the research suggests, the presence of individual brain damage to support mitigation claims has been assigned inconsistent probatory weight across cases⁴⁹.

3. Neuroscience as framework evidence.

Neuroscience-based evidence has also emerged in U.S. courtrooms as framework evidence to support constitutional claims regarding entire populations of individuals. In such cases, neuroscientific data have been introduced and discussed as complementary or reinforcing empirical evidence that could lend support to the constitutional issues at stake. The two paradigmatic areas that have witnessed such framework use of neuroscience embrace the application of extreme punishments to youths and prolonged solitary confinement. In both areas, neuroscience-based evidence has been introduced to support claims under the Eighth Amendment's ban on cruel and unusual punishment in the U.S. Constitution. Interestingly, these cases intersect with ongoing research as well as scholarly, advocacy, and policy-making efforts, all of which have begun to rely on the same body of neuroscientific knowledge to inform changes in juvenile justice and to restrict the application of solitary confinement.

3.1. Juvenile justice.

The punitiveness of the U.S. criminal justice system is also and particularly manifest in youth punishment. In some states⁵⁰, 16- or 17-year-old individuals who are involved in serious offences can be tried and punished as adults. Likewise, adolescents may be sentenced to life imprisonment without the possibility of parole⁵¹ and can even serve periods of their sentence in solitary confinement⁵².

The psychological literature has widely reported differences between adult and juvenile behavior. Specifically, an abundant body of empirical work has highlighted three key differences between juveniles and adults: juveniles are more impulsive and prone to risk-taking, and they are more easily influenced by their peers⁵³. Extensive research in developmental neuroscience has sought to explain these differences and contributed knowledge about brain development from adolescence into young adulthood⁵⁴. Consistent with behavioral knowledge, progress in developmental neuroscience research has convincingly demonstrated that adolescent brains are still under development and thus not fully mature. More specifically, neurodevelopmental studies have implied that adolescents (and very young adults) exhibit unbalanced activity in cortical-subcortical connections, which seems to explain the tendencies of adolescents to be more reward-seeking, exhibit diminished impulse control and self-regulation and, as a consequence, be less capable of modulating their behavioral reactions in

⁴⁹ C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., p. 583 («The available data [which, admittedly, are spotty] indicate that neuroscience rarely has an impact outside of capital cases, and even there the impact appears to be minimal»).

⁵⁰ See Inter-America Commission on Human Rights (IACHR), *Children and Adolescents in the United States' Adult Criminal Justice System*, OAS/Ser.L/V/II. 167, 2018.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ L. Steinberg, K.C Monahan, *Age Differences in Resistance to Peer Influence*, in *Developmental Psychology* 43(6) 2007, p. 1531; L. Steinberg, *Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why?*, in *Annals of the New York Academy of Science*, 1021(1), 2006; L. Steinberg et al., *Age Differences in Sensation Seeking and Impulsivity as Indexed by Behavior and Self-Report: Evidence for a Dual Systems Model*, in *Developmental Psychology*, 44(6), 2008, p. 1764.

⁵⁴ J.N. Giedd et al., *Brain Development During Childhood and Adolescence: A Longitudinal MRI Study*, in *Nature Neuroscience*, 2, 1999, p. 861; E.R. Sowell et al., *In Vivo Evidence for Post-Adolescent Brain Maturation in Frontal and Striatal Regions*, in *Nature Neuroscience* 2(10), 1999, p. 859; E.R. Sowell et al., *Mapping Continued Brain Growth and Gray Matter Density Reduction in Dorsal Frontal Cortex: Inverse Relationships During Post-Adolescent Brain Maturation*, in *Journal of Neuroscience* 21, 2011, p. 8819.

response to certain circumstances⁵⁵. As further support for psychological findings, several studies have linked such “weaker” brain connections with adolescents’ higher susceptibility to peer pressure⁵⁶. Moreover, studies of brain plasticity have indicated that the adolescent brain is particularly dynamic and, as a result, more easily subject to change in response to new experiences and environments⁵⁷. All of these findings reflect the fact that adolescents have a higher chance of achieving positive change, reform, and rehabilitation compared to older adults.

In a famous series of cases, the U.S. Supreme Court cited this body of evidence to start addressing the excessive punitiveness within juvenile justice by finding extreme punishment of juveniles to be unconstitutional under the Eighth Amendment of the U.S. Constitution. Notably, since *Roper v. Simmons* in 2005⁵⁸, the Supreme Court has increasingly relied on “neurodevelopmental theory” as the basis for limiting the application of extreme punishment to juveniles by categorically banning the application of the death penalty⁵⁹ and the imposition of life imprisonment without the possibility of parole in non-homicidal cases⁶⁰. In 2012⁶¹, the Court banned automatic mandatory life imprisonment without the possibility of parole following murder convictions for all but the rarest juveniles who are assessed to be “irreparably corrupt” and therefore «incapable of rehabilitation and bound to continue to be a threat to society»⁶².

In relying also on knowledge from developmental neuroscience⁶³, these decisions have delineated a series of generalized characteristics, including a lack of a mature sense of responsibility, failure to appreciate risks and consequences, diminished impulse control and self-regulation, higher susceptibility to peer pressure, and possibility of rehabilitation, to support the conclusion that juveniles are “categorically less culpable” than adults and, thus, should not face extreme forms of adult punishment⁶⁴.

⁵⁵ A.O Cohen et al., *When is an Adolescent an Adult? Assessing Cognitive Control in Emotional and Nonemotional Contexts*, in *Psychological Science*, 2016, p 549; L.H Somerville, B.J. Casey, *Developmental Neurobiology of Cognitive Control and Motivational Systems*, in *Current Opinion in Neurobiology* 20(2), 2010, p. 236; L. Steinberg et al., *Are Adolescents Less Mature than Adults?: Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-flop”*, in *American Psychologist* 64(7), 2009, p. 583.

⁵⁶ J. Chein et al., *Peers Increase Adolescent Risk Taking by Enhancing Activity in the Brain’s Reward Circuitry*, in *Developmental Science*, 14(2), 2011, F1 ff.; M. Gardner, L. Steinberg, *Peer Influence on Risk Taking, Risk Preference, and Risky Decision Making in Adolescence and Adulthood: An Experimental Study*, in *Developmental Psychology*, 41(4), 2005, p. 625.

⁵⁷ See, e.g., A. Galván, *Insights about Adolescent Behavior, Plasticity, and Policy from Neuroscience research*, in *Neuron*, 83(2), 2014, pp. 262 ff.

⁵⁸ *Roper v. Simmons*, 534 U.S. 551 (2005). However, see T. Maroney, *Adolescent Brain Science after Graham v. Florida*, in *Notre Dame Law Review*, 86(2), 2011, pp. 765 (correctly observing that the Court’s reliance on developmental neuroscience was not explicit in *Roper*; p. 772).

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

⁶¹ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

⁶² M. Marshall, Note, *Miller v. Alabama and the Problem of Prediction*, in *Columbia Law Review*, 119, 2019, pp. 1633, 1644.

⁶³ See C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., p. 591 (calling this use of neuroscience “scientific stare decisis”). In 2018, the District Court of Connecticut relied upon the same body of evidence to extend the rationale of *Miller* to people who were 18 years-old at the time of the offence: see *Cruz v. United States of America*, No. 11-CV-787 (JCH) (D. Ct. of Connecticut, 2018).

⁶⁴ See *Graham v. Florida*, cit., quoting *Roper* at 570 («juveniles are more capable of change than are adults, and their actions are less likely to be evidence of “irretrievably depraved character” than are the actions of adults [...] [F]rom a moral standpoint it would be misguided to equate the failings of a minor with those of an adult, for a greater possibility exists that a minor’s character deficiencies will be reformed»); *Miller v Alabama*, cit. («*Roper* and *Graham* emphasized that the distinctive attributes of youth diminish the penological justifications for imposing the harshest sentences on juvenile offenders, even when they commit terrible crimes»).

Notably, the developmental characteristics of adolescents have been foundational to proportionality arguments to dismiss harsh sanctions of juveniles on constitutional grounds. The Court has primarily employed such evidence to acknowledge that juveniles do not possess the requisite culpability to warrant a particular punishment. Consequently, the Court has recognized that harsh punishments for juveniles have no legitimate penological interest of retribution, deterrence, and rehabilitation because the characteristics of youth «weaken rationales for punishment»⁶⁵. In addition, it has noted that juveniles' diminished «moral responsibility, and the limited deterrent effect»⁶⁶ render harsh sanctions a violation of the Eighth Amendment when applied to juveniles.

3.2. Solitary confinement.

Framework applications of neuroscience have recently entered prison litigation to support Eighth Amendment challenges to prolonged solitary confinement. In the United States, solitary confinement is a correctional practice that is usually implemented to meet disciplinary, safety, and protection needs of prisons. Solitary confinement takes place in either special units within correctional facilities or in supermax security prisons that house people who have been convicted of the most serious offences and are deemed socially dangerous. Supermax facilities also house people on death row, who can spend indefinite periods of time in solitary confinement while awaiting execution.

The harsh conditions of solitary confinement regimes in the United States are well known. Beyond experiencing a nearly total lack of social contact and often degrading living conditions, people in solitary confinement can spend a potentially indefinite amount of time in isolation that can extend for weeks, months, years, or even the rest of their life.

Nevertheless, solitary confinement is constitutional even when it is especially prolonged⁶⁷. Accordingly, it does not represent cruel and unusual punishment under the Eighth Amendment of the Constitution. The constitutionality of solitary confinement vacillates only when one or more of its accompanying material conditions are proven to be so degrading that they involve a “deprivation of basic identifiable needs”⁶⁸ to an extent that they “inflict harm or create a substantial risk of harm”⁶⁹ and are enacted with “deliberate indifference”⁷⁰ (i.e. with criminal recklessness) by prison personnel. With limited exceptions, the Supreme Court and lower federal courts have tended to interpret the objective prong of the standard by narrowing it down to identifiable physical human needs, including nutrition or shelter, that, when absent, may lead to the infliction of physical harm (e.g. physical disease or death)⁷¹. Thus, courts have often discounted the generalized mental pain that is caused by extreme isolation as well as frequently neglected the duration of solitary confinement as an autonomous aspect of constitutional scrutiny⁷². Despite the introduction of copious psychological evidence of the deleterious long-term effects of isolation in solitary litigations, progress in finding prolonged solitary confinement cruel and unusual punishment has been inconsistent.

In 2014, a pioneering federal class action lawsuit took place before the District Court for the Northern District of California (*Ashker v. Governor of California*)⁷³. In this case, social neuroscience-based evidence was successfully introduced to challenge such dominant interpretation of the

⁶⁵ *Miller v. Alabama*, cit.

⁶⁶ *Graham v. Florida*, cit.

⁶⁷ J. Lobel, *Prolonged Solitary Confinement*, in *U. Pa. J. Cost. Law*, 11(1), 2008, p. 115.

⁶⁸ *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S. 337, 347 (1981).

⁶⁹ *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825, 837 (1994).

⁷⁰ *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976); *Wilson v. Seiter*, 501 U.S. 294 (1991).

⁷¹ See F. Coppola, *The Brain in Solitude*, cit.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Todd Ashker et al. v. Governor of the State of California et al.*, 4:09-cv-05796-cw (N.D. Cal. 2014).

conditions of confinement standards and, consequently, to support Eighth Amendment challenges to prolonged solitary confinement. The case concerned the horrors that were suffered by more than 1,000 prisoners who had been forced into extreme isolation for prolonged periods of time at Pelican Bay State Prison in California. The plaintiffs incorporated expert neuroscience testimony to reinforce their Eighth Amendment claims⁷⁴.

The core arguments of the expert testimony were that social interaction is fundamental to physiological brain function and health⁷⁵, and the psychological deteriorations (mental harm or social pain) that follow social and environmental deprivation are linked to alterations that occur in the brain⁷⁶. These brain alterations can produce a wide range of adverse psychological effects, many of which may be long-lasting or even permanent⁷⁷. Based on this evidence, the plaintiffs successfully argued that the harsh conditions of solitary confinement that were forced on prisoners at Pelican Bay State Prison created a substantial risk of causing serious damage to a degree that is prohibited by the Constitution⁷⁸. Soon after the lawsuit settlement in 2015, the number of individuals held in the Segregation Housing Unit (SHU) dramatically declined as men who had been in solitary confinement for as long as three decades were released into the general population or transitional “step-down” programs⁷⁹.

In the U.S. Supreme Court case of *Ziglar v. Abbasi* in 2016⁸⁰, the plaintiffs similarly submitted expert witness testimony that included social neuroscience-based evidence. The evidence reported in the *amicus brief* mentions studies of the devastating impact that stress due to extreme isolation has on brain morphology and function⁸¹. Such brain alterations, which occur mainly in the hippocampus and prefrontal regions, have been reported for a number of psychiatric conditions, including depression, post-traumatic stress disorder, and schizophrenia. However, unlike in *Ashker*, the neuroscience-based arguments that are advanced in the *amicus brief* for *Ziglar* had no influence on the decision, as the court dismissed the case on procedural grounds. Nevertheless, such arguments further suggest the relevance of neuroscientific evidence to litigation over conditions of solitary confinement under the Eighth Amendment.

It has been proposed that the unique potential of neuroscientific evidence in solitary confinement litigation is for the reconsideration of «the sharp divide between mental injury and bodily harm»⁸². As mentioned, analyses of solitary confinement litigations and Eighth Amendment jurisprudence about prison conditions, including solitary confinement, reveals that the general threshold for qualifying a given condition or practice as “cruel and unusual punishment” concerns extreme deprivations of one or more *physical* needs that may entail (a substantial risk of) serious *physical* harm in individuals. With this background, the unique role of neuroscience in challenging prolonged solitary confinement consists of providing “the mental” with a physical dimension in two relevant ways: the first is by suggesting that social interaction is a neurobiological (and therefore physical) human need, while the second is by implying that a persistent lack of social interaction risks serious cerebral damages with long-term repercussions at the psychological and behavioral levels. These neuroscience-based claims could reinforce challenges to solitary confinement under current

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ M. Lieberman, [Expert Report](#).

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ J. Lobel, H. Akil, *Law and Neuroscience*, cit.

⁷⁹ See [Proposed Settlement of Class Action Regarding Gang Management and Segregated Housing – Ashker, et al. v. Governor, et al.](#), No. 09-5796 (N.D. Cal.).

⁸⁰ *Ziglar v. Abbasi*, No. 15–1358 (S.U. 2016).

⁸¹ See *Ziglar v. Abbasi*, No. 15–1358 (S.U. 2016), *Brief of Medical and Other Scientific and Health-related Professionals as Amici Curiae in Support of Respondents and Affirmance* (Dec. 22, 2016).

⁸² J. Lobel, H. Akil, *Law and Neuroscience*, cit.

constitutional standards⁸³. Still, the (potentially) unique role of neuroscience in the context of solitary confinement litigation does not diminish the reliability of psychological or psychiatric evidence in providing information that solitary confinement is damaging. Rather, by attaching psychological and psychiatric effects of solitary confinement to alterations or damages occurring in the brain, neuroscience simply provides the type of evidence that current standards require to raise a constitutional violation.

These cases and discussions that followed have reinvigorated the negative view of prolonged solitary confinement by fueling harsh criticism in not only media accounts⁸⁴ but also the public opinion as well as advocacy and activist movements. More importantly, these cases critically add to the recent openings⁸⁵ of lower federal courts about the constitutional issues that are involved in long periods of solitary confinement and may well presage the Supreme Court finding that prolonged solitary confinement is indeed unconstitutional.

4. Discussion.

The analysis that has been conducted in the previous sections highlights the fact that courts have generally not been consistently receptive to neuroscientific evidence in guilt assessments and individual sentencing. However, they have exhibited higher receptiveness to the presentation of neuroscience as framework evidence to support constitutional challenges to the application of certain sentences and penal practices to general classes of perpetrators.

One possible reason for the greater efficacy of using neuroscientific knowledge as framework evidence regards the type of claim – individualized versus categorical – that such evidence is intended to support in the relevant context. As noted, proving one’s lack of guilt requires evidence that the relevant individual defendant acted under a mental condition that seriously compromised his or her capacity for rationality at the time of the offence. Likewise, individual mitigation requires an assessment of whether a given individual suffers from specific conditions that may have compromised his or her mental capacities and, thus, can be considered less blameworthy. In either case, as suggested, neuroscientific evidence is accompanied by several empirical, temporal, and conceptual shortcomings that limit its evidentiary value in such contexts. Also, as Slobogin has observed, «even assuming the science itself is impeccable, the narrowness of the criminal law’s doctrines [would still] probably affect outcomes»⁸⁶.

However, these limitations of neuroscientific evidence are not at the forefront of contexts in which neuroscience is introduced and discussed as framework evidence to support a change in the law’s stance to entire categories of people, rather than a specific individual. In such instances, the use of neuroscience as framework knowledge to support categorical claims appears to be more accurate and reliable. It is more consistent with the type of information that neuroscience is able to provide considering its current state of the art (i.e. data supporting conclusions at the aggregate level) without

⁸³ See, e.g., F. Coppola, *The Brain in Solitude*, cit.

⁸⁴ See e.g. D. Smith, *Neuroscientists Make A Case Against Solitary Confinement*, in *Scientific American*, 2018; E. Blanco-Suarez, *The Effects of Solitary Confinement on the Brain*, in *Psychology Today*, Feb 27, 2019; L. Tung, *How Extreme Isolation Affects the Brain*, in *WHYY*, Feb 21, 2019; M. Costandi, *Using Neuroscience Evidence to Argue Against Solitary Confinement*, in *The Dana Foundation News*, Jan 3, 2019.

⁸⁵ See, e.g., *Johnson v. Wetzel*, 209 F.Supp 3d 766 (2016); *Shoatz v. Wetzel*, No. 2:13-CV-657, WL 595337 (W.D.Pa., 2016).

⁸⁶ C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., p. 583.

making more radical and deeply problematic inferences between the brain and behavior at the individual level⁸⁷.

As the above cases illustrate, framework neuroscientific evidence is employed with the aim of attributing empirical strength to general theories or hypotheses (i.e., adolescents are less developmentally mature; extreme isolation risks provoking irreversible damages) through converging empirical data and knowledge that lend support to broad normative conclusions concerning entire categories of people – transcending the circumstances of an individual case. For instance, while noticing the Supreme Court’s caution in analyzing the relevance of developmental (neuro)science to sentencing decisions in juvenile cases, Faigman et al. have emphasized the Court’s concession that some juvenile offenders may possess adult-level maturity⁸⁸. Nevertheless, as they have noticed, the Court acknowledged that «[i]t is difficult even for expert psychologists to differentiate between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity, and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption»⁸⁹. Strikingly, such an acknowledgment led the Court to err on the side of caution and to rather adopt a categorical rule exempting everyone under eighteen years-of-age from the death penalty as well as life imprisonment without parole (the latter only in non-murder cases)⁹⁰.

Notably, such framework use of neuroscience for matters that include juvenile sentencing and solitary confinement has attracted more acceptance from legal and scientific communities, both of which recognize the potential of neuroscience to support changes in the current criminal justice policy landscape. Contrary to responsibility and individual sentencing, converging opinions across legal and scientific communities perceive a far more realistic and profitable margin of impact of *current* neuroscientific knowledge on general punishment-related issues, including the conditions and practices of incarceration.

This favorable attention is manifest in the growing body of neurolaw literature that analyzes avenues by which neuroscience can contribute to concrete, effective change to penal practices, including in the short term. For instance, in a series of articles⁹¹, Yale University neuroscientist Arielle

⁸⁷ D. Faigman et al., *Gatekeeping Science*, cit., p. 894 («Because science is usually limited to exploring group differences and general phenomena, no *scientific* methodology reasoning from group data to individual cases may exist; to put the point another way, the law often asks empirical questions to which scientists have no answers»).

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Roper v. Simmons* cit.

⁹⁰ Admittedly, several scholars have wondered if and how neurodevelopmental theory could find plausible application to individual sentencing determinations in noncapital cases, especially after *Miller*. See E. Murphy, *Neuroscience and the Criminal/Civil Daubert Divide*, in *Fordham Law Review*, 85, 2016, p. 619, 636 («[a]part from continuing to rely on neuroscience in this categorical fashion [...] the real breakthrough would be to apply neuroscientific findings to noncapital, individual sentencing determinations. Indeed, *Miller* opened the door precisely to that kind of evidence. By holding that courts cannot impose mandatory life without parole, but must make individualized determinations in the case of juveniles, the Court opened the door to the consideration of individual neuroscientific findings in support of a particular defendant’s claim»). See also N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics*, cit., p. 506-507 (commenting on *Miller* and observing that «there is considerable confusion and debate by lower courts about the meaning of that ruling and the extent to which a judge must consider neuroscience when sentencing a juvenile offender»); Marshall, cit. (criticizing the predictive validity of risk-assessment tools, including neuroscience-based tools, to establish risk of future dangerousness in adolescents). See also D. Faigman et al., *Gatekeeping Science*, cit., p. 896 (suggesting that «in non-capital sentencing decisions involving juveniles, adolescent maturity is still very relevant, and judges [...] should keep in mind that many areas of scientific evidence have no methodologies available to assist [them] in deciding whether the case before them is an instance of the general phenomenon of interest. [In such instances] they can base their assessment of a particular juvenile’s culpability on lay and observational evidence»). See C. Slobogin, *Neuroscience Nuance*, cit., p. 590-591 («if an expert could compare, in a legally meaningful way, the structure or functioning of a defendant’s brain with the average analogous results for juveniles [...] the testimony could be considered highly relevant, at least at sentencing»).

⁹¹ A. Baskin-Sommers, *Brain Science Should Be Making Prisons Better, Not Trying to Prove Innocence*, in *The Conversation*, Nov 2, 2017; A. Baskin-Sommers, *Should Brain Science Be Making Prisons Better, Not Trying to Prove Innocence?*, in

Baskin-Sommers has explicitly claimed that neuroscience cannot plausibly contribute to proving innocence or lead to sentencing mitigations. She has instead maintained that the real potential of neuroscience, even in its current state of the art, is to improve the criminal justice and prison systems. In a co-authored paper⁹², Baskin-Sommers has illustrated several specific instances in which neuroscientific knowledge may prove useful to incite changes within current prison facilities in the United States that could include a drastic reduction in solitary confinement or even its abolition, among other changes. In a similar vein, other neuroscientists have conducted several studies to explore the negative impact of the prison environment on the brain. In one longitudinal study of adolescents between 16 and 18 years of age⁹³, Umbach et al. concluded that “regular” incarceration entailed a decline in cognitive functioning skills, including cognitive control, emotion regulation, and emotion recognition, all of which are protective factors against antisocial behavior. Meanwhile, alternative prison programs that employed a combination of cognitive behavioral therapy and mindfulness appeared to buffer such decline.

Based on these and other scientific works, legal scholars have started to develop neuroscience-based challenges to certain prison practices, such as solitary confinement, for either certain categories of perpetrators or the general prison population⁹⁴. In addition, several policy proposals and governmental recommendations have relied on neuroscientific knowledge about brain development to pursue the dismissal of harsh prison practices for adolescents and young adults and to lend justice to youths to improve rehabilitation efforts. For instance, in 2016⁹⁵, the U.S. Department of Justice issued a report that recommended several substantial reforms to the use of solitary confinement in the U.S. Such proposed reforms included banning solitary confinement for children and urging all jurisdictions to reconsider the use of solitary confinement for young adults between 18 and 25 years of age by calling for correctional staff to be trained in young adult brain development and incorporate “developmentally responsive” policies for this population. Likewise, several states have relied on such knowledge to raise the age of adult responsibility and establish special courts for young adults⁹⁶.

Neurodevelopmental theory has also been utilized to inform prison programs for youths. For instance, in 2017, the Chesire Correctional Institution in Connecticut launched *TRUE*,⁹⁷ an experimental prison program for people between 18 and 25 years old. The program hinges on a drastically different environment and approach that encompasses social rehabilitation, positive relationships, mentoring, education, and work. The program was prompted by the increased attention of public officials to neuroscientific findings on brain development, including that which takes place after the age of 18, as well as an acknowledgment that the mind and behavior of people who are slightly older than 18 are still particularly malleable and receptive to change. Thus, an inclusive and rehabilitative approach is critical to facilitate their successful social reintegration.

Scientific American (re-print), 2017; A. Baskin-Sommers, K. Fonteneau, *Correctional Change Through Neuroscience*, in *Fordham Law Review*, 85, 2016, pp. 423 ff.

⁹² A. Baskin-Sommers, K. Fonteneau, *Correctional Change*, cit.

⁹³ R. Umbach et al., *Cognitive Decline as a Result of Incarceration and the Effects of CBT/MT Intervention*, in *Criminal Justice and Behavior*, 45(1), 2018, pp. 31 ff.

⁹⁴ F. Coppola, *The Brain in Solitude*, cit ; F. Shen, *Neuroscience, Artificial Intelligence, and the Case Against Solitary Confinement*, in *Vanderbilt J. Ent. & Tech. Law*, 21, 2019, p. 937; R. Dillon, *Banning Solitary for Prisoners with Mental Illness: The Blurred Line Between Physical and Psychological Harm*, in *NW J.L. & Soc. Policy*, 14, 2019, p. 265.

⁹⁵ U.S. Department of Justice, *Report and Recommendations Concerning the Use of Restrictive Housing*, Jan. 2016.

⁹⁶ S. Childress, *More States Consider Raising the Age for Juvenile Crime*, in *Frontline*, June 2, 2016 (observing that «[o]ver the past decade, a bipartisan movement of legislators and advocates has been pushing to raise the age of criminal responsibility for juveniles. They are bolstered by neuroscience that shows the still developing adolescent brain is more prone to taking risks and less capable of making decisions»). See also V. Schiraldi et al., *Community-Based Responses to Justice-Involved Young Adults*, in *National Institute of Justice*, 3, 2015.

⁹⁷ M. Chamman, *The Connecticut Experiment*, in *The Marshall Project*, 2018.

Interestingly, the trend of using neuroscience as framework knowledge to inform changes in criminal justice, notably prison practices, is also emerging in Europe. Though the peculiarly harsh prison practices in the U.S. have not been replicated in Europe (especially as regards solitary confinement), some recent neuropsychological research conducted in Dutch prisons has found that only three months of incarceration appear to hamper self-regulation and other executive functions in incarcerated people⁹⁸. Drawing on this research, some researchers have begun to explore how neuropsychological insights into the deleterious effects of prison practices, including isolation, might be relevant in the context of the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment under Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR)⁹⁹. Admittedly, European research in this area is still scarce and further interdisciplinary work should explore the specific potential of neuroscientific knowledge to affect punishment regimes under European normative frameworks.

Altogether, these examples from various justice-related areas are symptomatic of the impact of neuroscientific research on criminal justice even beyond the courtroom. More cautious uses of neuroscientific knowledge as framework evidence to support positive change in criminal justice do not endorse extreme claims that the brain causes criminal behavior or that people are not responsible for their actions. Rather, they appear to have more concrete margins of usefulness and actual applicability, even in the present. It is possible that the actual neuroscientific challenge to the law derives from its (indirect) contribution to promoting justice.

5. Conclusion.

The use of neuroscience-based evidence in U.S. and international criminal law and justice has continuously spread. Scholarly debates have widely and predominantly focused on the potential of neuroscience to challenge criminal responsibility or mitigate penalties in individual cases. Although valuable in a theoretical context, these debates have ultimately been practically inconclusive. Moreover, individual uses of neuroscience evidence have seen scarce and inconsistent traction in courts. However, neuroscience has generated far less controversy when introduced as framework evidence to support constitutional claims concerning certain punishment for entire classes of individuals. Interestingly, criminal justice policies, legislative proposals, and governmental guidelines have recently taken the same body of evidence into account. In combination, the current state of the art of neuroscientific evidence in courtroom settings and the current trends in research and policy suggest an alternative and more concrete way for neuroscience to affect criminal law and justice. Currently, neuroscience-based knowledge cannot meaningfully contribute to proving one's lack of guilt. Nevertheless, it can be instrumental in humanizing criminal justice.

References.

E. Aarhoni, *Neuroprediction of Future Rearrest*, in *PNAS*, 110 (15), 2013, p. 6623.

P. Alces, *The Moral Conflict of Law and Neuroscience*, University of Chicago Press, 2018.

A. Alimardani, *Neuroscience, Criminal Responsibility and Sentencing in an Islamic Country: Iran*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 5(1), 2018, pp. 724 ff.

⁹⁸ J. Meijers et al., *Reduced Self-Control after 3 Months of Imprisonment; A Pilot Study*, in *Frontiers in Psychology* 9, 2018, p. 1; J. Meijers et al., *Prison Brain? Executive Dysfunction in Prisoners*, in *Frontiers in Psychology*, 6, 2015, p. 1.

⁹⁹ S. Lightart et al., *Prison and the Brain: Neuropsychological Research in light of the European Convention of Human Rights*, in *New Journal of European Criminal Law*, 10(3), 2019, p. 297.

- A. Baskin-Sommers, *Brain Science Should Be Making Prisons Better, Not Trying to Prove Innocence*, in *The Conversation*, Nov 2, 2017.
- A. Baskin-Sommers, *Should Brain Science Be Making Prisons Better, Not Trying to Prove Innocence?*, in *Scientific American* (re-print), 2017.
- A. Baskin-Sommers, K. Fonteneau, *Correctional Change Through Neuroscience*, in *Fordham Law Review*, 85, 2016, pp. 423 ff.
- Bates v. State*, 750 So. 2d 6, 15–16 (Fla. 1999) (*per curiam*).
- A. Bigenwald and V. Chambon, *Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet*, in *Frontiers in Psychology*, 2019.
- E. Blanco-Suarez, *The Effects of Solitary Confinement on the Brain*, in *Psychology Today*, Feb 27, 2019.
- T. Brown, E. Murphy., *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of Past Mental States*, in *Stanford Law Review*, 62(4), 2010, p. 1119.
- J. Buckoltz et al., *A Neuro-legal Lingua Franca: Bridging Law and Neuroscience on the Issue of Self-Control*, in *Mental Health Law & Policy Journal*, 2016.
- P. Catley, L. Claydon, *The Use of Neuroscientific Evidence in the Courtroom by those Accused of Criminal Offenses in England and Wales*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2015, pp. 510 ff.
- M. Chamman, *The Connecticut Experiment*, in *The Marshall Project*, 2018.
- J. Chandler, *The Use of Neuroscientific Evidence in Canadian Criminal Proceedings*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2015, pp. 550 ff.
- J. Chein et al., *Peers Increase Adolescent Risk Taking by Enhancing Activity in the Brain's Reward Circuitry*, in *Developmental Science*, 14(2), 2011, F1 ff.
- S. Childress, *More States Consider Raising the Age for Juvenile Crime*, in *Frontline*, June 2, 2016.
- A.O. Cohen et al., *When is an Adolescent an Adult? Assessing Cognitive Control in Emotional and Nonemotional Contexts*, in *Psychological Science*, 2016, p 549.
- F. Coppola, *The Brain in Solitude: An (other) Eighth Amendment Challenge to Solitary Confinement*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 6(1), 2019, pp. 184 ff.
- M. Costandi, *Using Neuroscience Evidence to Argue Against Solitary Confinement*, in *The Dana Foundation News*, Jan 3, 2019.
- Cruz v. United States of America*, No. 11-CV-787 (JCH) (Dis. Ct. of Connecticut) 2018.
- Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals* 509 U.S. 579 (1993).
- C. de Kogel, E. Westgeest, *Neuroscientific and Behavioral Genetic Information in Criminal Cases in the Netherlands*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2015, pp. 580 ff.
- R. Dillon, *Banning Solitary for Prisoners with Mental Illness: The Blurred Line Between Physical and Psychological Harm*, in *NW J.L & Soc. Policy*, 14, 2019, pp. 265 ff.

E. Ermer et al., *Aberrant Paralimbic Gray Matter in Criminal Psychopathy*, in *Journal of Abnormal Psychology* 121(3), 2012, p. 649.

Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976).

D. Faigman et al., *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, in *The University of Chicago Law Review*, 81(2), 2014, pp. 417 ff.

D. Faigman et al., *Gatekeeping Science: Using the Structure of Scientific Research to Distinguish Between Admissibility and Weight in Expert Testimony*, in *Northwestern Law Review*, 110(4), 2016, pp. 859 ff.

N. Farahany, *Neuroscience and Behavioral Genetics in U.S. Courtrooms*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2(3), 2016, pp. 485 ff.

Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825 (1994).

Federal Rule of Evidence (FRE) 403.

M. Freeman (ed), *Law and Neuroscience*, CUP, 2011.

Frye v United States 293 F. 1013 (DC Cir. 1923).

A. Galván, *Insights about Adolescent Behavior, Plasticity, and Policy from Neuroscience research*, in *Neuron*, 83.2, 2014, pp. 262 ff.

M. Gardner, L. Steinberg, *Peer Influence on Risk Taking, Risk Preference, and Risky Decision Making in Adolescence and Adulthood: An Experimental Study*, in *Developmental Psychology*, 41(4), 2005, pp. 625 ff.

S.P. Garvey, *As the Gentle Rain from Heaven: Mercy in Capital Sentencing*, in *Cornell Law Review*, 81, 1996, pp. 989 ff.

L. Gaudent, G. Marchant, *Under the Radar: Neuroimaging Evidence in the Criminal Courtroom*, in *Drake Law Review*, 64, 2016, p. 577.

J.N. Giedd et al., *Brain Development During Childhood and Adolescence: A Longitudinal MRI Study*, in *Nature Neuroscience*, 2, 1999, p. 861.

Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010).

J. Greene, J. Cohen, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 359, 2004, p. 1775.

W. Hirstein et al., *Responsible Brains: Neuroscience, Law, and Human Culpability*, MIT Press, 2018.

V. Hughes, *Science in Court: Head Case*, in *Nature*, 464, 2010, p. 340.

Johnson v. Wetzell, 209 F.Supp 3d 766 (2016).

O. Jones et al., *Brain Imaging for Legal Thinkers: A Guide for the Perplexed*, in *Stanford Technology Law Review* 5, 2009, p. 1.

Inter-America Commission on Human Rights (IACHR), *Children and Adolescents in the United States' Adult Criminal Justice System*, OAS/Ser.L/V/II. 167, 2018.

- M. Lieberman, Expert Report, *Ashker, et al. v. Governor, et al.*, No. 09-5796 (N.D. Cal.).
- S. Lightart et al., *Prison and the Brain: Neuropsychological Research in light of the European Convention of Human Rights*, in *New Journal of European Criminal Law*, 10(3), 2019, p. 297.
- J. Lobel, *Prolonged Solitary Confinement*, in *U. Pa. J. Cost. Law*, 11(1), 2008, p. 115.
- J. Lobel, H. Akil, *Law and Neuroscience: The Case of Solitary Confinement*, in *Daedalus*, 147(4), 2018, pp. 61 ff.
- Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978).
- T. Maroney, *Adolescent Brain Science after Graham v. Florida*, in *Notre Dame Law Review*, 86(2), 2011, p. 772.
- M. Marshall, Note, *Miller v. Alabama and the Problem of Prediction*, in *Columbia Law Review*, 119, 2019, pp. 1633, 1644.
- A. McCay, C.J. Ryan, *Issues Pertaining to Expert Evidence and the Reasoning about Punishment in a Neuroscience-based Sentencing Appeal*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 65 (10409), 2019.
- J. Meijers et al., *Prison Brain? Executive Dysfunction in Prisoners*, in *Frontiers in Psychology*, 6 (2015), p. 1.
- J. Meijers et al., *Reduced Self-Control after 3 Months of Imprisonment; A Pilot Study*, in *Frontiers in Psychology* 9, 2018, p. 1.
- Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).
- G. Miller, *Brain Exam May Have Swayed Jury in Sentencing Convicted Murderer*, *Science*, 2010.
- Illinois v. Dugan*, No. 05-CF- 3491 (Ill. Cir. Ct. Nov. 5, 2009).
- S.J. Morse, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006, p. 397.
- S. Morse, *The Promise of Neuroscience for Law: Hope or Hype?*, in D. Boonin (ed.), *The Palgrave Handbook of Philosophy and Public Policy*, 2018, pp. 77 ff.
- S. Morse, A. Roskies (eds.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, OUP, 2015; N. Vincent (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, OUP, 2010.
- E. Murphy, *Neuroscience and the Criminal/Civil Daubert Divide*, in *Fordham Law Review*, 85, 2016, p. 619.
- D. Patterson (ed.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, OUP, 2016.
- People v. Chul Yum*, 111 Cal. App. 4th 635 (2003).
- People v. Goldstein*, 786 N.Y.S.2d 428 (App. Div. 2004), *rev'd* in 843 N.E.2d 727 (N.Y. 2005).
- People v. Protsman*, 88 Cal. App. 4th 509 (2001).

People v. Weinstein, 591 N.Y.S.2d 715 (N.Y. Sup. Ct. 1992).

Proposed Settlement of Class Action Regarding Gang Management and Segregated Housing – Ashker, et al. v. Governor, et al., No. 09-5796 (N.D. Cal.).

Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337 (1981).

Roper v. Simmons, 534 U.S. 551 (2005).

A. Roskies et al., *Neuroimaging in Court: Less Biasing than Feared*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 17(3), 2013, p. 99.

S. Rushing, *The Admissibility of Brain Scans in Criminal Trials: The Case of Positron Emission Tomography*, in *Court Review*, 50, 2014, pp. 62 ff.

A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e Genetica Comportamentale nel Processo Penale Italiano*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1, 2013, pp. 70 ff.

J.J. Schaffer et al., *Neural Correlates of Schizophrenia Negative Symptoms: Distinct Subtypes Impact Dissociable Brain Circuits*, in *Molecular Neuropsychiatry*, 1, 2015, p. 191.

V. Schiraldi et al., *Community-Based Responses to Justice-Involved Young Adults*, in *National Institute of Justice*, 3, 2015.

F. Shen, *Neuroscience, Artificial Intelligence, and the Case Against Solitary Confinement*, in *Vanderbilt J. Ent. & Tech. Law*, 21, 2019, p. 937.

Shoatz v. Wetzel, No. 2:13-CV-657, WL 595337 (W.D.Pa., 2016).

C. Slobogin, *Neuroscience Nuance: Dissecting the Relevance of Neuroscience in Adjudicating Criminal Culpability*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2017, pp. 577.

D. Smith, *Neuroscientists Make A Case Against Solitary Confinement*, in *Scientific American*, 2018.

L.H Somerville, B.J. Casey, *Developmental neurobiology of cognitive control and motivational systems*, in *Current Opinion in Neurobiology* 20(2), 2010, p. 236.

E.R. Sowell et al., *In Vivo Evidence for Post-Adolescent Brain Maturation in Frontal and Striatal Regions*, in *Nature Neuroscience* 2(10), 1999, p. 859.

E.R. Sowell et al., *Mapping Continued Brain Growth and Gray Matter Density Reduction in Dorsal Frontal Cortex: Inverse Relationships During Post-Adolescent Brain Maturation*, in *Journal of Neuroscience* 21, 2011, p. 8819.

L. Steinberg, K.C. Monahan, *Age Differences in Resistance to Peer Influence*, in *Developmental Psychology*, 43(6) 2007, p. 1531.

L. Steinberg, *Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why?*, in *Annals of the New York Academy of Science*, 1021(1), 2006.

L. Steinberg et al., *Age Differences in Sensation Seeking and Impulsivity as Indexed by Behavior and Self-Report: Evidence for a Dual Systems Model*, in *Developmental Psychology*, 44(6), 2008, p. 1764.

L. Steinberg et al., *Are Adolescents Less Mature than Adults?: Minors' Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA "Flip-flop"*, in *American Psychologist* 64(7), 2009, p. 583.

State v. Nelson, No. F05-846 (11th Fla. Cir. Ct. Dec. 2, 2010).

Todd Ashker et al. v. Governor of the State of California et al., 4:09-cv-05796-cw (N.D. Cal. 2014).

L. Tung, *How Extreme Isolation Affects the Brain*, in *WHYY*, Feb 21, 2019.

R. Umbach et al., *Cognitive Decline as a Result of Incarceration and the Effects of CBT/MT Intervention*, in *Criminal Justice and Behavior*, 45(1), 2018, pp. 31 ff.

United States v. Hinckley 672 F.2d 115 (D.C. Cir. 1982).

U.S. Department of Justice, *Report and Recommendations Concerning the Use of Restrictive Housing*, Jan. 2016.

D.S. Weisberg et al., *The Seductive Allure of Neuroscience Explanations*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 20(3), 2008, p. 470.

Wilson v. Seiter, 501 U.S. 294 (1991).

Ziglar v. Abbasi, No. 15–1358 (S.U. 2016).

Ziglar v. Abbasi, No. 15–1358 (S.U. 2016), *Brief of Medical and Other Scientific and Health-related Professionals as Amici Curiae in Support of Respondents and Affirmance* (Dec. 22, 2016).

— *Malum in se*

L'intrinseca incompatibilità tra Stato di diritto e tortura legale

Malum in se

The intrinsic incompatibility between Rule of Law and legalizing torture

di Matilde Botto

Abstract. Lo scopo di questo contributo è quello di proporre una panoramica del dibattito giusfilosofico contemporaneo concernente il tema della legalizzazione della tortura. Adottando una prospettiva storica e filosofica, si mira ad evidenziare quanto le istanze atte a sostenere l'introduzione di forme di "tortura legale" siano profondamente distanti e contrastanti con i principi che sorreggono gli ordinamenti giuridici. Inoltre, la perdurante presenza della tortura nella storia dell'umanità altro non è se non un monito imprescindibile. La tortura, infatti, non è solamente un "oggetto necessario del diritto penale", ma anche un tema che "ci riguarda" ed interessa la filosofia, almeno quanto il diritto.

Abstract. The aim of this essay is to provide an overview of the contemporary philosophical-legal debate, concerning the theme of the legalization of torture. Starting with an historical and philosophical perspective, it is highlighted that the instances proposed by the theorists supporting the introduction of forms of "legal torture" are far from and contrary to the foundational principles of modern legal systems. Moreover, the persistent presence of torture in human history it is nothing but a warning. Torture, in fact, is not only a "necessary object of criminal law", but also an issue which "concerns us" and it is investigated by Philosophy, at least as much as by the Law.

SOMMARIO: 1. Proibire la tortura: la *lectio magistralis* illuminista che sopravvive nei secoli. – 2. Una "moderata pressione fisica": dalla Commissione Landau alla *ticking bomb* di Luhmann. – 3. L'alba del nuovo millennio. – 4. Quando l'uomo diviene mezzo: tra *ticking bomb*, legittima difesa e mandati giudiziari. L'argomento "principe": la *ticking bomb*. – 4.1. *Self-defense*: la tortura come reazione difensiva. – 4.2. Il mandato giudiziale di tortura: una giustificazione *ex ante*. – 5. L'inevitabile *slippery slope*: "uno, cento, mille". – 6. Cosa "bilanciano" i fautori della legalizzazione della tortura? – 7. Imperfette (inammissibili) analogie. – 8. L'incompatibilità tra legalità e tortura. Il rapporto tra male e diritto. – 9. L'impossibile legalizzazione passa anche dagli "effetti concreti".

SUMMARY: 1. Prohibition of Torture: the enlightened *lectio magistralis* that has survived for centuries – 2. A "moderate measure of physical pressure": from the Landau Commission to the Luhmann's *ticking bomb* scenario. – 3. The dawn of the new millennium. – 4. When a man becomes a *medium*: the *ticking-bomb* scenario, self-defense and the torture warrants. The main argument: the *ticking-bomb* scenario. – 4.1. Self-defense: torture as a defensive reaction. – 4.2. The torture warrant: an *ex ante* justification. – 5. An inevitable slippery slope: "one, one hundred, one thousand". – What do theorists of legalization of torture want to balance? – 7. Imperfect (inadmissible) analogies. – 8. The incompatibility of torture with the Rule of Law. The relation between evil and law. – 9. The "real effects" remind us (again) that legalizing torture is not possible.

1. Proibire la tortura: la *lectio magistralis* illuminista che sopravvive nei secoli.

Parlare di tortura legale rievoca scenari lontani: fa pensare al Medioevo, all'Inquisizione cinquecentesca, alla "caccia alle streghe" o, addirittura, porta la mente a ripercorrere luoghi e tempi ancor più remoti¹. E non è sbagliato: l'uso della tortura è testimoniato dalle fonti fin dall'antichità. Per secoli la tortura è stata un "istituto della procedura giuridica"², tanto che è divenuta oggetto di minuziosa descrizione non solo da parte di ampia letteratura, dottrina e manualistica, ma anche di codici e leggi, soprattutto nel vasto lasso di tempo compreso tra la tarda età di mezzo e il diciottesimo secolo. Uno strumento, quello della tortura, dalla doppia natura³, giudiziaria e politica. Da una parte si delinea la "tortura giudiziaria"⁴, ossia la tortura utilizzata come strumento probatorio per perseguire il fine dell'ottenimento della confessione del reo o per comminare una pena esemplare a fronte di un crimine particolarmente grave⁵: un impiego che trovava la sua giustificazione in nome di un paventato "interesse collettivo" e in vista della garanzia della "sicurezza pubblica". Dall'altra, la dimensione politica della tortura le fa assumere una funzione diversa: la tortura è strumento del potere e come tale è usata dallo Stato stesso per affermare la sua supremazia⁶. Così lo Stato usa il terrore per radicare la sua assoluta sovranità sul popolo, che è in questo modo suddito. Il legame tra politica del terrore, dunque tortura, e Stato "tiranno" è inscindibile. Sebbene nei secoli richiamati l'uso della tortura fosse un episodio di "prassi", l'immoralità della stessa ha fatto sì che anche allora si sentisse la necessità di "spiegarne il ricorso". Molte, infatti, le argomentazioni che si sono succedute per giustificare l'utilizzo di tale strumento: dall'utilitarismo, alla teoria del doppio effetto fino ad una paventata efficacia deterrente della tortura. Rilevato che, dunque, la necessità di ricorrere a tali teorie esplicative deriva dalla natura della tortura stessa, il cui impiego impone di ricercare "elaborate motivazioni" atte a sostenerne l'uso, tanta è l'atrocità dei supplizi che la caratterizzano, si comprende perché, anche nel tempo "dell'uso istituzionale" della tortura, si sono levate voci atte a reclamarne l'abolizione, le quali hanno messo in luce la sua irragionevolezza, immoralità e irrazionalità.

"Allora e ancor prima", si potrebbe asserire: l'aberrante natura della tortura, unitamente alla sua immoralità e disumanità, ha fatto sì che non potesse passare secolo senza che gli uomini ne denunciassero l'insensatezza. Se la prima voce che si leva per mettere in dubbio il ricorso a tale mezzo

¹ Per una rapida introduzione storica alla tortura si veda M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, 2013, pp. 23-56, ove, oltre all'*excursus* storico, viene messa evidenza la doppia natura della tortura (dall'antichità all'età moderna): strumento giudiziario, da un lato, e strumento di affermazione del dominio politico, dall'altro. Si segnala anche R. Orlandi, *Documento introduttivo* in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019, pp. 1 ss.

² Espressione usata in M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, 2010, p. 163.

³ Cfr. B. Pastore, *La tortura, lo Stato di diritto, l'abisso dell'eccezione* in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 13.

⁴ La tortura giudiziaria, storicamente, viene ad essere bipartita a seconda della sua "finalità": essa coincide con la c.d. *quaestio* – in francese *question préparatoire* – (ovverosia la tortura alla quale si sottoponeva il reo per farlo confessare) oppure con la c.d. *quaestio in caput sociorum* – in francese *question préalable* – (ossia la tortura inflitta al reo al fine di ottenere la delazione o indicazione dei complici, che dir si voglia). Cfr. T. Padovani, *Quaestio in caput sociorum. Alle origini dell'obbligo del reo di collaborare alle indagini*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 68.

Per approfondire si segnala, inoltre, l'opera di M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 25-36. Per una disamina storica e per un approccio più analitico sul tema della tortura nella storia, si consiglia caldamente la lettura di T. Padovani, *Giustizia criminale. Vol. 3: Tortura*, Pisa University Press, 2015 (specificamente dedicate all'inquadramento storico sono: la "Lezione III" e la "Lezione IV", pp. 39-67 e, sul tema dei "soggetti" della tortura, la "Lezione V", pp. 67-80).

⁵ Si trattava al più di crimini contro l'autorità.

⁶ Sullo stretto nesso tra tortura e "assolutizzazione" del potere, *rectius* il rapporto tra questa e la nascita e il funzionamento dei regimi totalitari, basti leggere le osservazioni di Hannah Arendt nel celeberrimo H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, 2009, pp. 533 ss.

è quella di Aristotele nella *Retorica*⁷, non si può non rammentare la netta posizione di Cicerone (*una tantum* nelle *Verrine*) e quella elaborata da Quintiliano (nelle *Institutiones horatoriae*)⁸, per citare solo due esponenti tra i pensatori romani. L'avvento del cristianesimo, poi, e della visione fondata sulla regola aurea "ama il prossimo tuo come te stesso", tradotta nel non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te, rende inaccettabile, anche al di fuori dell'ambiente intellettuale, la disumanità che caratterizza la tortura. Tuttavia, la vera svolta nelle argomentazioni contro la tortura si ha con l'Illuminismo: è in questo contesto culturale che il rapporto regola/eccezione si ribalta, che il diritto si separa e antepone, definitivamente, alla tortura e prende il sopravvento su di essa. Non esiste giustificazione alla tortura: la critica illuminista irrompe e stravolge la visione antecedente appena ripercorsa.

La tortura diviene tabù, il suo divieto si configura come assoluto, inderogabile e universale. «Mi pare impossibile che l'usanza di tormentare privatamente nel carcere per avere la verità possa reggere per lungo tempo ancora»⁹: correva l'anno 1777 e Pietro Verri si esprimeva in tali termini nelle sue *Osservazioni sulla tortura*. La tortura scompare dai tribunali e dalle università, scende un sipario sul suo impiego: parlarne diventa inaccettabile. L'età dei lumi, dell'uomo razionale, lascia ai posteri l'idea un diritto "umano" che non può, non deve e non vuole parlare di tortura, tanto la vede in antitesi con la sua stessa essenza. La tortura si configura come uno strumento ingiusto ed inefficace: essa non porta a verità, ma alla vittoria del più forte sul più debole¹⁰. La confessione estorta con tortura è una finta verità, «inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo»¹¹, asserisce Beccaria; chiunque direbbe qualsiasi cosa pur di far terminare l'insostenibile supplizio. Ma prima di tutto la tortura è, appunto, ingiusta. Quand'anche la tortura fosse un «metodo conducente alla scoperta della verità sarebbe intrinsecamente ingiusto»¹², dunque inutilizzabile da parte di uno Stato di diritto, che, fondandosi sulle leggi, *melius*, sulla legalità, ritiene che «non c'è utilità se non c'è giustizia»¹³. Insiste

⁷ Aristotele, nella *Retorica*, tra gli altri temi, giunge anche a parlare degli argomenti che coloro che contendono in giudizio si trovano ad utilizzare al fine di corroborare le prove messe in campo. In tale contesto si rivolge anche all'analisi del problema delle testimonianze estorte con tortura e, con una chiarezza ed una modernità disarmanti, afferma: «quando si è costretti si dicono menzogne non meno che verità; e se si sa resistere, non si dice la verità, mentre poi si dice anche il falso per far terminare più in fretta la tortura. [...] Bisogna dire che le testimonianze sotto tortura non sono veridiche; vi sono infatti molte persone di scarsa sensibilità, le quali sono dure come pietra e che essendo forti di animo possono resistere con costanza alle costrizioni; altri invece sono vili e timidi e hanno coraggio solo prima di avere visto gli strumenti di tortura; perciò non vi è nulla di attendibile nelle testimonianze sotto tortura». Aristotele, *Retorica* (1377a), in *I classici del pensiero. Aristotele. Volume secondo*, Mondadori, 2008, p. 859.

⁸ Si veda T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., "Lezione VIII", pp. 118-119, per una disamina del pensiero di Quintiliano.

⁹ P. Verri, *Osservazioni sulla tortura* in S. Contarini (a cura di), *Pietro Verri. Osservazioni sulla tortura*, 5ª ed., BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 2018, p. 148.

¹⁰ Si vedano Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Cap. XVI), Pietro Verri (*Osservazioni sulla tortura*) e Gaetano Filangieri (*Scienza della legislazione*), Francesco Mario Pagano (*Considerazioni sul processo criminale*): per citare autorevoli voci dell'illuminismo nostrano. Di notevole importanza, fuori dal panorama nazionale, sarà il pensiero di Joseph Von Sonnenfels (riassunto nel suo saggio *Intorno alla abolizione della tortura*, 1775), che farà da forza motrice per l'abolizione della tortura da parte di Maria Teresa d'Austria nel 1776. Impossibile, poi, non citare almeno Von Spee, Kant e Humboldt.

Si noti poi che l'argomento della inefficacia della tortura ricorre tanto in Cicerone, quanto in Sant'Agostino, come ricorda E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci Editore, 2018, pp. 15-16. Per ulteriori indicazioni e riferimenti ad autori che si sono pronunciati per ribadire l'assurdità e l'inammissibilità della tortura si rinvia anche a: M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, 2016, pp. 28-58 e Id., *Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della tortura*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2, 2018, p. 21. Si veda, inoltre T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., "Lezione XIV", pp. 202 ss.

Impossibile non citare Beccaria: «Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati, e di condannare i deboli innocenti». C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Cap. XVI, in S. Contarini (a cura di), *Pietro Verri*, cit., p. 180.

¹¹ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., p. 179.

¹² P. Verri, *Osservazioni*, cit., p. 113.

¹³ Espressione usata in E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, cit., p. 16.

Beccaria: «Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino mentre si dubita se sia reo, o innocente?»¹⁴. La tortura è «una pena che si applica prima che sia stato accertato il crimine»¹⁵ e che si applica, parafrasando Voltaire, prima di sapere per sapere¹⁶: ciò è assurdo, logicamente, moralmente e giuridicamente (la presunzione di innocenza e il principio di legalità sono violati), dunque inammissibile. L'attacco illuminista alla tortura si fonda su tre argomenti centrali: l'inutilità, l'irrazionalità e l'ingiustizia della tortura. L'Illuminismo segna la storia della tortura: essa viene espunta dagli ordinamenti giuridici, tanto da rendere "impensabile" anche solo figurarsi che, in uno Stato di diritto, si possa immaginare di "torturare alla luce del sole".

La cultura illuminista contro la tortura sopravvive ai secoli, resiste addirittura ai totalitarismi del 1900¹⁷: neanche sotto i regimi fascista e nazista si mette apertamente in discussione l'illegalità della tortura. Questo non vuol dire, si badi bene, che la tortura nei secoli abbia smesso di esistere. Al contrario¹⁸, la tortura è sopravvissuta nei secoli assumendo la veste o di *prassi poliziesca* o di *prassi politica*¹⁹. La prima, il cui uso è stato denunciato anche in contesti democratici, viene storicamente utilizzata nelle investigazioni al fine di estorcere informazioni o raggiungere risultati per i quali "i mezzi ordinari non risultano sufficientemente adeguati"; la seconda, connaturata alla presenza di regimi autoritari, è uno strumento di potere volto ad intimidire e a rendere possibile la sopraffazione ed il terrore dei sottoposti.

La tortura è **una pratica mai scomparsa**²⁰, la cui storia prosegue anche all'interno dei Paesi che fondano i loro ordinamenti su principi e valori egualitari e democratici, rivendicando orgogliosamente l'identità di ordinamenti civili e il ruolo di portatori della cultura e del rispetto dei diritti umani: nazioni

¹⁴ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., p. 179.

¹⁵ Così M. La Torre, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, p. 274.

¹⁶ Voltaire, *Dizionario filosofico*, in Id., *Opere*, Sansoni, 1993 (Appendice alla voce «Leggi»).

¹⁷ Parafrasando il rapido *excursus* recentemente proposto da La Torre, si osserva come la modernità arrivi a sancire quella che si potrebbe definire *l'impossibilità discorsiva della tortura*. Risuonano in proposito le parole di Friedrich Von Spee in *Cautio criminalis*, il quale, riferendosi alla tortura, afferma: «Il dolore mi offusca impedendomi di proseguire». Oppure si rammenta la posizione di Francesco Calasso che nel redigere la voce dedicata alla tortura nell'Enciclopedia Treccani, nell'anno 1937, in pieno regime fascista, affermava: «l'avvento del diritto ha spazzato via la tortura». Neanche nella dottrina giuridica nazista si arriverà a proporre la reintroduzione della tortura in vesti "ufficiali", dunque la sua legalizzazione. Cfr. M. La Torre, *Mostruosità morali. Il ritorno della tortura*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 17.

¹⁸«[...] palese o nascosta, combattuta o tollerata, la tortura non ha mai conosciuto eclisse, al punto da presentarsi, pur nella sua variabilità attraverso i secoli, come un fenomeno ininterrotto, un'istituzione permanente, una costante della storia umana». D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016, p. 17. Oren Gross riferendosi alla persistenza della tortura nella storia degli ordinamenti occidentali parla di "*darker side*" della storia di proibizione ufficiale e universale delle pratiche di tortura. Cfr. O. Gross, *Are torture warrant warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, in *Minnesota Law Review*, vol. 88, n. 6, 2004, p. 1484. Per un approfondimento monotematico e specifico sull'uso della tortura da parte dei militari americani nei confronti dei prigionieri nemici si rinvia a C.J. Einolf, *US torture of Prisoners of War in Historical Perspective: The Role of Delegitimization*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting Torture. Essays on the ethics, legality, history, and psychology of torture today*, University of Chicago Press, 2018, pp. 120-145.

¹⁹ Distinzione ripresa da T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., "Lezione XXIII", p. 315.

²⁰«[...] nel corso del Novecento l'esperienza della tortura viene costituendosi come il punto di saldatura fra letteratura e testimonianza. Alle pagine di Primo Levi, Tadesuz Borowski e Jean Améry – intellettuali sopravvissuti ai campi di concentramento nazisti – si aggiungono le opere teatrali di Antonio Buero Vallejo, in cui si inscena il dramma delle violenze poste in essere dalla polizia franchista sui dissidenti politici, le pagine di Henri Alleg sulle torture praticate dall'esercito della Francia repubblicana e coloniale sui resistenti algerini, le descrizioni dei *Gulag* sovietici di Aleksandr Isaevič Solženicyn». R. Mele, *Tortura e vita giuridicamente qualificata. Ragioni di un'incompatibilità a partire dal dibattito tedesco sulla legalizzazione della "Rettungsfolter"*, in V. Marzocco (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Giappichelli, 2018, p. 89 (nt. 6).

che hanno aderito alle Carte internazionali a tutela delle prerogative fondamentali dell'individuo e reprimono penalmente la messa in atto di pratiche violente ad opera delle pubbliche autorità²¹.

D'altra parte, se la tortura fosse "sparita" non si sarebbe nemmeno avvertita la necessità di ribadire universalmente il divieto nel 1984²², né, in Europa, tre anni dopo²³, di costituire un organismo di controllo atto a vigilare sulla sua osservanza da parte degli Stati parti, nonostante la sua illegalità sia stata postulata a partire dalla fine del diciottesimo secolo e sia stata ribadita a gran voce nella

²¹ Come si desume dalla consultazione dei rapporti del Comitato europeo (CPT), oppure dagli atti del Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite (o Comitato CAT, dall'acronimo della fonte istitutiva dell'organo di controllo, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti del 1984). Si veda anche il Rapporto 2016/2017 di Amnesty International (Amnesty International, *Rapporto 2016-2017. La situazione dei diritti umani nel mondo*, ed. ita., Infinito Edizioni, 2017) per un'illustrazione di episodi – qualificati come trattamenti inumani o degradanti, o rientranti nella più grave ipotesi di tortura – nell'area europea ed americana.

²² Anno nel quale è stata siglata la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

²³ Il riferimento è alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987 e al Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Si noti che tale apparato convenzionale e di controllo si affianca al divieto postulato all'interno dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, ove è espressamente ribadito che nessuno può essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti.

seconda metà del ventesimo²⁴. Il divieto di tortura è norma di *ius cogens*²⁵, una proibizione assoluta e universalmente condivisa. Universalmente, appunto. La stessa idea di Stato di diritto, di democrazia,

²⁴ La metà del XX secolo è il contesto temporale in cui ha luogo quel processo che gli internazionalisti definiscono di *internazionalizzazione dei diritti umani*: il diritto internazionale, ambito del sapere giuridico storicamente afferente alla regolamentazione dei rapporti economici e territoriali tra gli Stati, diviene il principale strumento attraverso il quale affermare l'universalità dei diritti fondamentali dell'uomo. Questo il "macro-processo" nel quale inserire l'affermarsi, a livello trasversale, del divieto di tortura quale proibizione universale e assoluta. Un divieto che viene ribadito tanto all'interno delle disposizioni di diritto internazionale dei diritti umani, tanto in quelle di diritto umanitario, quanto in quelle di diritto penale internazionale. L'art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 postula che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti»; nel 1966 il contenuto dell'art. 7 del Patto di New York sui diritti civili e politici viene modellato in modo speculare al citato articolo e inserito nei *core rights* del patto (art. 4), che non sono sottoponibili a deroga neanche a fronte di situazioni di particolare emergenza o di «pericolo pubblico eccezionale che minaccia l'esistenza della nazione». Nel 1975 viene siglata la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o ad altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti: un atto di *soft law* in cui, per la prima volta, compare una definizione di *tortura*, che sarà poi il modello di quella contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, in cui, all'art. 1, par. 1, si definisce *tortura*: «ogni atto con il quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, sono intenzionalmente inflitte ad una persona, con lo scopo in particolare di ottenere dalla stessa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un'azione che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, o di intimidirla o di esercitare pressione su di lei, o di intimidire o di esercitare pressioni su una terza persona o, per qualunque altra ragione basata su una qualunque forma di discriminazione, quando tali dolori o sofferenze sono inflitti da un pubblico ufficiale o qualsiasi altra persona che eserciti funzioni ufficiali, o su sua istigazione o con il suo consenso o la sua acquiescenza espressa o tacita. Questo termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime». Il divieto di tortura postulato nella Convenzione *ad hoc* del 1984 si configura come un divieto assoluto e inderogabile, al successivo art. 2, parr. 2 e 3, si ribadisce sia che nessuna circostanza eccezionale può essere invocata per giustificare una deroga alla proibizione in esame, sia che non assurge al rango di giustificazione il richiamo dell'ordine dell'autorità superiore. Tra le fonti di diritto internazionale dei diritti umani in cui compare la proibizione della tortura vanno poi ricordate anche quelle il cui contenuto è volto a trattare ambiti specifici e diversi, si ricordano in proposito: l'art. 2 della Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio del 1948, l'art. 5 della Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956, l'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965, l'art. 37 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 e l'art. 15 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006. Per quanto attiene alla formulazione del divieto di tortura presente nel novero delle norme di diritto umanitario, il riferimento è alle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e a quelle dei due Protocolli aggiuntivi del 1977. *In primis* rileva l'art. 3, comune alle quattro Convenzioni del 1949, in cui, al comma 1°, alla lett. a) si ribadisce il divieto delle «violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi» e alla successiva lett. c) quello degli «oltraggi alla dignità personale, in particolare i trattamenti umilianti e degradanti». Si rammentano poi: l'art. 12 della prima e della seconda Convenzione in cui il dovere generale di trattamento secondo umanità dei soggetti tutelati dalle norme convenzionali è seguito dal divieto di tortura (ribadito specularmente all'art. 32 della quarta Convenzione) e l'art. 17 della terza Convenzione, riguardante l'interrogatorio di coloro che si trovano in stato di prigionia, ove si prevede il divieto di sottoporre a tortura o a qualsiasi altra forma di coercizione fisica o morale tali soggetti, al fine di ottenere da essi informazioni di qualsivoglia natura; gli artt. 13 e 14 della terza Convenzione, dove viene specificato il dovere di trattare secondo umanità i prigionieri di guerra e quello di rispetto del loro onore, seguito dal divieto di operare discriminazioni nel trattamento dei prigionieri sulla base del sesso degli stessi; l'art. 87 della terza Convenzione, afferente al tema delle pene irrogabili dai tribunali, nel quale è ribadito il divieto di pene corporali, collettive oltre che di «qualsiasi forma di tortura e crudeltà»; da ultimo, gli artt. 49 e 50 della prima Convenzione (di contenuto analogo all'art. 51 della Seconda, all'art. 130 della Terza e all'art. 147 della Quarta) che annoverano la tortura tra le *gross violations* (le gravi infrazioni). Quanto ai menzionati protocolli addizionali si rileva come essi siano rispettivamente dedicati alla tutela delle vittime dei conflitti internazionali (il Primo) e non internazionali (il Secondo): il divieto di tortura figura tra le condotte che devono tenersi affinché sia garantito il "livello di protezione minima" ai soggetti tutelati dalle menzionate fonti aggiuntive, consistente nel trattamento secondo umanità (le norme di riferimento sono, rispettivamente: l'art. 75 del primo Protocollo, il cui contenuto è ripreso specularmente all'art. 4 del secondo).

di diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo, che ne fanno da essenza, rende ostico apprendere che il retroterra dove sono maturate le istanze volte a "reintrodurre" (*rectius* introdurre) una qualsivoglia forma di tortura legale siano nate, cresciute e maturate proprio affondando le loro radici nel terreno della democrazia. Invece è proprio a partire dagli anni '80 del secolo scorso che le "voci" per la legalizzazione della tortura si affermano sempre di più nel dibattito accademico, giuridico e filosofico²⁶. Forte la difficoltà nel proseguire, stante tale intrinseca "inconciliabilità", dalla quale, come autorevoli voci hanno osservato, deriva la tentazione di interrompere in modo repentino la trattazione con la considerazione per cui il giurista positivo si dovrebbe rifiutare anche solo di parlare di tortura – se non da penalista, al fine di disporre l'assoluta repressione e criminalizzazione –, tanto è inconciliabile con il sistema valoriale e di principi che lo hanno cresciuto e dei quali non dubita. Oppure con un ancora più lapidario: della tortura (della sua legalizzazione) non si dovrebbe nemmeno accettare di parlare²⁷. Chiudere qui, quindi, con quello che pare essere un ossimoro: "tortura e democrazia"²⁸; non andare oltre, tanto pericolose e al contempo paradossali paiono essere le istanze

Infine, non resta che accennare alla presenza del crimine di tortura nell'ambito del diritto penale internazionale: il riferimento è agli Statuti dei due tribunali penali internazionali *ad hoc* per la Ex Jugoslavia e per il Ruanda (rispettivamente: *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-ICTY* e *International Criminal Tribunal for Rwanda-ICTR*) e allo Statuto della Corte Penale internazionale (c.d. Statuto di Roma, del 1998). La tortura compare nel novero delle norme statutarie dei due tribunali *ad hoc* come crimine contro l'umanità (art. 5 ICTY St. e art. 3 ICTR St.), come reato-mezzo per la realizzazione del crimine di genocidio art 4 ICTY St. e art. 2 ICTR St.) e come crimine di guerra (artt. 2 e 3 ICTY St. e art. ICTR4 St.).

Nello Statuto di Roma la tortura quale crimine contro l'umanità è descritta sia come reato-offesa (art. 7, Statuto di Roma) che come reato-mezzo, ossia connesso alla realizzazione di altre fattispecie incriminate al successivo art. 8, inoltre, la tortura viene annoverata tra i crimini di guerra.

Per un approfondimento in materia di divieto e crimine di tortura nelle fonti di diritto internazionale si vedano A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 1993, pp. 979 ss.; Id., *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 1, 2018, pp. 131 ss.; F. Trione, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale scientifica, 2006; G. Gioffredi, *Obblighi internazionali in materia di tortura e ordinamento italiano*, in *Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, fasc. 2, 2016, pp. 415 ss.; P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 10, 2017, pp. 181 ss.; Id., *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., pp. 113 ss.; F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc.1, 2018, pp. 151 ss.; L. Risicato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *disCrimen*, 27 luglio 2018.

Per un commento analitico, articolo per articolo, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, *una tantum*: J.H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988. Infine, in tema di diritto penale internazionale, per un inquadramento generale della materia Aa. Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Giappichelli, 2016, mentre per un'analisi dei singoli crimini internazionali E. Greppi, *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Giuffrè, 2012, pp. 467 ss. Tra i commenti specifici in tema di tortura si segnala W.A. Schabas, *The Crime of torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, nn. 2-3, 2006, pp. 349 ss.

²⁵ Nel diritto internazionale, si attribuisce l'appellativo "di *ius cogens*" alle norme di carattere imperativo (ossia cogenti, inderogabili).

²⁶ Dato confermato *un tantum* nel citato testo M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 93 -104.

²⁷ «Infatti, come della reintroduzione della pena di morte, così della legalizzazione della tortura il giurista positivo deve rifiutarsi di discutere». A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 2, 2014, p. 130. Si veda anche M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., pp. 17-19.

²⁸ Parafrasando Jeremy Waldron, la proibizione della tortura assurge alla funzione di "archetipo" per la genesi dello stesso Stato di diritto: «[...] the prohibition on torture is not just one rule among others, but a legal archetype-a provision which is emblematic of our larger commitment to nonbrutality in the legal system.», J. Waldron, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 1681. Luban utilizza l'espressione *moral archetype* in riferimento alla proibizione della tortura nell'intervista a cura di Engel dell'aprile 2014, nella quale presenta la sua opera, del medesimo anno, incentrata sullo studio

che si stanno affermando per giustificare e, ancor di più, legalizzare la tortura. Tuttavia, è proprio per far conoscere le argomentazioni di cui si parla che si sente di volere e dovere intervenire ai fini di cercare di palesarne l'irrazionalità, l'illogicità oltre che l'inammissibilità. E se il primo passo per potersi difendere da un pericolo è conoscerlo, non resta che iniziare a percorrere gli sviluppi del menzionato dibattito giusfilosofico.

2. Una "moderata pressione fisica": dalla Commissione Landau alla *ticking bomb* di Luhmann.

La perdurante presenza della tortura nella storia dell'umanità, dunque, ci accompagna sino ai giorni nostri. Tuttavia, qualcosa, oggi rispetto a prima, è tragicamente cambiato²⁹. Fino agli anni '80 del secolo scorso era possibile affermare che l'universalità e l'assolutezza che caratterizzavano la proibizione della tortura, la sua intrinseca immoralità, fossero valori trasversali ed indubbi o, quantomeno, che il loro riconoscimento come tali non fosse sconosciuto, ma ampiamente condiviso all'interno della cultura liberal-democratica. Sebbene non si potesse di fatto dire che la tortura risultasse essere un fenomeno "non praticato e sconosciuto" (si ricordano le torture francesi in Algeria negli anni '50, la cui notizia irruppe nell'opinione pubblica)³⁰, tuttavia, i termini con cui, al tempo, ci si è occupati di tali vicende di tortura sono stati quelli della denuncia e della condanna, toni di derivazione illuministica e confermati dalla siglatura dei documenti internazionali aventi ad oggetto la tutela delle prerogative inviolabili della persona³¹. È mancato, dunque, un tentativo di rileggere le violenze perpetrate in chiave giustificativa o, ancora di più, di legittimazione³². È necessario, pertanto,

dell'interazione tra tortura e potere (si veda D. Luban, *Intersections of Torture and Power*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 2, n. 15, 2014, pp. 110 ss.; l'opera di riferimento invece è Id., *Torture, Power and Law*, Cambridge University Press, 2014).

²⁹ In proposito La Torre ricorre all'espressione, molto efficace, di "rovesciamento di paradigma", in M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani. Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, 2007, pp. 1332 ss.

³⁰ Così riportato in M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., p. 19 e Id., *Riaprendo il vaso di Pandora. Il ritorno della tortura (e della mostruosità morale)*, in *Ragion Pratica*, fasc. 2, 2018, p. 473.

³¹ Similmente la prospettiva di condanna assoluta, assai lontana dalle teorie della legalizzazione, è stata quella con cui sono stati riportati e descritti gli eventi che si sono susseguiti nel corso della dittatura di Pinochet, in Cile.

³² Come rilevato da Waldron la novità non risiede nel fatto che si siano verificati episodi di tortura, ma nel constatare che importanti voci si sono espresse al fine di giustificare il ricorso ai medesimi. J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1684.

Pare opportuno, a questo punto della trattazione, aprire una breve parentesi relativa all'Italia, che si traduce nella *summa* di due questioni. In *primis*, si ricorda il dibattito della prima metà degli anni '50 intercorso tra Carnelutti e Calamandrei, a partire dalla posizione espressa dal primo, nell'opera *Lezioni sul processo penale* (F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. 2, Edizioni dell'Ateneo, 1947, p. 168), con cui l'autorevole giurista aveva, in modo ambiguo, parlato di possibilità di impiego della tortura nei termini della legittimità del ricorso ad un «mezzo di coercizione il quale fornisca garanzia di verità della risposta del torturato, senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito». Tale asserzione è stata da subito letta ed interpretata quale una possibile apertura verso il ricorso alla tortura. Sul punto, si rimanda alla lettura dei contributi di G. Serges, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in L. Pace, S. Santucci, G. Serges (a cura di), *Momenti di storia della giustizia*, in dirittopenitenziarioecostituzione.it, p. 226 (nt. 30) e di S. Buzzelli, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2013, pp. 1 s. Il dibattito tra i due autorevoli giuristi italiani, a cui si accenna, ha trovato il suo punto apicale nel 1952, anno in cui Calamandrei si è opposto con fermezza alla smenzionata posizione di Carnelutti, ribadendo l'imprescindibile necessità di rigettare qualsivoglia forma e impiego della tortura (cfr. F. Carnelutti, *A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. Proc.*, vol. 1, 1952, pp. 234 ss. e P. Calamandrei, *Postilla a F. Carnelutti. A proposito di tortura*, in *Riv. Pir. Proc.*, vol. 1, 1952, pp. 238 s.). Si evidenzia, tuttavia, come, in realtà, lo stesso Carnelutti, tornando sulla questione, preciserà i confini di quanto da lui asserito, prendendo di fatto le distanze dalla nettezza dei termini con cui aveva fatto riferimento alla tortura. Innanzitutto, in occasione della *quaestio* emersa nel corso del processo Egidi, in cui il P.M. procedente aveva richiamato quanto da lui scritto indicandolo, appunto, come una forma di apertura all'impiego di forme di tortura "moderata" (per una *summa*, si rinvia alla lettura di E.M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Arch. Pen. web*, fasc. 1, 2019, pp. 14

adottare una prospettiva storico-fattuale, per comprendere cosa abbia messo in moto la macchina che ha condotto, all’inizio del nuovo millennio, all’elaborazione di una fervida linea teorica atta a sostenere una legalizzazione delle pratiche di tortura di Stato, proprio in seno all’ordinamento che per antonomasia è ritenuto la culla della democrazia, quello statunitense, e in generale ad un mutamento radicale del contesto di trasversale condivisione della intrinseca assolutezza della proibizione della tortura.

Se gli anni '70 possono considerarsi il “terreno” in cui “qualcosa ha iniziato a muoversi”³³, il vero “tutto ha inizio” può allocarsi in Israele, nella seconda metà degli anni '80, con l’insediamento della

s.). Poi, lo stesso Autore, nel 1960 si esprimerà nei seguenti termini: «Il vero è che la tortura contraddice alla natura stessa del processo penale, volto, come sappiamo, a dare e non a togliere, al reo la sua libertà. [...] Il vero è che quand’anche la confessione strappata dalla tortura fosse sempre veritiera, essa sarebbe ottenuta spegnendo anzi che rianimando la sua libertà, e così tradendo anzi che servendo i fini del processo penale», F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Morano Editore, 1960, p. 184.

In secondo luogo, premettendo che quanto si riporta non deve essere letto quale il preludio di un dibattito giusfilosofico portatore di istanze a favore della legalizzazione della tortura, si avverte la necessità di rammentare la vicenda giudiziaria che è scaturita dal rapimento del generale americano James Lee Dozier, da parte di un gruppo di cinque affiliati alle Brigate Rosse. Il contesto storico a cui fare riferimento è quello dell’Italia degli anni di piombo. Dopo la liberazione del sequestrato, avvenuta a seguito dell’irruzione degli agenti del NOCS (nucleo operativo centrale sicurezza) nell’appartamento, sito a Verona, nel quale aveva avuto luogo la prigionia del generale (durata più di un mese), i terroristi furono tratti in arresto. Dalle dichiarazioni, rese in sede processuale da parte dei brigatisti, si è appreso che, una volta condotti nella sede dell’ispettorato territorialmente competente, essi furono sottoposti ad una serie di vessazioni crescenti da parte degli agenti di polizia che si occuparono del loro interrogatorio. Tra cui, come ricorda Viganò nel riportare la vicenda (F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, pp. 19 ss.), si elencano, oltre a percosse, anche minacce di morte o di violenza sessuale (per le arrestate), scosse elettriche sui genitali e finte fucilazioni. Le violenze proseguirono a danno di uno degli arrestati, Di Leonardo, il quale, a differenza degli altri, anche dopo tre giorni di “interrogatorio”, continuava a rifiutarsi di riferire le informazioni che la polizia sperava di ottenere dai brigatisti (le quali erano dirette ad individuare una cella terroristica sita in Milano). Il quarto giorno, dunque, questi sarà trasferito in un luogo sconosciuto dove i gravissimi soprusi contro di lui proseguirono e, solamente allorché giunse alla conclusione che non sarebbe stato possibile estorcere le informazioni sperate, venne ricondotto presso una legittima struttura di detenzione. A seguito dei maltrattamenti subiti, il brigatista, riporterà anche una lesione del timpano (accertata medicalmente), che, assieme ad una serie di conferme da parte degli agenti quanto al suo “trasferimento”, consentirà, in sede processuale, di accertare la veridicità del suo racconto. La difesa degli agenti chiamerà in causa lo stato di necessità, al fine di giustificare la condotta perpetrata a danno del terrorista da parte dei pubblici ufficiali: argomento che, tuttavia, sarà rigettato dal giudice chiamato a pronunciarsi sulla vicenda (si veda D. Pulitanò, *L’inquisizione non soave, tra pretese “necessità” e motivi apprezzabili. Nota a Trib. Padova, 15 luglio 1983, Amore e altri*, in *Foro.it*, II, 1984, pp. 231 ss.). Gli agenti di polizia imputati saranno condannati, in primo grado, per abuso di autorità (ex art. 608 c.p.) in concorso con violenza privata e lesioni personali, tuttavia sarà riconosciuta sussistente l’attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale. L’ammontare della pena detentiva comminata, all’esito del giudizio di primo grado, dunque, si è assestato attorno all’anno di reclusione. Tale condanna riceverà conferma anche da parte della Suprema Corte.

³³ Nei primi anni '70 William Twining, illustre filosofo del diritto, pubblicò un manoscritto, rimasto inedito, di Jeremy Bentham sulla rivista *Irish Law Review*. Tale fatto merita di essere ricordato per due ordini di motivi: da una parte il contenuto del manoscritto, una dissertazione, arguta ed intelligente, con la quale Bentham difende l’uso della tortura, dall’altra il contesto storico-politico nel quale la pubblicazione avviene. Siamo infatti nell’Inghilterra degli anni '70: gli inglesi vengono accusati di perpetrare torture a danno dei sospetti terroristi irlandesi, appartenenti all’IRA. Le forme di coercizione utilizzate dalla forza pubblica inglese trovarono giustificazione nel ricorso ai poteri extragiudiziali di arresto e di detenzione di sospetti terroristi, che una serie di misure legislative urgenti, adottate tra il 1971 e il 1975, avevano specificatamente previsto al fine di fronteggiare la “crisi” in Irlanda del Nord. Cfr. M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., p. 19. Tale normativa è stata oggetto anche dell’attenzione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU), nella celeberrima pronuncia *Irlanda c. Regno Unito* (Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, n. 5310/71, 18 gennaio 1978), nota perché i giudici di Strasburgo individuarono al suo interno le c.d. “cinque tecniche” di interrogatorio, qualificate, all’epoca, “solamente” come trattamenti inumani e degradanti dalla Corte (anche se dalla Commissione europea dei

Commissione Landau³⁴ (dal cognome del Presidente, giudice della Corte Suprema israeliana), la quale viene incaricata di valutare la legittimità delle pratiche impiegate da esercito, polizia e servizi segreti israeliani³⁵ (c.d. GSS, *General Security Services*) a danno dei detenuti palestinesi, sospettati di far parte di gruppi terroristici. Nel 1987 la Commissione termina e presenta il suo rapporto, siglando un verdetto³⁶ destinato a ribaltare lo scenario che si conosceva fino ad allora: è ammissibile una “moderata pressione fisica” e si parla di “metodi legittimi”³⁷ (la cui elencazione, però, resta coperta dal segreto di Stato). Anche solo parlare di tortura in questi termini pare essere un eufemismo, per non dire un ossimoro: riferirsi alla tollerabilità con riferimento alla messa in atto di una pratica che per definizione mira a realizzare una condizione di dolore e afflizione insostenibile per colui che la subisce, significa affiancare concetti che per loro stessa natura sono antitetici³⁸. “Male minore”, “minaccia imminente”, esempi di edifici abitati da innocenti e bombe a tempo: anche se senza attacchi diretti e termini sfrontati, il resoconto del 1987 crea una cesura con il passato, nonostante quanto in esso sostenuto sarà poi sconfessato dalla Corte Suprema israeliana, dodici anni più tardi³⁹. A partire dalla

diritti dell'uomo, nel 1976, erano state qualificate come forme di tortura). Sul punto J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1706; M. Montagut, *Che cos'è la tortura?*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 325 ss.

Si osserva, inoltre, che in Germania, nel 1985, nel corso di una conferenza a Francoforte sul Meno, Günther Jakobs, presenterà, per la prima volta, la teoria del “diritto penale del nemico”: incardinata sulla distinzione e contrapposizione di due rami del diritto penale, uno rivolto ai cittadini e l'altro ai “nemici”. Nella visione teorica di Jakobs i nemici (della società), in quanto tali, si trovano a sottostare alle regole di un diritto penale diverso da quello ordinario, la cui *ratio* è quella della neutralizzazione della (sott.: loro) pericolosità sociale (in linea con una concezione di matrice prettamente positivista). Non vale per i “nemici” il novero delle garanzie fondamentali di rango costituzionale: queste finiscono con l'assumere il carattere di prerogative esclusivamente proprie dei cittadini. Per i criminali nemici non solo cambia la soglia di punibilità dei reati, che viene anticipata (passando dalla prospettiva del fatto commesso a quello che si mira a prevenire), senza che all'anticipazione consegua una riduzione di pena proporzionale, ma vengono anche essere ridotte le loro garanzie processuali. La società del diritto penale del nemico si presenta come quella di un ordinamento che non reagisce contro la commissione di un fatto illecito, ma che “combatte la persona del suo autore”, la repressione penale mira a eliminare la pericolosità sociale del soggetto che ha posto in essere il comportamento lesivo o che potenzialmente potrebbe commetterlo (tenuto conto della gravità del comportamento stesso, della professionalità o abitualità al crimine del reo oppure dell'appartenenza ad un gruppo o ad una associazione criminale). In Italia, si svilupperanno concezioni ispirate dalla predetta *ratio* che si identificheranno con la diversa espressione del “diritto (penale) di lotta”. Si vedano A. Pagliaro, «*Diritto penale del nemico*»: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2006, pp. 2460 ss.; F. Resta, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. di Merito*, fasc.12, 2006, pp. 2785 ss.; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2006, pp. 648 ss.; F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 470 ss.; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, 2008, pp. 1-66; Id., *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. Wenin, G. Fornasari (a cura di), *Diritto penale e modernità. Atti del convegno - Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza (Università degli Studi di Trento), 2017, pp. 49 ss.; M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in «*Terrorismo e diritto penale*». *Gli speciali di Questione Giustizia. Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in www.questionegiustizia.it, Settembre 2016, pp. 113 ss.

³⁴ Per un approfondimento sull'operato della Commissione Landau si veda M. Kremnitzer, *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the “Needs” of the Security Service?*, in *Israel Law Review*, vol. 23, nn. 2-3, 1989, pp. 216-279.

³⁵ Dalla *Investigation Unit* dei GSS (General Security Services).

³⁶ Per un commento approfondito del *Report* della Commissione Landau, si rimanda, nuovamente, alla lettura di M. Kremnitzer, *The Landau Commission*, cit., pp. 216-279.

³⁷ Sul punto A. Marchesi, *Le norme internazionali sulla tortura e il caso israeliano*, in *Aa. Vv., Itinerari Giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza in Abruzzo*, Giuffrè, 2007, pp. 580 ss.

³⁸ Domanda posta sulla falsariga dell'interrogativo retorico che rinveniamo in M. La Torre, *Amicizie pericolose*, cit., p. 271.

³⁹ HCJ 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel and the General Security Service* (6.9.1999). La Corte nella citata pronuncia del 1999 prende le distanze sia dalla asserita legittimità dei

formulazione delle c.d. *Landau Rules*, nel menzionato verdetto della Commissione, quello che in un passato assai prossimo sarebbe parso inimmaginabile diventa possibile: la certezza con cui Verri, secoli prima, descriveva un mondo prossimo privo di tortura si infrange sulla parete di una realtà che non solo la tortura la pratica, ma chiede di farlo apertamente e, soprattutto, legalmente.

Definire il resoconto della Commissione Landau un “motore” del dibattito in esame non è affatto un azzardo: il riferimento a scenari di “pericolo imminente” da fronteggiare, la contrapposizione tra innocenti e attentatori è il terreno in cui fioriranno le prime riflessioni in materia di “legalizzazione della tortura”. Proprio in quegli anni Michael Moore espone una linea teorica atta a legittimare il ricorso alla tortura da parte delle forze israeliane nei confronti dei prigionieri palestinesi, sospettati di terrorismo⁴⁰. Non molto tempo dopo, il celebre sociologo tedesco Niklas Luhmann, nel corso di una conferenza ad Heidelberg, tenutasi nel 1992, sosterrà e presenterà quello che ancora oggi è conosciuto come l’argomento moralizzatore più noto e di maggior impatto, per la sua incidenza emotiva e per la sua configurazione logica: l’argomento utilitarista della *ticking bomb*. Nel corso della menzionata conferenza, infatti, Luhmann, rivolgendosi ai presenti, domanderà loro cosa sarebbero disposti a fare se si trovassero in una situazione in cui un elevato numero di terroristi compisse ogni giorno attentati e stragi, oppure nel caso fossero in possesso di numerose bombe atomiche e minacciassero di usarle⁴¹.

L’esempio, o meglio lo “scenario ipotetico”, oramai di scuola, a cui fa riferimento Luhmann nel menzionato intervento, è riassumibile nell’esemplificazione a seguire. Immaginiamo che un terrorista abbia collocato una bomba a tempo in un edificio nel quale si trovano rinchiusi delle persone innocenti: l’ordigno esploderà nell’arco di un breve lasso di tempo (minuti, al massimo poche ore). In tale contesto avviene quello che si potrebbe definire come una sorta di evento dirimente: l’arresto dell’attentatore. Il terrorista viene rappresentato come l’unica persona che potrebbe rivelare dove si

metodi coercitivi annoverati nel Rapporto della Commissione Landau, sia dal generale apparato giustificativo ivi sostenuto relativo alla possibilità per le forze governative di appellarsi allo stato di necessità, quale scusante a carattere generale, al fine di giustificare l’uso di tecniche di coercizione fisica e/o psicologica. La Corte rileva, infatti, che da una parte deve essere limitata la liceità dell’impiego dei mezzi di coercizione psicofisica ai casi in cui abbiano una portata meramente accessoria e siano *both fair and reasonable* (parr. 36 e 38 della citata pronuncia) – postulando l’illiceità di gran parte delle tecniche che risultavano legittime ai sensi delle indicazioni della Commissione Landau – dall’altra che lo stato di necessità non può assurgere al rango di giustificazione universale, ma che deve essere verificato sulla base del contesto specifico. In merito si veda il contributo di A. Marchesi, *Le norme internazionali sulla tortura*, cit., pp. 582-584.

Per approfondire, si rinvia alla disamina della posizione del Prof. Aharon Barak, già allora Presidente della Corte Suprema israeliana, che in termini assolutamente netti si è espresso a favore della repulsione assoluta della tortura, ribadendo la necessità che i giudici, soprattutto nelle situazioni di “crisi”, quali quelle che si verificano allorché uno Stato deve fronteggiare il terrorismo o si trova a svolgere un ruolo attivo in un conflitto, hanno il compito e la responsabilità di tutelare la democrazia tanto dal terrorismo, quanto dai mezzi che lo Stato vuole utilizzare per fronteggiarlo. Cfr. A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, in mfa.gov.il, 2 gennaio 2005, p. 10. Sul punto, si suggeriscono anche le riflessioni, in commento al pensiero del menzionato Autore, proposte in F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, 2016, pp. 221 ss.

⁴⁰ M.S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 280 ss. Linea teorica non abbandonata, ma recentemente ribadita: «If the only way to learn the location of a terrorist nuke somewhere in New York is to torture the innocent child/spouse/parent of the terrorist who planted it there, such rights-violating torture is not only permissible but, in my view, even obligatory». Id., *Liberty and the Constitution*, in *Legal Theory*, vol. 21, nn. 3-4, 2015, p. 209.

⁴¹ Nel corso della conferenza, Luhmann pronunciò le seguenti parole: «Nel vostro Paese – e potrebbe essere anche la Germania in un futuro non lontano – vi sono molti terroristi di sinistra e di destra, ogni giorno omicidi, aggressioni, uccisioni e lesioni di numerose persone innocenti. Se una volta presi, i capi di questi gruppi venissero torturati, verrebbero salvate probabilmente le vite di molte persone, dieci, cento, mille. Lo volete questo oppure no?», N. Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Müller, 1993 come citato in M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., p. 119.

trova l'ordigno e, quindi, le informazioni, di cui si suppone essere detentore, sono potenzialmente le sole che potrebbero evitare la strage. Il terrorista, agli arresti, si rifiuta di parlare. L'unica alternativa possibile, a questo punto, pare essere quella di estorcere con la forza le informazioni dall'arrestato. Se si decidesse di ricorrere alla tortura in un caso simile il suo impiego sarebbe giustificato? Dunque, saremmo di fronte ad un caso di "tortura legittima"? Secondo la visione utilitarista sì: lo scenario estremo della bomba ad orologeria non solo giustifica l'uso della tortura, ma secondo alcuni teorici ne rende addirittura doveroso l'impiego. All'argomento, esposto illustrando l'esempio che lo accompagna da sempre, sarà fatto ricorso da larga parte dei fautori della legalizzazione della tortura nel corso del nuovo millennio; si citano, in via anticipatoria e senza alcuna presunzione di completezza: Alan M. Dershowitz⁴², Winfried Brugger, Richard Posner⁴³, Uwe Steinhoff⁴⁴ e Rainer Trapp⁴⁵.

3. L'alba del nuovo millennio.

Dopo la "rottura" del 1987, il percorso regressivo che vede affermarsi le istanze per la legalizzazione della tortura conoscerà due ulteriori momenti fondamentali.

Il primo, basta citare la data per rievocarlo, è l'11 settembre 2001: l'attentato alle Torri Gemelle. Il terrorismo internazionale irrompe come mai aveva fatto prima: migliaia di vittime innocenti. "L'attacco al cuore dell'America". Innocenti, terroristi, sicurezza, paura: tortura. Il passo è breve. In un contesto in cui si rievoca la presenza di un perdurante "stato di emergenza", la tortura si configura come un mezzo idoneo da impiegare nei confronti dei sospetti terroristi⁴⁶: il primo agosto 2002

⁴² Si osservi che lo stesso Dershowitz ne ha fatto ricorso laddove era intento a dimostrare la stretta correlazione che lega gli uomini al ricorso alla tortura: rievocare scenari emergenziali serve all'Autore, che si ricorda essere professore emerito di diritto alla Harvard Law School oltre che un celeberrimo avvocato americano, per ribadire quanto la tentazione di fare ricorso alla tortura sussista, anche all'interno delle società liberali e democratiche, per far fronte a scenari di pericolo e di insicurezza. Cfr. M.H. Kramer, *Alan Dershowitz's Torture Warrant Proposal: A Critique*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, p. 234.

⁴³ Si veda R.A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006. Tra i contributi del medesimo autore si segnalano Id., *National Security and Constitutional Law. Precipitate: The Constitution in a Time of National Emergency*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 217-224 e Id., *Rejoinder*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 275-278.

⁴⁴ U. Steinhoff, *The Ethics of Torture*, Sunny Press, 2013. Per un approfondimento, più in generale sulla posizione di Steinhoff in materia di *self-defense* si rinvia a Id., *Replies*, in *San Diego Law Review*, vol. 55, n. 2, 2018, pp. 469 ss.

⁴⁵ Per gli opportuni riferimenti bibliografici relativi all'opera di Trapp si veda M. Lalatta Costerbosa, *Diritto o violenza*, cit., pp. 21 ss.

⁴⁶ Alan M. Dershowitz – il cui pensiero sarà oggetto di una disamina approfondita – osserva (riferendosi agli Stati Uniti d'America) che: «Prima dell'11 settembre 2001, nessuno avrebbe mai pensato che la questione della tortura sarebbe riemersa come serio argomento di dibattito in questo Paese». A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Carocci, 2003, p. 127.

A testimonianza di quanto l'11 settembre abbia rappresentato un vero e proprio "punto di cesura", si evidenzia che le istanze invocate allora in materia di legittimazione del ricorso agli interrogatori rafforzati nei confronti dei sospetti "combattenti nemici" non solo non possono ritenersi sopite ad oggi, ma i loro effetti trovano largo spazio all'interno del dibattito in materia di terrorismo internazionale. Basti osservare che lo stesso Donald Trump, nel corso della campagna elettorale antecedente alle sue elezioni, non solo si è espresso in merito al ricorso al *waterboarding* osservandone l'"accettabilità", ma ha ribadito che gli Stati Uniti dovrebbero perpetrare «*a hell of a lot worse than waterboarding*» per fronteggiare le minacce dei loro nemici in Medio Oriente. Si rinvia a J. Swan, *Trump's Calls for "Hell of a Lot Worse than Waterboarding"*, in *The Hill* (<https://thehill.com/>), 06/02/2016; E. Grimm Arsenault, *Donald Trump and the Normalization of Torture*, 13/11/2016, in www.lawfareblog.com; S.A. Anderson, *Introduction*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., p. 4.

l'*Official Legal Counsel (OLC)*⁴⁷ sigla un *memorandum*⁴⁸ nel quale si postula che è "tortura" solamente «quell'atto di crudeltà che pone a rischio la vita del torturato o gli procura dei danni vitali irreparabili»⁴⁹. Quello del primo agosto 2002 è uno dei c.d. *Torture Memos*⁵⁰, documenti o *memoranda*, redatti ad opera di John Yoo⁵¹ e con la siglatura di Jay Bybee⁵², contenenti argomenti e osservazioni in tema di "interrogazioni rafforzate", diretti al Presidente e alla stessa CIA (*Central Intelligence Agency*).

Se dopo il secondo conflitto mondiale, con la fioritura della "stagione dei diritti umani" in cui l'uomo diviene soggetto del diritto internazionale, proliferano le Carte e le Convenzioni dedicate alle prerogative inviolabili della persona e si afferma l'idea che il "mondo futuro" sarà improntato sulla centralità dell'individuo e su un diritto atto a garantire la tutela dei singoli e la pace tra i Paesi, l'inizio del nuovo millennio ribalta tutte queste convinzioni: terrorismo e insicurezza aprono le porte a scenari dove si dibatte della necessità di "guerre preventive" e il lato coattivo e repressivo del diritto irrompe prepotentemente, pretendendo spazio e centralità non solo nel dibattito, ma anche nei fatti⁵³. E questo avviene sia con l'"attacco al diritto internazionale"⁵⁴, il cui ruolo e la cui funzione nelle relazioni internazionali vengono screditati e appiattiti⁵⁵, relegati ad un mero valore simbolico, sia, sul piano interno.

Il contesto emergenziale⁵⁶, secondo John Yoo, giustifica la deroga sia ai vincoli di diritto internazionale che ai principi costituzionali, improntati alla tutela dell'individuo. Se volessimo spingerci sino ad immaginare una sorta di "parallelismo", questo non potrebbe essere che il seguente: lo "stato di emergenza" giustifica sul piano interno il ricorso alla tortura e, sul versante internazionale, quello alla guerra preventiva. Non a caso per definire la strategia antiterrorismo adottata dalla Presidenza Bush dopo il 2001 si è spesso usata la terminologia *War on Terror* (guerra al terrorismo internazionale)⁵⁷: lo stesso concetto di guerra, di nemico, riferito al terrorista, rievoca uno scenario straordinario, che necessita, in quanto tale, di regole diverse da quelle del contesto ordinario.

Nel citato *memorandum* del primo agosto 2002, divenuto il più noto, Yoo illustra le tre argomentazioni⁵⁸ sulla base delle quali crea quello che, a suo avviso, è l'apparato giustificativo

⁴⁷ Una sorta di avvocatura dello Stato federale.

⁴⁸ *Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, on Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. parr. 2340-2340A, 1/08/2002.*

⁴⁹ Cit. M. La Torre, *Amicizie pericolose*, cit., p. 273.

⁵⁰ Il testo di tutti i *Torture Memos* è reperibile al seguente indirizzo: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol37/iss2/21>.

⁵¹ Professore, giurista, ma soprattutto, al tempo, viceprocuratore generale aggiunto dell'OLC. Yoo ha assunto infatti il ruolo di *Deputy Assistant Attorney General*. Egli viene considerato il massimo teorico dei poteri eccezionali della Casa Bianca negli anni della presidenza di Bush figlio.

⁵² L'allora Assistente Procuratore Generale degli Stati Uniti a capo dell'OLC.

⁵³ «[...] assistiamo a un ritorno della centralità della forza e della violenza come elementi fondamentali, essenziali, del diritto», M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., p. 96.

⁵⁴ Si suggerisce qui un approfondimento in tema del c.d. *lawfare*, un concetto dal significato dibattuto e rispetto al quale vengono proposte accezioni plurime e diversificate, positive o negative: un neologismo che nasce dalla sintesi tra "*law*" (legge/diritto) e "*warfare*" (guerra). Sul punto, si veda il recente contributo di L. Hajjar, *In Defense of Lawfare: The Value of Litigation in Challenging Torture*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., pp. 295 ss. – in cui si segnala la presenza del "*Lawfare blog*" (www.lawfareblog.com) ove è possibile rinvenire numerosi contributi aggiornati in materia – oppure l'analisi di D. Luban, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, 2010, pp. 457 ss.

⁵⁵ Si vedano J.R. Bolton, *Is There Really Law in International Affairs?*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10, n. 1, 2000, pp. 1-48 e E. Haslam, W. Mansell, *John Bolton and the United States' Retreat from International Law*, in *Social & Legal Studies*, n. 14, 2005, pp. 459 ss.

⁵⁶ Trattasi dell'argomento dello "stato di emergenza", come si avrà modo di approfondire.

⁵⁷ O *Global War On Terrorism*, cui si deve l'acronimo GWOT.

⁵⁸ Per la partizione delle argomentazioni si rinvia a D. Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 1452 ss. e M. La Torre, *Amicizie pericolose*, cit., p. 273.

“incontrovertibile” per postulare la legittimità del ricorso alla tortura di Stato. Il punto di partenza, che assurge sia al ruolo di argomento che di base imprescindibile per il ragionamento in esame e per quelle che saranno le sue “conseguenze concrete”, è l’indiretto riferimento al concetto di “politico eroicamente responsabile”⁵⁹. Infatti, rilevando che il Presidente degli Stati Uniti d’America⁶⁰, costituzionalmente⁶¹, può assumere il ruolo di *Commander in Chief* (comandante supremo delle forze armate), si osserva sia come da un lato la sua azione nell’esercizio di questa funzione risulti totalmente libera, sia che, dall’altro, egli, nell’esercizio di tale funzione, può adottare tutti i provvedimenti che ritiene essere necessari per vincere il nemico. Non solo. Il riconoscimento di tale forma di “incontrastato arbitrio”, da cui deriva un’indefinita potestà presidenziale, comporta che coloro che, essendogli sottordinati, agiscono eseguendo un ordine presidenziale, o comunque sottostando alle sue direttive, invocando la natura esecutoria della loro azione, potranno di fatto vedere legittimato qualsivoglia loro comportamento. Il fulcro del pensiero di Yoo, sposato da Bybee, risiede, dunque, nella centralità attribuita al ruolo del Presidente, che viene delineato in modo tale da assurgere a quello di “difensore del diritto”⁶², con il conseguente riconoscimento, in capo alla figura presidenziale, di una posizione di superiorità sia rispetto ai vincoli internazionali⁶³ che alle norme interne.

In secondo luogo, la teorica in esame si concentra sull’innalzamento della soglia di gravità del dolore e della sofferenza necessari affinché si possa parlare di tortura. Si procede dunque ad una ridefinizione di ciò che è tortura, distanziando il concetto dal contenuto internazionalmente attribuito al termine: la tortura, ai sensi della definizione della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (CAT) del 1984⁶⁴, consiste nelle *severe pain or suffering* inflitte ad una persona da un pubblico ufficiale o su sua istigazione o con il suo consenso (desumibile in qualsiasi forma, sia essa espressa o tacita), con lo scopo di ottenere dalla stessa o da un terzo soggetto informazioni o confessioni, a fini punitivi o intimidatori o per qualsiasi altra ragione

⁵⁹ Non è un caso se un’altra tecnica argomentativa, che è stata elaborata a partire dallo scenario emergenziale, che vedremo essere noto come *ticking bomb scenario*, è quella della ragion di Stato, che rinvia alla formulazione della teoria dell’“etica della responsabilità” di Max Weber. I fautori dell’argomentazione della ragion di Stato sostengono che il “politico” (si pensi ad esempio ad un presidente) al momento del compimento di una scelta, nell’esercizio delle sue funzioni, a differenza del comune cittadino, si trovi sottoposto al vaglio di due etiche diverse: da un lato quella divenuta nota come etica della convinzione, dall’altro quella della responsabilità, che viene a coincidere con la necessità di soddisfare la ragion di Stato. Si ritiene, dunque, che talvolta l’uomo di Stato si trovi ad operare scelte che, sebbene contrastino con la sua “moralità interiore”, sono giustificate dal suo superiore dovere di responsabilità nei confronti della cosa pubblica: tra queste scelte, rientrerebbe, appunto, il ricorso alla tortura. Una simile visione dell’uomo di Stato appare più conciliabile con la figura di un “superuomo”, che risulti essere il detentore di un potere assoluto, piuttosto che con quella di colui che assume un ruolo di vertice e di rappresentanza in uno Stato democratico: siamo, infatti, di fronte alla rappresentazione di “un eroe” che sceglie e agisce per gli altri, definendo egli stesso ciò che è il “bene altrui”. Al contrario, la democrazia liberale affonda le sue radici nel principio di eguaglianza: tutti, compresi i presidenti e i capi di governo, sono in egual modo cittadini. Uguaglianza, formale e sostanziale, e presenza di prerogative fondamentali ed inviolabili degli individui, riconosciute dagli ordinamenti, fanno sì che sia inammissibile ed inaccettabile per un “libero cittadino” riconoscere che un altro, in virtù del ruolo politico, esecutivo o comunque mediante un esercizio arbitrario della propria “funzione pubblica”, torturandolo, possa ledere la sua sfera personale sino a privarlo della sua stessa dignità di essere umano. In proposito, M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 145-149.

⁶⁰ All’epoca dei fatti, George W. Bush.

⁶¹ Art. 2, Costituzione americana (1787).

⁶² Celebre la frase del Presidente George W. Bush: «*I’m the decider, and I decide what is the best*». Si veda la notizia riportata dalla BBC, il 18 aprile 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4919650.stm>), oppure ricordata dal New York Times, il 24 dicembre del medesimo anno (<https://www.nytimes.com/2006/12/24/weekinreview/24stolberg.html>).

⁶³ Il Presidente, in quanto organo che tutela il diritto, è al vertice dei trattati.

⁶⁴ Con le espressioni CAT, Convenzione *ad hoc* del 1984, Convenzione ONU del 1984 o Convenzione in materia del 1984 nel testo a seguire ci si riferirà alla menzionata Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

discriminatoria⁶⁵. Secondo la proposta di ridefinizione di tortura, invece, perché si abbia tortura vengono richiesti due requisiti stringenti.

Il primo consta nella presenza di un danno fisico permanente per la persona, la messa in pericolo della vita umana o la stessa morte. Larga parte delle ipotesi di tortura, seguendo tali coordinate, viene dunque ad essere “dequalificata” in maltrattamenti di minore gravità. Da una tale definizione risulterebbero, infatti, essere esclusi non solo atti quali quelli di violenza sessuale⁶⁶ (compreso il caso di una ripetuta violenza sessuale, anche se a danno di un minore), di sevizie psicologiche, ma anche pratiche come quella dello *waterboarding*⁶⁷, della privazione sistematica del cibo o del sonno⁶⁸ (in generale tutte le ipotesi qualificate con l’espressione tortura bianca o tortura *no-touch*) oppure, in generale, le forme di tortura non letali (come ad esempio la tortura “suggerita” da Alan M. Dershowitz⁶⁹, consistente nell’applicazione di aghi sotto le unghie dei torturati). Mediante la ridefinizione si sceglie di **non chiamare tortura ciò che tortura è**: le torture del *post 11 settembre* vengono definite dagli stessi loro fautori “tecniche di interrogatorio rafforzato” (*enhanced interrogation techniques*). Winfried Brugger parlerà di “tortura di salvezza”. Si assiste ad una generale tendenza al rifiuto di utilizzare il termine *tortura*, stante la consapevolezza della carica di intrinseca illegittimità che lo connota, che renderebbe (e rende, di fatto) impossibile e improponibile qualsiasi teoria atta a proporne la legittimazione; di conseguenza, nei casi in cui non si abbandona il termine, i fautori della legalizzazione tentano di realizzare l’intento di dare una nuova accezione al concetto di tortura, “tendente al positivo”, affiancandolo, ad esempio, con un epiteto che rimanda al “salvataggio”.

In una tale ottica è impossibile non notare come si tende a snaturare non solo la nozione di tortura, ma anche quella dei “vicini” trattamenti inumani e degradanti: ciò che è “auspicato” dalla tesi di Yoo è che gli atti di tortura vengano qualificati come meno gravi trattamenti. Dunque, è come se si “usassero i trattamenti disumani e degradanti” per non punire la tortura: un impiego totalmente contrario alla loro stessa *ratio*. Se i legislatori, nazionali ed internazionali, hanno scelto di accompagnare la tortura con la nota coppia di trattamenti lo hanno fatto, al contrario, per ampliare la portata della tutela della tortura stessa⁷⁰. Al fine di far sì che gli atti di tortura non restassero impuniti

⁶⁵ Cfr. Art. 1 par. 1 CAT. La CAT è entrata in vigore nel 1987 ed è stata firmata dagli Stati Uniti nel 1988, mentre l’anno di adesione è il 1994. Sul sito dell’ *Office of the High Commissioner for Human Rights* (OHCHR) delle Nazioni Unite, al link <http://indicators.ohchr.org>, è possibile monitorare lo stato di adesione alla Convenzione e agli altri trattati sui diritti umani delle Nazioni Unite; inoltre è presente il testo integrale della CAT, rinvenibile in lingua inglese al link <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

⁶⁶ La violenza sessuale è stata riconosciuta espressamente come forma di tortura dai due Tribunali *ad hoc* per la Ex Jugoslavia e per il Ruanda: gli organi giudicanti, infatti, dopo aver ribadito che lo stupro e la violenza sessuale sono tra le pratiche più frequentemente utilizzate ai fini della realizzazione di torture hanno siglato che essi stessi sono veri e propri mezzi di tortura. Il riferimento, in particolare, è alle pronunce: *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, (Case Calebici), IT-96-21-T, Judgment 16 November 1998 (ICTY Trial Chamber); *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-A, Judgment, 21 July 2000 (ICTY Appeals Chamber) e *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment 2 September 1998, (ICTR Trial Chamber). Anche dai *report* e dalle inchieste delle principali organizzazioni non governative che si occupano dei diritti umani emerge il dato della frequenza dell’utilizzo di atti di violenza sessuale ai fini della perpetrazione di torture, *una tantum* segnaliamo i resoconti rinvenibili nella pagina ufficiale di *Human Rights Watch* (www.hrw.org) nel *topic* specificatamente dedicato alla tortura.

⁶⁷ Con *waterboarding* si intende una forma di tortura in cui la vittima, immobilizzata, subisce una forma di “annegamento controllato”. La pratica è divenuta nota proprio in relazione ai menzionati “interrogatori rafforzati” che hanno avuto luogo nel “*post 11 settembre*”.

⁶⁸ O qualsiasi altra forma di “tortura bianca”. Con tortura bianca o *non touch torture* o *untouched torture* viene indicato l’utilizzo di metodi che ingenerano gravi danni psicologici alla vittima (spesso a carattere permanente), ma che sono privi di qualsiasi segno fisico sul corpo di chi subisce i trattamenti.

⁶⁹ A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002, p. 144.

⁷⁰ Esplicativa, in tal senso è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di art. 3 C.E.D.U. («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»): l’intera teorica relativa al “livello minimo di gravità”, sulla quale, per esigenze di spazio non è possibile soffermarsi, è atta a ribadire il

si è previsto un “margine” che li circonda, disponendo che siano sanzionati anche atti di grave maltrattamento che ancora tortura non sono. Quanto appena rilevato consente di evidenziare che la visione di Yoo anche da un punto di vista giuridico ha una portata “stravolgente”, allorché si pone in antitesi rispetto alla *ratio* stessa delle previsioni che si occupano di definire e postulare il divieto di tortura e di trattamenti similari.

Non solo, come secondo requisito, Yoo richiede che il torturatore sia mosso da un intento specifico ed esclusivo: è tortura solo quella indirizzata a provocare sofferenza; se, torturando, si persegue un fine diverso, come ad esempio ottenere un’informazione, non si potrebbe parlare di tortura. Inoltre, qualora si provi “la buona fede del torturatore”, ovvero che la sua azione non era deliberatamente indirizzata a creare alla vittima quello specifico danno fisico permanente (o addirittura la morte), questo basterebbe a farlo ritenere non responsabile di un atto di tortura. Sembra quasi scontato chiedersi, a questo punto, se possa esistere qualcosa di qualificabile come tortura secondo tali linee guida. Anche tale riproposizione è manifestamente contraddittoria: una tortura è tale indipendentemente dall’intenzione “interiore” del torturatore, che è cosa ben diversa dalla qualificazione finalistica del dolo. La motivazione interiore viene forzatamente utilizzata al fine di delimitare *quid est* tortura, tuttavia così come un omicidio è un omicidio indipendentemente dall’intenzione interiore dell’omicida, lo stesso è – e deve essere – per la tortura. Un’azione di tortura, infatti, è tale in quanto presenta determinati elementi oggettivi (la condotta e l’evento del reato) e soggettivi (il dolo) da rilevarsi nell’immediatezza della realizzazione dell’azione: i “motivi interiori” non rilevano per il suo accertamento.

Ma Yoo non si ferma qui, prosegue e ricorda che se non bastano i poteri illimitati del Presidente, se nemmeno l’innalzamento dei requisiti necessari a qualificare un atto come tortura, combinato con le smisurate potestà del vertice dell’esecutivo, è sufficiente a che le violenze perpetrate a danno dei “nemici” siano considerate legittime, c’è una terza via: lo stato di emergenza. Ma quale è il vero limite dell’invocata emergenza? Se lo scenario emergenziale di Yoo divenisse “quotidiano”, chi potrebbe non essere torturato? L’appello finale allo stato di necessità, infatti, rende possibile qualsiasi situazione normalmente non concepibile: non solo la tortura, ma qualsiasi atto troverebbe legittimazione, anche il più atroce. Anche la violenza carnale a danno di un bambino potrebbe arrivare ad essere legittimata: questo perché si potrebbe essere spinti ad agire in tal senso ritenendo che il terrorista, che non parla se si infligge del dolore a lui in prima persona, potrebbe farlo assistendo ad una scena di violenza cieca e inqualificabile a danno altrui. Perché non tentare? E d’altra parte, “guai”, anche qui, a chiamarla tortura: nell’eventualità in cui il bambino sopravvivesse e non riportasse danni fisici permanenti, secondo la lezione di Yoo, non potrebbe esserlo. E si guardi bene, l’esempio, che si è riportato, non è frutto di una sconfinata fantasia di chi scrive. Nessun vincolo, nessun trattato internazionale, dunque, può limitare l’agire del Presidente, neanche se questo si dovesse tradurre nella realizzazione o nell’ordine di perpetrare atti di tortura a danno di un bambino⁷¹.

La verità è, dunque, che il torturatore, in tale scenario, risulterebbe sempre nel giusto, se si combina questa alla prima delle tre argomentazioni di Yoo: la sua azione sarebbe legittima in ogni caso in cui la si potesse qualificare come l’esecuzione di un ordine presidenziale⁷², pronunciato al fine di fronteggiare un improvviso pericolo, in un “contesto emergenziale”. Tuttavia, chiudendo il cerchio, si rileva come la potestà illimitata dell’esecutivo che si viene a delineare nella teoria di Yoo sia in antitesi con lo stesso principio di separazione dei poteri. Uno Stato in cui il Presidente, capo

rapporto di “tutela crescente” che sussiste tra le tre condotte proibite dalla menzionata norma. Un trattamento inumano non può che essere degradante, un atto di tortura non può che essere al contempo trattamento inumano e degradante.

⁷¹ John Yoo, al quesito di Doug Cassel «Se il Presidente dichiarasse che torturerà qualcuno, anche schiacciando i testicoli di un bambino, non vi sarebbe alcuna legge che potrebbe fermarlo?», risponde negativamente senza esitazione. Come riportato in M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 109-116.

⁷² E anche qualora il torturatore fosse lo stesso Presidente non potrebbe essere chiamato a rispondere in virtù della necessità della sua azione.

dell'esecutivo, agisce in totale autonomia dalle leggi nazionali e, ancora di più, dalla Costituzione e dai vincoli internazionali (pattuiti e di *ius cogens*), si configura più come una realtà dove domina, incontrastata, l'assolutezza del potere esecutivo, che come quella di un ordinamento liberal-democratico, uno Stato di diritto, in cui i poteri sono separati e bilanciati tra loro. Qualora lo scenario ideato da Yoo si verificasse interamente e liberamente, comportando di fatto l'erosersi di qualsivoglia forma di limitazione dell'agire dell'esecutivo, esso non rappresenterebbe tanto il quadro di una situazione di emergenza, quanto la risultante di un regime dispotico. La giustificazione fondamentale apportata dai teorici a sostegno dell'argomento della situazione di emergenza dunque è la temporaneità stessa dell'emergenza: quanto appena descritto viene posto nei termini di un "danno collaterale", da accettare perché necessario e, comunque, destinato ad esaurirsi con la fine dell'emergenza. Tuttavia, la temporaneità non è affatto un dato oggettivo, anzi: definire l'emergenza atta a giustificare l'eccezione e delimitarne il contenimento è un problema che si pone anche per coloro che si fanno fautori di questa teorica⁷³; affermando l'assoluta eccezionalità dell'"emergenza" si è costretti a riconoscere l'incompatibilità della posizione espressa con le norme e i principi dello Stato di diritto e, dal momento che contenere e definire l'emergenza non è possibile con parametri certi ed oggettivi, in una prospettiva evolutiva, l'effetto di un'interpretazione simile è che i confini dello stato di eccezione finiscono inesorabilmente con l'espandersi, portando alla negazione stessa dello Stato di diritto e all'instaurazione di un regime autoritario, dove l'esecutivo regna incontrastato.

Le teorie di Yoo e Bybee fanno da cornice agli avvenimenti che attraverseranno l'America del post 11 settembre. Ciò che succederà "poi" è noto: si tortura. Dalle prigioni di Guantanamo (Cuba) e di Abu Ghraib⁷⁴ (ex carcere di Saddam Hussein, sito in territorio iracheno, passato sotto l'amministrazione americana), sino alla base militare di Bagram (Afghanistan). Gli interrogatori rafforzati dei centri segreti di detenzione della CIA vengono perpetrati anche al di fuori del territorio americano⁷⁵, persino in Europa, ove hanno luogo le *extraordinary rendition*⁷⁶.

⁷³ Come rilevato in M. Lalatta Costerbosa, *Il rovescio della dignità. La lezione di Kant contro la tortura* in V. Marzocco (a cura di), *La dignità*, cit., p. 40.

⁷⁴ Per un approfondimento si rinvia a C.J. Einolf, *US torture*, cit., pp. 138 ss. «*Muslim prisoners were humiliated by being made to simulate sexual activity with one another; they were beaten and their fingers and toes were stomped on; they were put in stress postures, hooded and wired, in fear of death if they so much as moved; they were set upon or put in fear of attack by dogs*», così Waldron ripercorre gli atti di tortura perpetrati nel centro detentivo di Abu Ghraib (J. Waldron, *Torture*, cit., pp. 1695-1696).

⁷⁵ La *ratio* sulla quale non ci soffermiamo, perché si aprirebbe un approfondimento nell'approfondimento, è quella del "*not-on-my-people*" (non sulla mia gente) e "*not-in-my-backyard*" (non nel mio cortile). Rinviamo alla lettura di T. Scovazzi, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 2006, pp. 905 ss.

⁷⁶ Impossibile non accennare alla vicenda *Abu Omar*, che ha riguardato lo Stato italiano (Corte EDU, *Nasr e Ghali c. Italia*, n. 44883/09, 23 febbraio 2016). Senza dedicarci ad una minuziosa descrizione degli eventi si riporta quanto segue. Il ricorrente, accusato di terrorismo nel suo Paese d'origine (l'Egitto), il 17 febbraio 2003, a Milano, venne fermato da un soggetto in borghese, che all'epoca dei fatti si qualificò come carabiniere. Dopo averlo identificato l'uomo in borghese, coadiuvato da altri soggetti, lo ammanettò e lo trasferì coattivamente su un furgone, predisposto per suo il rapimento. Il ricorrente venne prima condotto nella base militare statunitense di Aviano, poi in quella di Ramstein, in Germania, e infine trasferito in Egitto, ove venne sottoposto ad un arresto prima, poi ad un'incarcerazione arbitraria e subì ripetute forme di tortura. Nella vicenda processuale italiana furono molti gli ostacoli che si susseguirono nel corso dell'accertamento dei fatti: un ruolo preminente lo ebbero il ricorso al segreto di Stato, in merito agli avvenimenti, e il rilievo della presenza di un conflitto di attribuzione tra il Tribunale di Milano e la Presidenza del Consiglio dei ministri. L'esito finale del giudizio interno, oggetto di pronuncia dalla Cassazione (Cass. Pen., Sez I, 4 febbraio – 16 maggio 2014, n. 20447), fu quello di annullare, senza rinvio, le condanne per sequestro di persona che erano state irrogate. La Corte EDU, rilevando innanzitutto che la presenza del segreto di Stato non può ostacolare la sua cognizione sul caso, qualificando il ricorrente come vittima di un processo di *extraordinary rendition* (espressione che, letteralmente, significa "consegna straordinaria"), riconoscerà la responsabilità degli agenti italiani che avevano collaborato, attivamente o con acquiescenza, all'epoca dei fatti, con quelli statunitensi per realizzare l'operazione di consegna segreta e poi i vari trasferimenti. L'*extraordinary rendition*, pur non essendo oggetto, in Italia, di una specifica normativa nazionale, è contemplata da numerose disposizioni internazionali vincolanti (tra cui l'art.7 dello Statuto della CPI) e, sicuramente, è in contrasto sia con il principio di legalità ex art 25,

Il Presidente “sopra ad ogni vincolo” e lo stato di emergenza e di eccezione conducono, in concreto, alla apertura di una stagione di deroghe ai principi fondamentali dello Stato di diritto (*in primis* all'*habeas corpus*) e ai diritti fondamentali dell'uomo. La presidenza Bush adotta una serie di atti “straordinari” finalizzati ad ampliare la discrezionalità nell'uso della forza, si ricordano: l'*US (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act) Patriot Act* (26 ottobre 2001)⁷⁷, seguito dall'*US Patriot Improvement and Reauthorization Act of 2005* (9 marzo 2006), che contiene una normalizzazione dello stato d'emergenza posto alla base del rammentato provvedimento del 2001. Vengono così statuite le cc.dd. “commissioni militari”⁷⁸: luoghi in cui il prigioniero, straniero e accusato di terrorismo, si trova ad essere privato di tutti i diritti⁷⁹ che per secoli hanno costituito una base solida e intangibile della civiltà giuridica. Si statuisce che nei confronti dei terroristi il diritto umanitario (diritto di Ginevra)⁸⁰ non può trovare applicazione⁸¹, sono *enemy combatants*⁸², nemici. È come se la definizione stessa di “nemico”

comma 2, Cost., che con l'art 2, comma 1, c.p. In riferimento alla C.E.D.U., la Corte rileva che l'*extraordinary rendition* realizza una violazione dell'art. 3, nel momento in cui prevede il verificarsi di una serie di maltrattamenti che superano il livello minimo di gravità richiesti dalla norma perché possano qualificarsi, almeno, come trattamenti inumani o degradanti (e nelle ipotesi peggiori come tortura). La responsabilità dello Stato italiano, in merito ai fatti sommariamente ripercorsi, relativa alla violazione dell'art. 3 C.E.D.U., è stata dunque ritenuta sussistente, oltre che dal punto di vista sostanziale, anche in un'ottica procedurale. Per un approfondimento sulla vicenda P.P. Casale, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art 613 bis c.p. Il (discutibile) recepimento del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2017, pp. 620 ss. Inoltre, si segnalano M. Mariotti, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 febbraio 2016 e A. Valentino, *La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3, 2016, pp. 367 ss. Per il testo integrale della decisione della Corte EDU, si rinvia a <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162280>.

⁷⁷ Per una descrizione contenutistica del *Patriot Act* si consiglia la lettura di J.A.E. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 2005, pp. 739 ss.

⁷⁸ L'atto istitutivo è un ordine presidenziale del 13 novembre 2001: *Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in The War Against Terrorism*, 66 Reg. Fed. 57, 833 (13/11/2001).

⁷⁹ Nelle commissioni istituite con l'ordine presidenziale del 13 novembre 2001 (*supra*), infatti: «L'ordine militare si sostituisce a molti principi fondamentali inerenti ai diritti civili riconosciuti dalla Costituzione e a molte regole del sistema processuale penale ordinario. Tanto l'organizzazione quanto l'amministrazione della giustizia da parte di commissioni militari costituisce diritto speciale: non solo la pubblica accusa ed i giudici ma anche gli avvocati appartengono all'esercito o sono avvocati civili selezionati dal Governo che hanno accettato le regole della procedura militare. L'intera procedura e la composizione delle commissioni, compresa l'identità degli avvocati, possono essere mantenute segrete; non si applicano l'*habeas corpus*, né i diritti “Miranda”, i diritti di difesa sono limitati, vigono speciali regole probatorie e non c'è una giuria. Sono stati instaurati procedimenti d'appello, ma non davanti ad una Corte d'Appello federale appartenente al potere giudiziario: l'appello è presentato ad un collegio militare e la sentenza finale relativa alla colpevolezza ed al trattamento sanzionatorio spetta al Presidente. Dunque, si tratta di una procedura giudiziaria nelle mani dell'esecutivo; e ciò, per definizione, non rispetta i requisiti di indipendenza e di imparzialità». J.A.E. Vervaele, *La legislazione*, cit., p. 768.

⁸⁰ Con l'espressione “diritto di Ginevra”, nell'ambito del diritto umanitario, si indicano le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, dei due Protocolli aggiuntivi del 1977 e delle Convenzioni del 1984 e del 1929. Il secondo pilastro del diritto umanitario, il cosiddetto “diritto dell'Aja”, è costituito dalle Convenzioni del 29 luglio 1989 e del 18 ottobre 1907. Il menzionato settore del sapere giuridico, inoltre, annovera tra le sue fonti anche consuetudine e usi di diritto internazionale.

⁸¹ Infatti, i terroristi non vengono qualificati come combattenti regolari: questo, secondo la linea di pensiero che sorregge i provvedimenti in esame, è sufficiente ad escluderli dall'applicazione delle rammentate Convenzioni.

⁸² Lo status di *enemy combatant* viene attribuito ai prigionieri dal Presidente in accordo con il Segretario della difesa. Come osserva Scovazzi: «Si può notare come gli individui sottoposti all'ordinanza militare del 2001 siano qualificati nelle prese di posizione ufficiali americane come “combattenti nemici” (“*enemy combatants*”). Pur non essendo possibile approfondire in questa sede il tema, si tratta di un formalismo giuridico di basso profilo, diretto a far sì che gli individui in questione non siano trattati né come imputati di reati comuni (e, in quanto tali, beneficiari delle ordinarie norme del diritto penale e processuale penale americano), né come prigionieri di guerra (e, in quanto tali, beneficiari delle apposite norme del diritto internazionale generale e

implicasse automaticamente l'erosione della loro essenza di persona: i nemici non hanno, non possono pretendere, alcuna forma di tutela⁸³. Ciò che è avvenuto nei primi anni del nuovo millennio sotto la Presidenza Bush si traduce come la plateale messa in discussione di quello che fino ad allora aveva costituito una base intrinseca ed indefettibile degli Stati di diritto.

Se esistono condizioni di emergenza che possono giustificare la distinzione degli individui in nemici e amici; se i nemici sono anch'essi eccezionali in quanto "nemici combattenti illegali"⁸⁴, non già persone, e dunque nei loro confronti si applica un diritto speciale, che non conosce né l'*habeas corpus* né i limiti al suo potenziale coercitivo, dettati dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo; se la decisione di tutto questo spetta al vertice dell'esecutivo che si fa anche difensore del diritto e della Costituzione, arrogandosi una potestà illimitata, allora non ci si potrà sorprendere se si assiste all'"impensabile morale" che diventa reale, «*the unthinkable had become thinkable*»⁸⁵. La tortura in un tale schema tende a configurarsi come un'ipotesi non solo possibile, ma anche legittima. L'immagine dei nemici, terroristi, colpevoli (anche se la colpevolezza non era accertata) contrapposti alla nazione di innocenti insicura, rende "accettabile" che si crei un dibattito volto a dare alla seconda quanti più strumenti possibili per difendersi. È il gioco della sicurezza di molti contrapposta al dolore, all'annientamento, di pochi: un gioco dal quale avevamo saputo difenderci per secoli, ma che il nuovo millennio ripropone e fa sì che coinvolga un certo numero di partecipanti. La partita si è, tragicamente, riaperta e i suoi riflessi sono tutt'altro che sopiti⁸⁶.

particolare). Al contrario, i combattenti nemici non hanno diritto a nulla, al di fuori di quanto sia loro concesso dal Presidente degli Stati Uniti». T. Scovazzi, *Tortura e formalismi*, cit., pp. 911-912.

Secondo De Carlo sarebbe più opportuno ricorrere all'espressione *unalwful enemy combatants*, specificatamente richiamata nel *Military Commission Act*, firmato da G. W. Bush nel 2006, letteralmente "nemici combattenti illegali", autori di atti ostili nei confronti degli Stati Uniti, che non si possono qualificare né come "combattenti nemici legali" (riconosciuti, dunque, come tali nel territorio statunitense) né come prigionieri di guerra. La qualifica, prima del 2006, poteva essere attribuita o da un *Combatant Status Review Tribunal* o da un tribunale competente in materia (costituito sotto l'autorità presidenziale oppure a quella del segretario alla Difesa). Cfr. C. De Carlo, *Il dibattito statunitense sulla tortura*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 337.

Sul concetto di "*illegitimate combatants*" nel diverso contesto della tortura da parte dei militari nei confronti dei prigionieri nemici, si veda: C.J. Einolf, *US torture*, cit., 121. In materia di *preventive detention* si rinvia a D. Cole, *Out of the shadows: preventive detention, suspected terrorists, and war*, in *California Law Review*, vol. 97, n. 3, 2009, pp. 693 ss.

⁸³ «Nessuna corte, giustizia, o giudice avrà la giurisdizione per considerare [...] un'applicazione dell'*habeas corpus* dovuta nei confronti di uno straniero detenuto dal Dipartimento della Difesa di Guantanamo Bay, Cuba», *Detainee Treatment Act (DTA)*, 2005, H.R. 2863, Title X. In proposito deve essere rilevato tanto che l'atto citato è stato emesso dopo la decisione della Corte Suprema *Rasul et al. v. Bush, President of the United States*, del 28/06/2004, nella quale si era affermato che i soggetti internati a Guantanamo avessero diritto a chiedere l'accertamento giudiziale della loro condizione presso la Corte Federale del distretto di Columbia, quanto che al DTA è seguita, nel 2008, una ulteriore pronuncia della Corte (*Boumediene v. Bush, President of the United States*) nella quale si è ribadito il diritto degli *enemy combatants* di fare appello avverso alla loro condizione presso un tribunale statunitense (nella prospettiva di ribadire e ristabilire il loro diritto all'*habeas corpus*). Così M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 101-102.

⁸⁴ Un processo di «criminalizzazione del nemico». In proposito, M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione*, cit., p. 115.

⁸⁵ Citazione riportata in F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable: Torture and the Criminal Law*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 46, n. 3, 2015, p. 48, modellata sulla falsariga dell'espressione presente in J. Waldron, *Torture*, cit., 1718, e della posizione di Luban, rinvenibile in D. Luban, *Unthinking the Ticking Bomb*, in *Georgetown Law Faculty Working Papers*, Paper 68, 2008, http://scholarship.law.georgetown.edu/fwps_papers/68.

⁸⁶ Si veda il *report* specificatamente dedicato agli Stati Uniti di *Human Rights Watch* (rinvenibile in World Report 2019, direttamente dalla *home* del sito ufficiale www.hrw.org) alla voce "*National Security*". Da quanto riportato risulta sia che nel centro di detenzione di Guantanamo Bay si trovano ancora 31 detenuti (da 12 o più anni), privati della libertà senza aver avuto un regolare processo (*without charge*), sia che si è continuato a processare ben 7 individui i per reati terroristici (tra cui alcuni per l'attentato dell'11 settembre) con il sistema delle commissioni militari site a Guantanamo (due risultano essere già stati condannati dalle commissioni).

Per completare il quadro di eventi significativi per lo sviluppo – anche se sarebbe più opportuno parlare di “involuzione” – del dibattito sulla legalizzazione della tortura, dobbiamo nuovamente spostarci in Europa.

L’episodio a cui ci riferiamo è la vicenda conosciuta come il caso *Gäfgen*: siamo in Germania, è il 30 settembre 2002, la polizia di Frankfurt am Main (Francoforte sul Meno) arresta il principale indiziato, Magnus Gäfgen, in merito ai fatti concernenti il sequestro (poi si scoprirà anche l’omicidio) di un bambino di undici anni. La scomparsa del bimbo risale a tre giorni antecedenti l’arresto. Nel corso dell’interrogatorio, nel quale si cerca di carpire informazioni sul luogo e sul destino del bambino sequestrato, il sospettato, assumendo un atteggiamento ostruzionistico, si rifiuta di rispondere. A questo punto, Wolfgang Daschner, vicepresidente della polizia, rilevata la necessità di un intervento più incisivo, dopo aver provveduto a prospettare una situazione che renda credibile l’imminente ricorso alla tortura, procurandosi il personale e gli strumenti necessari per torturare il sospettato, minaccia l’indiziato dell’inflizione di un *physical pain*⁸⁷, allo scopo di farsi rivelare dove si trovi il bambino scomparso. Gäfgen viene, dunque, minacciato di tortura: dopo soli dieci minuti di interrogatorio, l’1 ottobre 2002, rivela sia il luogo del sequestro che il destino del fanciullo. Il bambino è stato ucciso, soffocato, dal sequestratore lo stesso giorno del rapimento. La vicenda tedesca irrompe sulla scena dell’opinione pubblica: è giusto torturare in una situazione “estrema come questa”? Incredibilmente, una parte consistente della dottrina tedesca si schiererà dalla parte di Daschner, sostenendo la posizione da lui assunta nella vicenda appena ripercorsa: è il segnale che le “istanze americane” per la legalizzazione della tortura, fiorite dopo l’11 settembre, hanno attecchito in modo capillare anche nel continente europeo.

4. Quando l’uomo diviene mezzo: tra *ticking bomb*, legittima difesa e mandati giudiziari. L’argomento “principe”: la *ticking bomb*.

L’argomentazione “morale” di natura utilitarista del *ticking bomb scenario* non può che essere la prima oggetto di analisi⁸⁸, sia per motivi di “storicità”, sia perché fa parte del substrato che viene invocato a sostegno delle altre istanze, al fine di “corroborarle” e dar loro maggior fondamento. Il contesto emergenziale della “bomba ad orologeria” (*ticking bomb* o bomba a tempo), viene esplicitato a partire dalla rievocazione del già noto “scenario ipotetico”, in cui si presenta una situazione emergenziale (l’attentato in corso), nella quale sopravviene l’arresto del terrorista: l’unico soggetto che detiene le informazioni necessarie per disinnescare l’ordigno a tempo, il quale, esplodendo, comporterebbe una strage di vittime innocenti. Tale scenario ipotetico, in particolare a seguito della sua declinazione specifica da parte di Luhmann, è stato oggetto di richiamo da larga parte dei fautori della legalizzazione della tortura, tra cui ricordiamo Alan M. Dershowitz⁸⁹, per la proposizione dei *torture warrant*, e Winfried Brugger⁹⁰, nella formulazione della sua *Rettungsfolter* (tortura “di salvezza”). L’appello alla “bomba a tempo” dunque rappresenta la principale istanza morale volta a **rendere accettabile l’inaccettabile morale**: impossibile, infatti, è postulare la legalizzazione della tortura senza operare su tale piano. La creazione di un varco nella moralità in cui si possa concepire una forma di tortura legale è, infatti, un presupposto indefettibile, per i fautori della legalizzazione: la sua

⁸⁷ Corte EDU, GC, *Gäfgen c. Germania*, n. 22978/05, 1° giugno 2010, par. 15. Il testo integrale della sentenza in lingua inglese è rinvenibile al link <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015>. Si rileva, in merito all’esito processuale della vicenda, che la Grande Camera oltre a riconoscere la violazione degli artt. 3 (*Proibizione della tortura*) della Convenzione, riterrà sussistente anche quella dell’art. 34 (*Ricorsi individuali*) per la scarsa portata sanzionatoria delle pene alle quali furono condannati i responsabili della tentata tortura all’esito dei giudizi interni.

⁸⁸ «At least since 2001, the primary justification offered for the use of torture has been the ticking time-bomb hypothetical». F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable*, cit., p. 64.

⁸⁹ Rimandiamo all’opera – considerabile alla stregua di una *summa* del pensiero di Dershowitz – A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works.*, cit.

⁹⁰ Si veda W. Brugger, *May Government Ever Use Torture. Two Responses from German Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, pp. 661 ss.

elaborazione, tuttavia, non è possibile senza la previa effettuazione di un “appello” a contesti simili a quello della *ticking bomb*.

Al di là della innegabile forza emotiva che il *ticking bomb scenario* è in grado di esercitare, è importante osservare il suo potenziale guardando all'effetto che dispiega nei riguardi della portata del divieto di tortura: spingere la mente “del lettore” o “dell'uditore” ad accettare l'eccezione significa minare, in modo irreparabile, l'assolutezza e l'universalità della proibizione della tortura, così come postulate sia in ambito internazionale e sovranazionale, che all'interno delle costituzioni degli ordinamenti liberal-democratici. La “relativizzazione del divieto”⁹¹ è un presupposto indefettibile che fa da base a qualsiasi tentativo di proporre una qualsivoglia forma di tortura legalizzata: questo sia che si proceda alla ricerca di una giustificazione *ex ante*, che *ex post*.

La rievocazione del predetto scenario ipotetico incide direttamente sulla configurazione del “rapporto vittima-carnefice”: il torturatore protagonista dell'esempio della bomba ad orologeria non viene più delineato come l'“aguzzino”, l'uomo spietato, ma come colui che interviene “per il bene di molti” a danno del singolo che minaccia la collettività⁹². Viene totalmente scardinata e capovolta l'immagine mentale che immediatamente sovviene quando si rievoca il concetto di tortura: l'attribuzione dei ruoli di vittima al torturato e di carnefice al torturatore è immediata, repentina, “quasi scontata”. Per ribaltarla è necessario che la mente sia proiettata verso una situazione pregressa dove il torturato perde la sua qualifica di persona offesa da un atto ingiusto, illegittimo e spietato: nella teorica, così impostata, la tortura viene a definirsi come uno strumento utile e necessario⁹³. La struttura logica che sorregge l'argomentazione della *ticking bomb* è quella della logica utilitarista dei “costi-benefici”, fondata sulla contrapposizione di due “mali”: la tortura del terrorista, da una parte, il pericolo delle vittime dell'attentato in corso, dall'altra. L'accettabilità morale, pertanto, si radica su un'argomentazione ispirata ad una logica di consequenzialismo morale: dato che il male (la tortura) di un singolo individuo porta al bene (alla salvezza) di molti, allora è ammissibile, dunque accettabile moralmente.

Il *ticking bomb scenario* presenta una serie di limitazioni e profili critici⁹⁴. Innanzitutto, qualora si proceda all'arresto del “sospetto terrorista”, vi è un dato reale incontrovertibile, che mina alle basi la tenuta stessa del modello ipotetico in questione: la constatazione che non è possibile avere la certezza della sua effettiva colpevolezza. L'argomento della bomba ad orologeria, infatti, prevede che si torturi il “sospettato”, colui che si suppone abbia posizionato l'ordigno o che, comunque, sia a conoscenza di importanti informazioni. Si pone, dunque, il problema della tortura dell'innocente⁹⁵. È chiaro che il

⁹¹ Rimandiamo alla lettura di A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works*, cit., pp. 148-149. Per una panoramica generale: O. Gross, *Are torture*, cit., pp. 1497 ss. Citiamo, in proposito le parole del giudice Richard Posner: «[...] if the stakes are high enough, torture is permissible. No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility». R.A. Posner, *The Best Offense*, in *The New Republic*, 02/09/2002, p. 28.

⁹² «Now, he is not a cruel man or a sadistic man or a coarse, insensitive brutish man. The torturer is instead a conscientious public servant, heroic the way that New York firefighters were heroic, willing to do desperate things only because the plight is so desperate and so many innocent lives are weighing on the public servant's conscience». D. Luban, *Liberalism, Torture*, cit., p. 1441.

⁹³ Nella teorica di W. Brugger il ribaltamento dei ruoli è posto in termini perentori: la tortura viene delineata dal giurista come un mezzo per “ristabilire la giustizia”. Per una *summa* autografa del pensiero di Brugger si rinvia una *tantum* all'opera sopracitata (W. Brugger, *May Government Ever*, cit., pp. 661 ss.). Per una voce critica, R. Mele, *Tortura e vita*, cit., pp. 93 ss.

⁹⁴ Distinguono tra critica fattuale ed ipotetica A. Chiessi, G. Scardovi, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 319 ss.

⁹⁵ Come ricordato da Luban, non si tratta di questioni asettiche e irreali, nel post 11 settembre «many detainees claim that they are cases of mistaken identity (and this has been proven to be true in the highly-publicized case of Mohammed El-Masri, a German cab-driver who was kidnapped and rendered by U.S. agents). A former U.S. contract interrogator has explained to me that in Iraq, detainees were brought in whose arrest report stated nothing beyond “Suspected of anti-coalition activity” – and that this often meant only that they were young men in the vicinity of roadside bombs». D. Luban, *Unthinking*, cit., p. 14.

principio di colpevolezza e la presunzione di innocenza vengono totalmente estromessi quando si opera ai danni del sospetto terrorista nel contesto della bomba a tempo. Non pare sbagliato aprire in questa sede una riflessione ed inquadrare l'argomentazione della bomba ad orologeria nel quadro della più ampia tematica del diritto penale della prevenzione⁹⁶: la logica preventiva sposta l'asse del presupposto indefettibile per l'intervento punitivo dall'accertamento della colpevolezza alla prevenzione del rischio, con il pericolo che si entri in scenari dai confini labili, in cui non solo il diritto penale, ma anche l'esercizio di forme di coercizione, fisica e psicologica, da parte delle autorità statali si trovi ad essere giustificato ogni qualvolta queste affermino che sussiste un generico pericolo per delle vittime indeterminate. Un ordinamento penale dominato esclusivamente da simili logiche di prevenzione si delinea come un contesto in cui il potere punitivo dello Stato si trova ad operare in modo arbitrario, senza essere delimitato dalla osservanza di limiti di garanzia, valori sovraordinati, in cui rientrano il rispetto della dignità dell'essere umano e dei suoi diritti fondamentali. In tale scenario, di fatto, si aprirebbero le porte ad un esercizio della potestà statale potenzialmente illimitato, al massimo vincolato al rispetto di principi a carattere formale e procedurale, libero di intervenire nella sfera dell'individuo, sino ad annientarla con un atto di tortura, ogni qualvolta venisse rinvenuto un interesse di sicurezza "generale" da difendere. Tutto ciò risulta essere in totale antitesi rispetto allo Stato di diritto, all'ordinamento liberal-democratico, in cui la persona rimane «al centro dell'attenzione del sistema»⁹⁷ e, rispetto ad esso, non assume il ruolo di "mezzo" o di "strumento".

Una seconda criticità dello scenario della bomba a tempo riguarda i termini della menzionata valutazione dei "costi-benefici": l'assunto alla base della giustificazione morale della *ticking bomb*, è quello secondo cui "torturare il singolo" sia l'alternativa migliore rispetto alla messa in pericolo della collettività. È come se si desse per scontato che la conseguenza "automatica" della tortura sia lo sventare l'attentato, il disinnescare della bomba: immaginando un rapporto causale si assume che ad un atto di tortura consegua il disinnescare di un ordigno o, quantomeno, il conseguimento di informazioni a ciò finalizzate. Ma se questo non avvenisse? Se la bomba esplodesse comunque? La credibilità stessa dell'assetto istituzionale si troverebbe ad essere fortemente messa in discussione e, nei fatti, non verrebbe nemmeno garantita quella sicurezza per la quale lo Stato si è reso autore del compimento di un atto disumano.

4.1. Self-defense: la tortura come reazione difensiva.

Nel contesto emergenziale di una bomba a tempo che sta per esplodere, ossia in quello dell'attentato in corso, non poteva non emergere l'argomento della **legittima difesa**⁹⁸. Per far sì che il ricorso alla *self-defense* (letteralmente autodifesa) si configurasse come un argomento "proponibile", i suoi teorici sono proceduti, nel formularlo, a partire da una sorta di ridefinizione dello stesso concetto di legittima difesa⁹⁹. La legittima difesa come conosciuta e postulata dalla legislazione penale, presuppone la presenza di un pericolo attuale e assume la struttura di una "reazione" ad esso. Difficile è rinvenire la presenza di tali caratteri strutturali nel caso in cui siamo di fronte all'arresto di un sospetto terrorista che si suppone conosca informazioni rilevanti: il caso, appunto, che Bybee, muovendosi nel rievocato contesto del *post 11 settembre*, mira a difendere ricorrendo all'argomentazione in esame. Il **combattente nemico**, nelle mani dello Stato, non sta eseguendo l'attacco "in quel momento": come giustificare allora il ricorso alla tortura nei suoi confronti? Bybee fa appello alle argomentazioni proposte da Michael Moore.

⁹⁶ Come suggerito da F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable*, cit., pp. 48 ss.

⁹⁷ M. Donini, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in IUS17@unibo.it, fasc. 2, 2009, p. 431.

⁹⁸ Interessante la recente riflessione proposta da A. Nisco, *Sul divieto assoluto di tortura*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Revelino, 2019, pp. 53 ss., afferente al tema del ricorso a concetti quali "cause di giustificazione" e "stato di necessità" nelle varie istanze atte a proporre la legalizzazione della tortura.

⁹⁹ Si veda in proposito E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, cit., p. 332.

Moore, negli anni '80, come anticipato, era stato autore di una teorica volta a sostenere la legittimazione del ricorso alla tortura a danno dei sospetti terroristi palestinesi da parte delle forze israeliane. L'artificio utilizzato da Moore si radicava sull'assunto del ritenere che il terrorista «ha causato colpevolmente la situazione per cui qualcuno può essere offeso»¹⁰⁰. Tale premessa consentiva di proseguire e rilevare che il "danno" (*rectius* la tortura) nei confronti del terrorista venisse a configurarsi come «il solo mezzo per evitare la morte o il ferimento di altri esposti a rischio delle sue azioni»¹⁰¹; di conseguenza, nel predetto contesto, si sostiene che il motivo per cui dovrebbe ritenersi lecita la tortura è il medesimo che sorregge la legittimità dell'autodifesa¹⁰². Bybee rielabora la menzionata argomentazione nei seguenti termini: «se un attacco appare sempre più probabile, ma i nostri servizi di informazione e le forze armate non possono evitarlo senza l'informazione ottenuta interrogando un certo individuo, allora sarà ancora più probabile che la condotta in questione sia vista come necessaria»¹⁰³.

Dunque, quello che in Moore, poi in Bybee, si pone a fondamento e a giustificazione della postulata "legittima difesa", che opererebbe nel rievocato scenario, è il presunto attacco alla sicurezza della nazione derivato dalla conoscenza di una imminente minaccia terroristica. Tuttavia, *in primis* non si può che controbattere rilevando che il torturato è per definizione **indifeso**¹⁰⁴: è il presupposto stesso della legittima difesa che nello scenario descritto prima da Moore e poi da Bybee viene a mancare. Il torturato, appunto, in quanto tale è un soggetto che si trova in balia dell'altrui dominio, non un individuo che sta attaccando o mettendo in pericolo qualcun altro: parafrasando Henry Shue, il torturatore opera nei confronti di una persona che è totalmente sottoposta alla sua mercé, al suo potere¹⁰⁵. Si altera dunque, quel rapporto di **reciprocità** che fa da base imprescindibile perché possa ricorrere l'autodifesa. Inoltre, manca la "causalità diretta" che è richiesta qualora si affermi di star ricorrendo alla legittima difesa per "prevenire": non è assolutamente certo, né altamente probabile che «l'azione di difesa possa probabilmente evitare l'offesa»¹⁰⁶. Premesso che ci muoviamo in un contesto in cui il torturatore necessariamente sa già in partenza quale sono le informazioni che vuole ottenere dal torturato, non è detto né che all'esito della tortura si ottenga l'informazione sperata, né che questa corrisponda al vero, né tantomeno che effettivamente, ammesso che la si ottenga e sia veritiera, una volta in suo possesso si possa sventare il pericolo paventato¹⁰⁷. Tale argomentazione vale a fronteggiare anche una più recente riformulazione, in termini restrittivi, dell'argomento dell'autodifesa, proposta da David Sussman¹⁰⁸, il quale ritiene che la tortura sia giustificabile attraverso l'argomentazione dell'autodifesa solamente nei limitatissimi casi in cui il suo ricorso "immediato" è finalizzato a sventare un atto o una minaccia di tortura a proprio danno o nei confronti di una persona cara. Tale condizione, a suo avviso, è l'unica che consente di ritenere accettabile la naturale

¹⁰⁰ M.S. Moore, *Torture and the Balance*, cit., p. 323. La traduzione riportata è rinvenibile in M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani* cit., p. 1354.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Per una recente riproposizione dell'argomento si veda il contributo di D. Sussman, *Torture, Self-Defense, and Fighting Dirty*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., pp. 219 ss.

¹⁰³ Nel già citato *Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, on Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C., 1/08/2002*.

¹⁰⁴ «[...] a me pare che parlare di legittima difesa nel caso della tortura suoni un po' come una bestemmia». M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 188.

¹⁰⁵ H. Shue, *Torture*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n. 2, 1978, pp. 124 ss.

¹⁰⁶ M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 188.

¹⁰⁷ Sul punto D. Luban, *Unthinking*, cit., pp. 9-12. L'Autore osserva che spesso coloro che svolgono gli interrogatori sono a conoscenza di informazioni che gli interrogati raramente conoscono e riporta anche alcuni esempi concreti, al fine di avvalorare quanto osservato.

¹⁰⁸ Si rinvia al sopracitato contributo di D. Sussman, *Torture, Self-Defense*, cit., pp. 219-230. Per l'Autore solamente la necessità di sventare una minaccia o un atto di tortura, e solo di tortura, a proprio danno o di una persona amata può consentire di ritenere che sono integrati presupposti dell'autodifesa. A conclusione del suo ragionamento Sussman rileva che *perhaps* possono ritenersi equiparabili ad un atto di tortura le forme di violenza più estrema del terrorismo («*extreme forms of terrorism*»).

inammissibilità morale della tortura (*reconciliation morally impossible*)¹⁰⁹: poiché si tratta di un contesto dove non risulta possibile ritenere che il rapporto tra l'agente e il suo "nemico" possa assumere una connotazione di fiducia o di apertura reciproca. Posto che l'esempio a cui riferirsi, quando si parla di tortura di una persona amata, è quello da egli descritto del rapimento di un coniuge, che viene minacciato di tortura dai propri rapitori, si rileva in proposito che decidere di ricorrere alla tortura nei confronti di uno dei criminali, autori del rapimento, affinché questi intervenga per far cessare l'atto di tortura a danno del proprio congiunto o per evitare che questo sia perpetrato, non solo esonda dai limiti della legittima difesa in termini di reciprocità, poiché la stessa struttura di un atto di tortura lo rende incompatibile con il concetto di "reazione", ma, soprattutto, non sopravvive all'obiezione appena esposta. In merito al caso, invece, della reazione alla propria tortura, l'esempio della reazione ad una "propria tortura con tortura" pare incardinarsi sui binari dell'esempio paradossale, difficilmente concepibile nella realtà dei fatti.

A tutto ciò si sommi il fatto che, tradizionalmente¹¹⁰, tra i principi generali che sorreggono l'istituto in esame, perché la difesa possa dirsi legittima, deve essere proporzionata all'offesa¹¹¹, che con essa si mira a sventare: deve esserci proporzionalità tra l'offesa minacciata e quella arrecata (tenuto conto sia dei beni in conflitto che dell'intensità dell'offesa a cui questi si trovano ad essere esposti). Il requisito della proporzionalità, unito allo «scopo difensivo»¹¹² che anima la reazione, dunque, comporta che l'azione difensiva, per sua stessa definizione, non potrà mai consistere in una tortura, dal momento che la tortura è di per sé qualcosa insostenibile, atroce e disumano, «una condotta sempre offensiva, mai difensiva»¹¹³.

In conclusione, prima di passare all'analisi della linea teorica volta a giustificare *ex ante* il ricorso alla tortura, deve essere messa in risalto una ulteriore nota critica che può riferirsi a tutte le linee argomentative sino ad adesso vagliate: una giustificazione che opera *ex post facto* non tiene conto che una qualsivoglia forma di tortura legalizzata implica che ad essere oggetto di legittimazione non sia mai "il singolo atto eccezionale di tortura" o quantomeno che solo in apparenza sia così. L'effetto di una legittimazione a posteriori, radicata su assunti generali, è quello che si arrivi, in concreto, ad aprire la strada alla legittimazione della prassi della tortura. Si rileva, infatti, che affermare

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 230.

¹¹⁰ I tre canoni classici, condivisi dalla gran parte degli ordinamenti giuridici, per valutare la legittimità di una condotta difensiva sono: immediatezza (o attualità del pericolo), necessità e proporzionalità.

¹¹¹ Per commenti specificatamente riferiti alla disciplina italiana, si vedano M. Ronco, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2014, pp. 799 ss.; M. Lepera, *Il requisito della proporzione tra difesa e offesa nella legittima difesa domiciliare: tra interpretatio abrogans e illegittimità costituzionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1260 ss.; F. Diamanti, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1353 ss.; *Legittima difesa*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Il Mulino, 2017, pp. 607 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Wolters Kluwer; CEDAM, 2017, pp. 249 ss.; D. Pulitanò, *Legittima difesa: tra retorica e problemi reali*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 4, 2017, pp. 262 ss.; *Id.*, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 5, 2019, pp. 205 ss.; R. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 1, 2019, pp. 17 ss.

¹¹² Come rilevato da M. Ronco, *La dottrina*, cit., p. 805, accanto al requisito della proporzionalità assume rilevanza anche lo *scopo difensivo*, elemento sempre più messo in risalto anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, sia che si tratti di legittima difesa del "privato cittadino" che commessa dalla pubblica autorità. Il combinato tra i due elementi menzionati fa sì che si ribadisca la natura eccezionale della giustificazione in esame che opera solamente laddove il comportamento posto in essere si rappresenti come assolutamente necessario e come proporzionato, anche se questo consta nell'uso della forza pubblica.

Tra la casistica della Corte EDU si ricordano, a titolo esemplificativo, sia il *leading case McCan e altri c. Regno Unito* (Corte EDU, GC, *McCan e altri c. Regno Unito*, n. 18984/91, 27 settembre 1995) che la pronuncia *Giuliani e Gaggio c. Italia* (Corte EDU, GC, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, n. 23458/02, 11 marzo 2011).

Pulitanò, recentemente, ha ribadito che la difesa legittima è da intendersi come *difesa necessitata*. D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità*, cit., p. 206.

¹¹³ M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 188.

che possa esistere una forma di tortura legalmente praticabile dai funzionari statali, giustificata dalla sussistenza di contesti emergenziali, presuppone che sullo sfondo si possa contare sulla presenza di soggetti formati al fine di metterla in pratica¹¹⁴, personalità competenti, dai medici agli psicologi, sino agli esecutori. Tuttavia, la presenza di un “apparato esecutivo” contrasta con la stessa, paventata, eccezionalità dell’evento di tortura in virtù della quale si mira a sostenere la legittimità della sua verifica *ex post*. Pare piuttosto che la presenza di un apparato professionalmente istruito a “torturare” non potrebbe che avere, come presupposto indefettibile, una giustificazione *ex ante* della pratica della tortura¹¹⁵, essendo improponibile ed impensabile nei confini “emergenziali” che accompagnano le varie forme di giustificazione *ex post*.

4.2. Il mandato giudiziale di tortura: una giustificazione *ex ante*.

La teoria del **mandato giudiziale di tortura** viene formulata dai suoi sostenitori attraverso l’assunzione di una prospettiva “apparentemente empirica”. L’esponente di spicco¹¹⁶ di tale linea interpretativa è Alan M. Dershowitz¹¹⁷. L’argomentazione di Dershowitz è rapidamente ripercorribile in questi termini: la tortura è un male inevitabile che esiste ed è prassi abituale degli Stati. Dunque, l’interrogativo che si pone il celebre giurista è il seguente: meglio continuare a “negare l’evidenza” e lasciare che la tortura continui ad essere una pratica non regolamentata e perpetrata nell’ombra, o, in alternativa, creare una forma di tortura legale? Chiaramente, Dershowitz sostiene che la seconda alternativa sarebbe quella più opportuna: è necessario procedere al fine di creare una forma di tortura “autorizzata *ex ante*”¹¹⁸. Il meccanismo che il noto avvocato e accademico statunitense propone è quello del “mandato giudiziale” (c.d. *torture warrant*): l’autorizzazione giudiziale alla tortura implicherebbe che il ricorso a tale pratica fosse oggetto di una preventiva, responsabile e pubblica valutazione del giudice, a differenza, invece, dell’opposta situazione in cui ci si trova lasciando che la tortura si traduca con l’essere uno strumento illegittimo e di fatto affidato interamente all’arbitrio delle forze di polizia e dei servizi segreti. La “tortura legale” proposta da Dershowitz, dunque, sarebbe “controllata” perché avrebbe luogo come esecuzione di un provvedimento giudiziale, nei suoi limiti e alle sue condizioni¹¹⁹. Si propone quasi come una forma di tortura “responsabile ed accettabile”: innegabile il paradosso lessicale che tale immagine rievoca.

Il celebre professore di Harvard, nel proporre l’argomentazione, parte, tuttavia, da un presupposto che presenta una serie di criticità. La tortura è considerata dal giurista come un fatto sociale inevitabile; pertanto, egli ritiene che il ricorso ad essa avverrebbe “a prescindere” in uno scenario come quello della bomba a tempo, che sta per esplodere, nella contingenza in cui avvenisse la cattura di un sospetto terrorista, probabilmente coinvolto nell’attentato, poche ore prima dell’esplosione. Si tratta, tuttavia, di un assunto del quale si può dubitare: i casi di tortura, sebbene siano presenti, non sono la prassi degli Stati di diritto nei contesti emergenziali e, come si è avuto

¹¹⁴ Interessanti le osservazioni di Garrett Ordower sull’impiego dei c.d. *contractors* (una sorta di “mercenari”, ossia di milizie private) nel centro detentivo di Guantanamo Bay. G. Ordower, *Tortured Prosecutions: Holding Private Military Contractors Accountable*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., pp. 320 ss.

¹¹⁵ In tal senso: M. Baron, *The Ticking Bomb Hypothetical*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., p. 188; D. Luban, *Liberalism, Torture*, cit., p. 1446.

¹¹⁶ Analogamente anche nella proposta di Rainer Trapp si sostiene la necessità di un’autorizzazione giudiziaria volta a legittimare l’impiego della tortura. Sul punto M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura*, cit., p. 60.

¹¹⁷ Il pensiero di Dershowitz è espresso integralmente nel già citato volume A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works*, cit., a cui può aggiungersi, per una disamina analitica della teoria del mandato giudiziale, la lettura di Id., *Terrorismo* cit., pp. 122 ss., e del contributo Id., *The torture warrant. A Response to professor Strauss*, in *New York Law School Review*, vol. 48, nn. 1-2, 2003, pp. 275 ss.

¹¹⁸ Cfr. M.H. Kramer, *Alan Dershowitz’s Torture*, cit., pp. 283 ss.

¹¹⁹ «*If torture is in fact being used and/or would in fact be used in an actual ticking bomb mass terrorism case, would it be normatively better or worse to have such torture regulated by some kind of warrant, with accountability, record-keeping, standards, and limitations*». A.M. Dershowitz, *The torture warrant*, cit., p. 277.

modo di osservare, il divieto di tortura costituisce uno dei valori fondanti degli ordinamenti liberal-democratici. Principio che sopravvive, nonostante la presenza da un lato delle istanze ad esso avverse che si stanno affermando, dall'altro del verificarsi di casi di abuso della forza pubblica e di coercizione in tali contesti. Inoltre, poi, non si vede per quale motivo qualcosa che si riconosce essere l'"inaccettabile" per definizione, la cui proibizione ha una natura di norma di diritto internazionale imperativo oltre che di principio fondante degli stessi ordinamenti costituiti, quindi di un qualcosa che di per sé è trasversalmente percepito come un male ingiusto e inconcepibile, *malum in se*, rammentando il titolo di questo scritto, dovrebbe diventare giuridicamente legittimo¹²⁰. Lo stesso Dershowitz ribadisce «*my (torture warrant)¹²¹ argument is not in favour of torture of any sort*»¹²²: il fautore del *torture warrant* dunque non può che ravvisare che c'è qualcosa di ingiusto ed ingiustificabile nella tortura stessa. Emerge, quindi, quanto la legalizzazione della tortura risulta essere una prospettiva intrinsecamente contraddittoria: sostenere che tale pratica possa essere legalizzata è inconciliabile con il fatto che la tortura, per definizione, risulta essere totalmente priva di quei "connotati positivi" che potrebbero giustificare una forma legale, non sussistono i termini per ritenere che questa si configuri come un mezzo "ammissibile", poiché definirlo come tale metterebbe in discussione la tutela stessa dell'individuo nelle sue prerogative fondamentali.

Si nota, poi, che lo stesso Dershowitz, nel porre in evidenza la necessità che il ricorso alla tortura si configuri come connotato da eccezionalità e che il suo impiego sia limitato ad eventualità che si collocano all'interno di "confini certi e determinati", riconosce che aprire le porte alla via della legalizzazione in una prospettiva utilitarista rischia di condurre ad una *slippery slope*¹²³, una pericolosa china scivolosa che potrebbe condurre all'«*abyssis of amorality and ultimately tyranny*»¹²⁴. China scivolosa che, vista la difficoltà di determinare quei "confini" e il concreto rischio che l'emergenza "esondi", dunque che l'eccezione perda le sue vesti e divenga prassi, comporta il raggiungimento di una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella suggerita da Dershowitz. Come ha recentemente ricordato Marcia Baron¹²⁵: non esiste un ricorso *una tantum* alla tortura. Tollerare il ricorso a tale pratica, anche ammesso che inizialmente sia fatto sporadicamente, ha come effetto la "normalizzazione" della pratica stessa: i casi in cui si ravviserebbe la necessità del suo impiego, naturalmente, aumenterebbero e, alla fine, diverrebbe una prassi tutt'altro che eccezionale. Quanto osservato, infatti, rinvigorisce oltremodo l'idea che, a fronte di tali pericoli, l'assolutezza e la trasversalità del divieto di tortura non possano che essere l'unica via ammissibile e percorribile. La giustificazione *ex ante* della tortura, qualsiasi forma essa abbia, infatti, si traduce in un generale permesso all'esercizio della forza pubblica a tal fine, non assumendo quindi i connotati sostanziali di una "eccezione", ma quelli di una "regola".

5. L'inevitabile *slippery slope*: "uno, cento, mille".

Nel corso dell'illustrazione dell'esempio di scuola dello scenario ipotetico della *ticking bomb*, il ricorso alla tortura viene definito in termini di "scelta del male minore". «La debolezza dell'argomento è stata sempre evidente: coloro che scelgono il male minore dimenticano troppo in fretta che stanno

¹²⁰ Si rileva che Gross, nel proporre la sua visione intermedia tra la legalizzazione consequenzialista e la proibizione assoluta della tortura, critica l'approccio della giustificazione *ex ante* rilevando che la labilità dei confini contenutistici degli stessi *warrant*, di fatto, potrebbe tradursi in una giustificazione della prassi insindacabile nel merito, vista l'impossibilità di effettuare un bilanciamento globale e complessivo da parte dell'autorità che autorizza nell'immediatezza del fatto (sia dei principi che delle circostanze del caso concreto). O. Gross, *Are torture*, cit., pp. 1529 ss.

¹²¹ Parentesi aggiunta.

¹²² A.M. Dershowitz, «*Tortured Reasoning*», in *Torture. A Collection*, Oxford University Press, 2004, pp. 257 ss. È lo stesso Autore, dunque, ad evidenziare, letteralmente, che la sua argomentazione – ossia quella del mandato giudiziale – non è di per sé da leggersi come un'istanza che si pone a favore qualsivoglia tipologia di tortura.

¹²³ Per una chiara illustrazione dell'argomento della *slippery slope* in O. Gross, *Are torture*, cit., pp. 1507 ss.

¹²⁴ A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works.*, cit., p. 146.

¹²⁵ M. Baron, *The Ticking Bomb Hypothetical*, cit., pp. 187 ss.

comunque scegliendo il male»¹²⁶: risuonano come un monito imprescindibile le parole della Arendt, che evidenziano quanto vi sia un'intrinseca e insuperabile contraddittorietà nella stessa logica della **scelta del male minore**. Questa fallacia intrinseca si rileva anche allorché si consta quanto possa essere breve il passaggio tra l'apertura di una deroga eccezionale e la rivendicazione di un diritto o di un dovere dello Stato a torturare¹²⁷. Anche Jeremy Waldron¹²⁸, in riferimento a ciò, ha parlato di "china scivolosa": aprire un'apertura alla legalizzazione della tortura, elidere l'assolutezza del suo divieto, vuol dire far non solo sì che il suo esercizio diventi incontrollabile, ma anche che, attraverso la legalizzazione di una pratica tanto aberrante, si arrivi automaticamente a creare una base giustificativa, a maggior ragione, per tutte le inflizioni di sofferenza, fisica o mentale, che "ancora tortura non sono" da parte dello Stato. Inoltre, *repetita iuvant*: come definire i contesti di insicurezza, di emergenza o necessità atti a giustificare il ricorso all'impiego della tortura? Chi torturare? Tutto è destinato a scivolare e a tradursi in un gioco dove la tortura risulta permessa ogni qualvolta si dichiara che c'è un pericolo alla vita o all'integrità fisica di una sola persona, ma non solo. Se si tortura per sventare una "minaccia", allora anche solamente l'intenzione o la qualificazione di "persona malvagia o pericolosa" potrebbero giustificare il ricorso a tale pratica: e, a questo punto, chi si salverebbe?

6. Cosa "bilanciano" i fautori della legalizzazione della tortura?

La logica utilitarista, "benthamiana", del male minore sottende che dall'analisi costi-benefici scaturisca un risultato "positivo" in termini di utilità: non vi è traccia della necessità di preservare uno dei due interessi in gioco né, tantomeno, di salvaguardarlo. L'applicazione di tale logica allo scenario della *ticking bomb* ha fatto sì che si arrivasse ad asserire che i "costi benefici in gioco" fossero le stesse prerogative fondamentali, da una parte, del terrorista, dall'altra dei membri della collettività. C'è chi, in proposito, ha parlato di argomento giuridico della ponderazione, o bilanciamento, tra diritti fondamentali. Oggetto del giudizio di bilanciamento, dunque, sarebbero da un lato l'interesse individuale del sospettato alla propria vita ed integrità psicofisica, dall'altro quello della collettività alla sicurezza e alla salvezza di potenziali vittime innocenti: la conclusione dei fautori della legalizzazione della tortura è che "l'interesse collettivo" debba prevalere su quello del singolo, anche a costo che questo comporti il totale annientamento del secondo. Il presupposto della teorica in esame è che i diritti fondamentali non possono mai essere delle prerogative assolute: tale assunto di partenza ha come conseguenza il fatto che il loro godimento si definisce come sempre bilanciabile e che un'istanza individuale quando si scontra con un interesse collettivo (di rilievo generale) debba cedergli spazio e priorità. È impossibile non rilevare, di primo acchito, come a tale prospettiva sia sottesa una *ratio* ispiratrice di relativismo assoluto, traducibile in una concezione di bilanciamento che poco ha a che vedere con il significato etimologico del termine. Non si tratta, infatti, di articolare un giudizio di ponderazione in cui il contemperamento tra prerogative sia incardinato nei limiti dell'imprescindibile rispetto dei canoni di necessità, ragionevolezza e proporzionalità nel corso del giudizio, oltre che della necessaria legittimità dell'interesse in virtù del quale si procede, e, all'esito del quale, è indispensabile che nessuno dei diritti fondamentali in gioco venga sacrificato totalmente al fine di garantire la tutela dell'interesse confliggente. Nel postulato bilanciamento tra diritti, volto a ribadire la possibilità di un impiego legittimo della tortura, il risultato finale è la totale erosione della tutela dell'integrità, fisica e mentale, del torturato, la quale viene ad essere un bene totalmente azzerabile, riducendosi ad essere concepita come "assolutamente sacrificabile". Si tratta di un bilanciamento che bilanciamento non è, ma piuttosto è un giudizio di prevalenza, in termini assoluti.

¹²⁶ «[...]the weakness of the argument has always been that those who choose lesser evil forget very quickly that they choose evil», H. Arendt, *Personal Responsibility Under Dictatorship*, in Id., J. Kohn, *Responsibility and Judgement*, Schocken Books, 2003, p. 36.

¹²⁷ Si ricorda che Brugger arriverà proprio ad affermare che in capo agli ordinamenti sussiste un "dovere" di ricorrere alla tortura in contingenze estreme come quelle della *ticking bomb*, finalizzato a garantire la sicurezza e l'incolumità della popolazione innocente in pericolo. Si veda W. Brugger, *May Government Ever*, cit., pp. 661 ss.

¹²⁸ J. Waldron, *Torture*, cit., pp. 1734 ss.

Occorre, inoltre, rilevare che nelle carte internazionali e sovranazionali aventi ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali vi è un “nocciolo duro” di diritti la cui tutela è definita come necessariamente inderogabile in qualsiasi contingenza: il divieto di tortura, si ricorda, appartiene storicamente a queste prerogative. Se la teoria del “bilanciamento” venisse dunque recepita *in toto*, si giungerebbe ad assistere all’erosione dei *core rights* al centro dei principali documenti in materia di diritti umani, oltre che al progressivo affermarsi del *leitmotiv* del **tutto diviene merce quantificabile e sacrificabile**, anche la sfera più intima ed intangibile degli individui. Lo scenario che si aprirebbe, muovendosi in tale ottica, è quello di uno Stato che domina sul suo popolo: dove nessuno è veramente sicuro, poiché nessun diritto gli è veramente ed effettivamente garantito, ma di fatto ogni diritto verrebbe ad essere una “concessione”. La stessa scolastica distinzione tra regole e principi ci ricorda che i diritti fondamentali e inderogabili degli individui, che costituiscono il “cuore” dei documenti internazionali in materia di diritti umani e delle costituzioni, in quanto tali, appartengono non solo alla prima ma anche alla seconda categoria. Da questo si desume che il divieto di tortura, in quanto rientrante tra le menzionate prerogative fondamentali di ciascuna persona, assume un valore supremo che comporta che debba necessariamente essere assoluto e mai contemperabile con qualsivoglia esigenza, sia essa individuale o collettiva.

La verità, infatti, è che il “bene”, che si asserisce essere bilanciabile quando si parla di tortura, è la dignità stessa del sospetto terrorista. Non è un caso se Brugger, nella teorizzazione della sua *Rettungsfolter* parla di “bilanciamento tra dignità”¹²⁹, evidenziando un conflitto tra la dignità del terrorista e quella delle vittime del suo attacco¹³⁰. Secondo Brugger l’ordinamento non dovrebbe esitare e scegliere di tutelare esclusivamente la seconda delle due dignità in contrasto: “inumano” è pertanto l’apparato normativo che non consente ai rappresentanti dello Stato di operare questa

¹²⁹ In estrema sintesi, si rileva che la peculiarità della teorica di Brugger e, in generale, del dibattito tedesco sulla tortura di salvezza, risiede proprio nel fatto che i termini con cui le argomentazioni si sviluppano chiamano direttamente in causa concetti quali lo Stato di diritto e la dignità umana. Brugger arriverà addirittura a teorizzare che nell’ordinamento vi è una lacuna, in quanto dovere dello Stato dovrebbe essere non solo quello di garantire la dignità dei consociati, ma anche di proteggerla da possibili attacchi da parte di terzi. Pertanto, in scenari emergenziali quali quello della bomba a tempo, lo Stato dovrebbe avere in capo un vero e proprio dovere di torturare il terrorista. Il fatto che la normativa interna ed internazionale impedisca l’agire statale in tal senso, in situazioni estreme (come quella dell’intervento atto a fermare il criminale che sta mettendo in pericolo la vita di una o più persone) in cui l’ordinamento consente di derogare all’inviolabilità della vita umana, “liceizzando” l’omicidio, è letto dal giurista come una “contraddizione” all’interno degli ordinamenti. Il giurista tedesco si domanda perché non si permetta allo stesso modo il ricorso alla tortura, spingendosi sino a rilevare che è disumano il fatto che sia previsto, a livello interno, ma anche e soprattutto nella normativa internazionale, un divieto di tortura non derogabile, che impedisce all’ordinamento di intervenire per salvare delle vittime innocenti. Tuttavia, la lacuna a cui Brugger fa riferimento, è lui stesso ad affermarlo, non è “dunque e in realtà” una lacuna giuridica, ma morale, pertanto *in primis* si deve rilevare che un’argomentazione, presentata come giuridica, giuridica non è. Inoltre, questa visione della moralità “capovolta” risulta criticabile anche sul piano logico: gli unici contesti in cui è possibile una giustificazione morale e dove si postulano, addirittura, come si avrà modo di osservare, un dovere di torturare in capo agli Stati, richiedono la rievocazione di scenari ipotetici che concernono situazioni al limite dell’apocalittico (si fa appello a situazioni di pericolo estremo, di scenari catastrofici, di quantità innumerevoli di vite innocenti destinate ad essere spezzate). Lo scenario che si rappresenta è dunque un *background* estremo, nel quale nessuna inibizione morale potrebbe esistere. Dinanzi alla strage dell’umanità qualunque azione, se si razionalizza la dignità umana, potrebbe divenire ammissibile: anche lo stupro di un bambino o l’ingiustificata violenza su un disabile. In tale contesto si aprono le porte alla moralizzazione di qualsiasi condotta: se si naviga nell’assurdo non c’è legge che tenga, ma solo irrazionalità, che è di per sé antitetica e contrastante con la stessa legalità. Asserito questo, il giurista tedesco procede spostando la sua attenzione sulla natura dei diritti fondamentali e sul fondamento istituzionale dello Stato di diritto. E, con questo passaggio, Brugger arriva addirittura a postulare il “dovere” dello Stato di intervenire con la tortura di salvezza: egli rileva che il principio di dignità umana, costituzionale e non bilanciabile, comporta che gli organi dello Stato non solo hanno il dovere di astenersi dal violarla, ma anche l’obbligo di proteggerla attivamente da possibili violazioni perpetrate da terzi.

¹³⁰ *Würde gegen Würde*, dignità contro dignità. Cfr. W. Brugger, *May Government Ever*, cit., pp. 671-672. Per un approccio critico: M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., p. 31 e R. Mele, *Tortura e vita*, cit., pp. 93 ss.

decisione, la quale, sebbene estrema, è necessaria e doverosa. La falla nel ragionamento di Brugger risiede tuttavia nell'assunto che la dignità possa essere un bene quantificabile e bilanciabile: ciò non è concepibile sia in quanto l'essenza stessa della dignità è retta dal principio dell'uguale dignità dell'essere umano (non bilanciabile, appunto), sia in quanto il principio di dignità assurge al rango di norma suprema, dal cui riconoscimento discende quello di tutte le prerogative fondamentali degli individui¹³¹. Non può esserci un bilanciamento di dignità: se si operasse, infatti, si metterebbe in gioco la dignità stessa, come essenza della persona, come nucleo intangibile di personalità che ci consente di definirci umani. Se si priva l'uomo, meglio un uomo, della sua dignità **si toglie ad esso la sua stessa umanità**: e questo non può essere né lecito, né, tantomeno, legittimo. La non bilanciabilità della proibizione della tortura, di conseguenza della non derogabilità della dignità umana, è altresì confermata anche dalla, già menzionata, scelta della formulazione del divieto di tortura, che viene adottata nelle fonti internazionali e sovranazionali. In essa, infatti, la proibizione della tortura risulta essere "protetta e rafforzata" dalla presenza dei limitrofi trattamenti inumani e degradanti, universale (rivolta alla tutela di chiunque) e inderogabile (nemmeno in casi di eccezionale urgenza); si ricordano tanto l'art. 15¹³² della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.) e l'art. 4¹³³ del Patto di New York sui diritti civili e politici del 1966, quanto l'art. 2, par. 2¹³⁴, della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

¹³¹ Come ricordato recentemente da Ferrajoli, la giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca identifica la dignità come un «valore "fondativo" supremo, inviolabile, non derogabile né bilanciabile con altri valori»: è il «postulato morale che implica ed è implicato da tutti gli altri principi etico-politici costituzionalmente stabiliti, a cominciare dai diritti fondamentali, sia di libertà che sociali, e conseguentemente dell'uguaglianza, che altro non è che l'uguaglianza in tali diritti». L. Ferrajoli, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 1, 2019, p. 23.

¹³² Si riporta il testo dei parr. 1 e 2 dell'art. 15 C.E.D.U.: «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 par. 1 e 7». Come noto all'art. 3 della Convenzione è postulato il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti, mentre, rispettivamente, all'art. 2 è annoverato il diritto alla vita, all'art. 4 il divieto di schiavitù e di lavoro forzato obbligatorio. e all'art. 7 il principio di legalità e non retroattività in materia penale. Per approfondire si rimanda a C. Zanghi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 3ª ed., Giappichelli, 2013, pp. 185 ss. e al recente contributo di S. Preziosi, *Il delitto di tortura tra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2019, pp. 1765 ss.

¹³³ L'art. 4 del Patto di New York sui diritti civili e politici, dispone, infatti che, in situazioni di particolare emergenza, ovvero in caso di pericolo pubblico eccezionale che minaccia l'esistenza della nazione, la possibilità di disporre misure derogatorie rispetto al contenuto previsto dalle sue disposizioni, nei limiti in cui queste risultino giustificate dagli scopi per i quali sono adottate e non implicino discriminazioni di razza, sesso, colore, lingua, origine sociale, ribadendo che la predetta possibilità di deroga non è invocabile allorché sia riferita ai *core rights* del Patto, tra cui figura anche il divieto di tortura come postulato all'art. 7 del medesimo. Gli altri diritti inderogabili menzionati dalla citata disposizione sono: il diritto alla vita (art. 6), il divieto di schiavitù (art. 8), il divieto di arresto per debiti (art. 11), l'irretroattività della legge penale (art. 15), il diritto al riconoscimento della personalità giuridica (art. 16), il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18). Per il testo completo del Patto sui diritti civili e politici si rimanda al sito dell'ONU: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf.

¹³⁴ «1. Ogni Stato Parte prende provvedimenti legislativi, amministrativi, giudiziari ed altri provvedimenti efficaci per impedire che atti di tortura siano compiuti in un territorio sotto la sua giurisdizione. 2. Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura. 3. L'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato in giustificazione della tortura», art. 2 CAT (corsivo aggiunto). Si osserva, anche, che al par. 3 il legislatore della Convenzione ha ribadito che l'ordine del superiore non può giungere a scriminare la commissione di un atto di tortura.

7. Imperfette (inammissibili) analogie.

Il ragionamento analogico, anch'esso richiamato per articolare le istanze per la legalizzazione della tortura, si instaura a partire dalla constatazione che nel diritto interno, sovranazionale ed internazionale si conoscono e si prevedono casi in cui la forza dello Stato può essere legittimamente impiegata anche se ha come conseguenza la morte di un individuo, pertanto si osserva come sia "inconcepibile" il fatto che la medesima forza non possa altrettanto essere utilizzata al fine di torturare, considerando dunque la tortura, di fatto, un male, sì ingiusto, ma comunque di minor rilievo rispetto alla morte. Lo schema analogico, dunque, generalmente si struttura operando una (impropria) equiparazione tra la messa in pratica della tortura e l'omicidio del criminale ad opera della forza pubblica, legittimato dall'ordinamento qualora avvenga per fronteggiare la messa in pericolo di un'altra vita umana. In tale visione, la tortura costituirebbe un'offesa di pari, se non addirittura di minor rilievo, in quanto rispetto alla privazione della vita si ritiene non incida in modo "così definitivo" sull'integrità psicofisica dell'individuo che la subisce. Chi ricorre a tale argomento pone la suggestiva domanda: se è lecito uccidere – in tali circostanze – perché non lo è torturare? A risultare cedevole, nella proposta riflessione analogica, innanzitutto è il presupposto secondo il quale la tortura è un'offesa pari se non più lieve dell'omicidio. Si ritiene, sulla falsariga di quanto suggerito da importanti voci in dottrina¹³⁵, che esiste un contro-argomento fenomenologico che ci ricorda quanto la tortura sia un "morire vivendo", peggiore della morte stessa. L'uomo è in grado di percuotersi, si pensi a forme di masochismo, di segregarsi, si pensi alla coercizione che si esercita su se stessi sottoponendosi volontariamente ad uno *status* di clausura, persino di togliersi la vita, altrimenti il suicidio non sarebbe un fenomeno conosciuto: pertanto "può" essere chiesto ad un individuo di realizzare su se stesso ciascuna di queste pratiche e, anche se non con piacere e benevolenza, egli riuscirebbe a portarle a termine. Lo stesso individuo, però, dinnanzi alla richiesta di autoinfliggersi tortura, non ci riuscirebbe¹³⁶: c'è una soglia di sopportabilità del dolore e della sofferenza, fisica e mentale, che non siamo in grado di superare volontariamente. Quella soglia è l'anticamera della tortura: possiamo toglierci la vita, ma non violare la nostra essenza con un atto di tortura.

Se non bastasse il già eloquente contro-argomento fenomenologico, si deve osservare che ritenere che la **minore gravità** della tortura risiederebbe nel suo non essere "definitiva", come la morte, non tiene conto della dannosità dell'atto di tortura, in cui è insita una gravità inumana, che ne rende l'idea come di un qualcosa assai più atroce e insostenibile della fine dell'esistenza: l'acutezza dei dolori e dei patimenti inflitti con tortura è gravissima di per sé, indipendentemente dal fatto che dalla tortura derivi il decesso della vittima. Inoltre, vi sono inesattezze anche nell'idea che la tortura sia un qualcosa di meno "definitivo" della morte: i fautori di tale argomentazione parlano di possibilità per la vittima di torture di avere una futura *happy life*¹³⁷, come se la sopravvivenza ad un supplizio "interminabile" fosse

¹³⁵ Quella a seguire è una riflessione estrapolabile dalla posizione espressa da La Torre, il quale presenta tale linea di ragionamento in risposta alla c.d. *tesi della mostruosità morale* come via per legittimare l'impiego della tortura. Per approfondire rimandiamo a M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., pp. 32 ss.

¹³⁶ «La tortura sfugge ad ogni esercizio di universalizzabilità materiale: nessuno può accettare d'essere torturato a sua volta. In ogni caso la tortura è vissuta da colui a cui la si infligge come un atto di violenza *intollerabile*, come abuso ed eccesso. E deve essere vissuta come tale se vuole essere per l'appunto tortura, tormento *irresistibile*, pratica efficace di annullamento della volontà. La tortura non potrebbe mai passare il *test* della universale accettabilità che ci fornisce un criterio più o meno ultimo di moralità. Dal punto di vista di chi usa e applica la tortura questa a sua volta nuovamente si definisce come eccesso ed abuso». M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., pp. 191-192.

¹³⁷ Come riportato in A. Grierson, *Understanding the Evil of Torture and Defusing the Ticking Bomb: Torture in Defence of Rights*, in *UCL Jurisprudence Review*, 2007, pp. 155 ss. Anche se l'Autore, che ritiene di avere una posizione intermedia tra l'utilitarismo e la visione "dogmatica" di coloro che postulano l'assoluta inderogabilità della tortura, nel suo contributo mira a proporre un possibile terreno di incontro tra divieto assoluto di tortura, come postulato a livello internazionale, e riconoscimento di derogabilità in contesti connotati da particolare emergenza. In tale prospettiva, viene dedicata particolare attenzione alla dimostrazione del fatto che la tortura sia un male più grave della morte, prendendo come modello da confutare il pensiero di S. Miller, il quale, viceversa, argomenta a favore della maggior gravità della morte. Una *summa* del pensiero di Miller è rinvenibile

priva di ripercussioni sul corpo e sull'anima di chi la subisce, come se la "vita biologica" e l'"autonomia" fossero gli unici canoni di valutazione e non rilevassero le continue ricadute psicofisiche che la persona che ha subito tortura continuerà ad avere per il resto dell'esistenza¹³⁸. La morte, per quanto sia un evento doloroso e carico di sofferenza, è un fatto "naturale", che fa parte dell'esistenza umana, il che la rende concepibile e, conseguentemente, accettabile, anche nei casi più disperati come quelli di un decesso prematuro: ciò che non può essere invece mai superato è il subire una violenza, cieca, artificiale, gratuita, l'aver vissuto l'agonia del non sapere quanto il supplizio giungerà al termine, nella totale inconsapevolezza del "se mai ci sarà una fine". Se della morte, inoltre, possono esistere accezioni non totalmente negative, concezioni in cui il decesso viene ad assumere un'idea quasi liberatoria, si pensi ad esempio al tema dell'eutanasia, la tortura, al contrario, non ha mai un'accezione "positiva"; in qualsiasi prospettiva si tenti di proporre una lettura è per definizione l'annientamento dell'umanità dell'individuo, la "riduzione a cosa" della vittima, con la messa in pratica di un vero e proprio processo atto ad elidere il suo essere persona e a far divenire il suo corpo oggetto di inflizione di sofferenza arbitraria da parte del torturatore. È un'azione talmente carica di disumanità che anche coloro che la pongono in essere subiscono le sue conseguenze: il torturatore supera ogni limite dettato dall'empatia e viola con la sua condotta la globalità dei principi che dominano le relazioni umane¹³⁹.

8. L'incompatibilità tra legalità e tortura. Il rapporto tra male e diritto.

E se tutto questo non avesse convinto, poniamoci una domanda: ammesso che si possa torturare, chi tortureremmo? Il rischio della tortura dell'innocente è un punto critico insuperabile dello scenario ipotetico della *ticking bomb*. Ma "quale innocente"? Se il terrorista dei nostri esempi non parlasse, magari, potremmo pensare che sottoporlo alla visione di una scena abominevole, come la tortura di un bambino, potrebbe portarlo ad avere un cedimento, quindi a parlare. O perché no: di una persona anziana oppure di un animale? Saremmo disposti, noi, uomini e società ad accettare tutto questo per una paventata sicurezza? Oltre a ciò: aperta la cesura della legalizzazione, chi sarebbe veramente sicuro di poter dire che la tortura non lo riguardi ora e sia un rischio che non lo riguarderà mai in futuro? Se la tortura diviene abituale strumento informativo, una prassi, chiunque potrebbe essere torturato: i criteri per la scelta dei detentori delle informazioni sono destinati inesorabilmente ad espandersi. Magari all'inizio sarebbero "i parenti del terrorista", poi "gli amici", dopo "gli amici degli amici" per finire ai "meri conoscenti": si aprirebbe un circolo infinito. Poi, poniamoci la domanda, più volte ribadita: e sarebbe veramente utile la tortura? Fin da Aristotele è stata evidenziata la sua incapacità di condurre al vero. E, ragionando per assurdo, ammesso che lo faccia, ammesso che l'informazione a cui si giunge sia effettivamente veritiera: siamo certi che l'evento che abbiamo mosso a giustificazione della tortura non si verificherà? Per poi concludere è inevitabile appellarsi ad un'argomentazione retorica solo in apparenza: uno Stato che tortura è ancora uno Stato di diritto?

L'idea di uno Stato di diritto raffigurato in questi termini rimanda ad una concezione prettamente ed esclusivamente giuspositivistica dello stesso; se, al contrario, si pensa allo Stato di diritto in chiave normativistica l'incompatibilità con i principi fondanti dell'ordinamento è manifesta. Lo Stato, infatti, in una prospettiva normativistica per potersi dire "di diritto" deve presupporre da un lato il riconoscimento della piena autonomia e dignità degli individui, dall'altro la presenza di un potere pubblico limitato, non sconfinato. La dignità, quale principio fondante, di rango supremo, delle costituzioni e di conseguenza degli stessi ordinamenti costituiti si configura come il limite invalicabile e strutturale rispetto a qualsiasi tentativo di legalizzazione di forme di esercizio arbitrario e sconfinato del potere statale, tra le quali, senza ombra di dubbio, rientra anche la potestà di esercitare atti di

nel suo contributo per la voce "Tortura", nella Sanford Encyclopaedia of Philosophy (online al link: <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>). S. Miller, *Torture*, in *Sanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2006.

¹³⁸ Sul punto un'interessante riflessione in M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura*, cit., pp. 78 ss.

¹³⁹ Cfr. Amnesty International, *Amnesty International Report*, 1978, Amnesty International Publications, 1979, p. 65.

tortura a danno dei consociati. Il rapporto di affidamento cittadino-Stato, al contrario, quando si invoca il ricorso alla tortura al fine di garantire “sicurezza”, viene ridotto a configurarsi come una relazione dominata dalla capacità dello Stato stesso di garantire “sicurezza ai cittadini”: laddove la sicurezza viene presentata non come una finalità, come un obiettivo di interesse generale da perseguire, ma come un bene giuridico, dalla cui tutela dipende il godimento di tutti gli altri diritti fondamentali da parte dei consociati. È un’ottica logicamente sbagliata nei presupposti, che non può che condurre a conclusioni “deviate”: la sicurezza viene eletta al rango di principio supremo, assume i connotati di diritto inviolabile, mentre in realtà è sì un interesse, costituzionalmente garantito, che l’ordinamento deve perseguire, ma non un presupposto alla base delle prerogative inviolabili dell’uomo¹⁴⁰. Ne segue che nello Stato di diritto l’appartenenza allo Stato del monopolio della forza non può essere tradotta nella constatazione che esso possa esercitare arbitrariamente e illimitatamente **qualsiasi forma** di violenza a difesa di un paventato interesse generale: la natura della violenza che caratterizza la tortura è diversa da quella che gli ordinamenti fanno ricadere nell’area dell’uso legittimo della forza. La violenza della tortura è una violenza “intima”, che mira a disintegrare interiormente la persona che la subisce, non è una “violenza-reazione” come quella che le norme sullo stato di necessità o sulla legittima difesa, e, in generale, sull’uso legittimo della forza consentono. La tortura è «come uno stupro»¹⁴¹: la vittima di tortura è infranta, spezzata. Il torturatore “entra” nel torturato erodendo la sua dignità, togliendogli ogni parvenza di umanità, mercificandone il corpo e l’anima. Non ci può essere equiparazione di alcun tipo tra tortura e qualsivoglia forma di impiego di forza statale per eseguire una sanzione legittima: la coazione non può mai essere equiparata alla tortura.

Da qui giungiamo al vertice delle nostre constatazioni: la tortura disintegra lo Stato di diritto ed è in antitesi con la legalità¹⁴². Non può esserci, né può essere pensata, mai, alcuna forma di tortura legale. Lo Stato che ammette e legittima la tortura nega la soggettività giuridica dei suoi consociati¹⁴³: essa infatti può esistere solo se i cittadini sono tali e non sudditi, solamente se essi sono individui liberi nella loro volontà ed autodeterminazione e riconosciuti nella loro dignità. Entrambi attributi che la tortura nega: a chi subisce tortura si toglie sia la dignità che l’autonomia, violando la sua propria volontà. E quando si parla di antitesi con la legalità ci riferiamo *in primis* alla intrinseca contrarietà di un’azione aberrante, smisurata ed imprevedibile come quella del torturatore, con qualsiasi forma di legittimazione, che richiede comunque la presenza di un confine tracciabile e prevedibile dell’azione

¹⁴⁰ Sul ribaltamento della funzione della sicurezza, si veda F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2006, pp. 666 ss. Ove, nell’ambito di discorso non dedicato al tema della legalizzazione della tortura, ma all’analisi delle misure di diritto penale adottate dagli ordinamenti per fronteggiare il terrorismo internazionale, viene ribadito quanto segue: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po’ simile al valore dell’“obbedienza come tale” di antica memoria [...] Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza. Se a tutto ciò si aggiunge che il diritto alla sicurezza viene elevato a presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali, così da attribuire ad esso una sorta di primato, ne risulta profondamente alterato il giudizio di bilanciamento con i diritti di libertà. In sostanza, il diritto alla sicurezza diventa potenzialmente onnivoro rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali [...]. L’esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell’intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali [...]».

¹⁴¹ M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., p. 127.

¹⁴² In tal senso anche A. Pugiotto, *Repressione penale*, cit., pp. 130-131.

¹⁴³ «La tortura non è compatibile con lo Stato di diritto, poiché mediante questa è aggredito l’individuo nella sua capacità d’essere soggetto giuridico, anzi al limite questi è spezzato e distrutto come individuo autonomo», J. P. Reemtsma, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburger Edition, 2005, p. 125, nella traduzione presente in M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 198. Quando si parla di tortura legale, infatti, «sul piatto della bilancia non ci sono, semplicisticamente, “dignità del colpevole” contro “dignità della vittima”. La posta in gioco è diversa e per certi versi più alta. Il sacrificio della dignità del colpevole comporta il sacrificio di una serie di principi fondamentali, che non possono essere sviliti a funzioni ordinamentali superabili con la retorica dei casi estremi», A. Nisco, *Sul divieto assoluto*, cit., p. 63, che rileva come la revisione del principio di assolutezza della proibizione della tortura comporterebbe una «contraddizione insostenibile» per lo Stato di diritto, in quanto è un principio identitario che assurge al rango di fondamento dello Stato di diritto stesso.

che si mira a rendere legale; *in secundis* alla impossibilità, stante il principio di stretta legalità penale, di creare all'interno dell'ordinamento spazi in cui inserire le clausole di legittimazione della tortura.

Con un ultimo passaggio conclusivo torniamo un'altra volta a guardare alla morale. La tortura è stata definita come "l'impensabile morale", tanta è la carica distruttiva e di insostenibilità che la mente le associa quando viene rievocato il suo concetto. Parlare di tortura macchia la coscienza di chi la nomina: si è pervasi da un senso di ribrezzo, di disgusto, di vergogna¹⁴⁴, appunto. Tentare di renderla moralmente accettabile, al fine di prepararne il terreno per la legalizzazione, significa chiedere alla mente umana di compiere uno sforzo enorme: piegarsi a rendere concepibile un qualcosa che di per sé si vorrebbe allontanare. Moralizzare la tortura vuol dire appellarsi alla "nolontà" degli individui: chieder loro di annientare la loro stessa coscienza e volontà, poiché è un passaggio indispensabile per forzare la morale ad accettare l'inaccettabile. Tuttavia, la pericolosità delle teorie che a questo "vuoto morale" si appellano è stata al suo tempo messa in evidenza magistralmente dalla Arendt: «Dalla nolontà o incapacità di scegliere i propri esempi e la propria compagnia, così come dalla nolontà o incapacità di relazionarsi agli altri tramite il giudizio, scaturiscono i veri *skandala*, le vere pietre d'inciampo che gli uomini non possono rimuovere perché non sono create da motivi umani o umanamente comprensibili. Lì si nasconde l'orrore e al tempo stesso la banalità del male»¹⁴⁵.

Si tratta di un male che i filosofi del diritto hanno spesso sottolineato essere un elemento di forte attrazione per il diritto stesso. Esistono infatti due approcci teorici al rapporto tra diritto e male. Il primo che ne evidenzia la stretta connessione e che si radica su una concezione del diritto ispirata al giuspositivismo, atta a vedere il diritto come un comando scisso radicalmente dalla morale. In tale visione prospettica la connessione tra diritto e male si attua o può potenzialmente attuarsi: vuoi per la natura coercitiva del diritto, vuoi perché esso esprime il dover essere, vuoi perché la sua stessa esistenza presuppone che il male esista e, infine, perché l'attività stessa del giudicare implica un superiore ed un soccombente. Diversamente, le correnti filosofiche non positivistiche, evidenziano che accanto alla componente "fattuale" del diritto è presente quella "normativa"¹⁴⁶, elaborando linee di pensiero in cui diritto e morale sono ambiti strettamente connessi¹⁴⁷. Senza entrare nel merito delle due linee di pensiero, non resta che, ancora una volta, riferirci alla lezione di Hannah Arendt, la quale ci ricorda che la lontananza del diritto dal male è sancita solo se esso ha come dovere primario quello di garantire la realizzazione dei beni e delle prerogative fondamentali degli individui a cui si rivolge¹⁴⁸. Il diritto, in tale ottica, inoltre, è volto al progresso, al miglioramento della società che regola: mentre il male affonda nella sua reiterazione la sua stessa forza¹⁴⁹. Il diritto rispetto al male, dunque, può essere tanto uno strumento atto a fronteggiarlo, quanto un mezzo per realizzarlo¹⁵⁰. Esserne consapevoli è il primo passo da compiere per evitare la seconda delle due strade: rinvenire nella

¹⁴⁴ «È disperante e vergognoso dover rivolgere la nostra attenzione a questo tema», così Jeremy Waldron riferendosi alla tortura. J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1683.

¹⁴⁵ H. Arendt, *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, 2015, p. 112.

¹⁴⁶ In particolare, sostenuta dal normativismo e dal giusnaturalismo.

¹⁴⁷ «Il diritto è lontano dal male, perché è connesso pragmaticamente e proiettato anche concettualmente verso l'idea di giustizia. Una decisione giudiziaria che si concludesse con "e ciò è male" sarebbe tanto e forse più assurda di quella che contenesse la clausola finale "e ciò è ingiusto". Sarebbe affetta inevitabilmente dal vizio della contraddizione performativa. Logicamente può funzionare, ma non ha senso. È inaccettabile pragmaticamente». M. La Torre, *Diritto e male. Un'approssimazione*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, fasc. 2, 2013, p. 261.

¹⁴⁸ H. Arendt, *Le origini*, cit., pp. 633 ss. Il riferimento è all'analisi presentata dalla filosofa in cui è descritta la concezione totalitaria del diritto.

¹⁴⁹ M. La Torre, *Diritto e male*, cit., p. 262.

¹⁵⁰ Impossibile non citare, nuovamente, la Arendt: basti pensare a quanto trapela dalla descrizione del processo di Otto Adolf Eichmann a Gerusalemme, descritto nel *La banalità del male*. «(Eichmann) Alla polizia e alla Corte disse e ripeté di aver fatto il suo *dovere*, di aver obbedito non soltanto a *ordini*, ma anche alla *legge*». *I doveri di un cittadino ligio alla legge*, in H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli, 2017, p. 142.

costituzione e nell'invulnerabilità della persona ivi sancita¹⁵¹ il presupposto e il mezzo per assicurarsi che il legislatore non devii da tale linea è la metodologia da seguire. Non si aggiungeranno ulteriori considerazioni, se non un breve invito a pensare quanto, alla luce di ciò, la scelta di rendere la tortura legale muoverebbe in un senso, piuttosto che in un altro: in tutte le teorie che legittimano la tortura, a prescindere dall'argomentazione a cui si fa ricorso, il diritto si delinea come una forza abusiva, non troppo distante dal male.

9. L'impossibile legalizzazione passa anche dagli "effetti concreti".

Se quanto rilevato sino ad adesso sembrasse eccessivamente "astratto", filosofico, distante dal forte impatto emotivo che lo scenario ipotetico della *ticking bomb* rievoca nel subconscio degli uomini, non resterebbe (e non resta) che porsi un nuovo interrogativo: quello di cui abbiamo trattato viene a configurarsi come un dibattito "accademico e filosofico", distante dalla "realtà vera", oppure i riflessi sociali e culturali di tali istanze stanno già attecchendo, o ancora di più, vi è un contesto generale in cui l'idea di diritto penale del nemico, di visione *a-kantiana* dell'uomo, che diventa mezzo, è già diffusa? Si tratta di domandarsi se le teorie analizzate e le conseguenze pratiche che potrebbero derivare da una loro attuazione, a prescindere dalle insanabili falle che le caratterizzano e che sono state evidenziate, possano di fatto trovare un terreno sempre più fertile per maturare: vista la presenza di un contesto in cui il terrorismo globale si mischia ad una sempre più crescente precarietà, economica e valoriale, del mondo occidentale. E in tutto ciò: quale futuro per lo Stato di diritto, per la tutela delle prerogative fondamentali dell'individuo e per il diritto penale costituzionalmente orientato? La risposta immediata, efficace quanto vera, alla serie di interrogativi sovra-esposti può essere un lapidario: "non sopravvivono". Si è già avuto modo di ribadire quanto l'atto di tortura sia l'indicibile morale che si estrinseca attraverso l'annichilimento totale della persona che lo subisce, al contempo si è rilevato quanto uno Stato che tortura per definizione sia antitetico ad uno Stato di diritto: ciò che viene a mancare è l'essenza stessa del patto sociale che di quest'ultimo è fondamento e, di conseguenza, sono minati alla radice i principi fondamentali che lo sorreggono, *in primis* il principio di legalità.

Eppure, nonostante questi rilievi netti e non riducibili, siamo dinnanzi ad un dibattito tutt'altro che sopito. Nel 2016, il 63% dei cittadini americani intervistati, nell'ambito di un'analisi statistica condotta da Ipsos, nel contesto del *post* attentato terroristico di Bruxelles, avvenuto nel medesimo anno, ha dichiarato di ritenere che la tortura a danno dei sospetti terroristi, volta ad ottenere da questi delle informazioni, può essere giustificata «*often or sometimes*»¹⁵². Dati che assumono una connotazione di particolare gravità se rapportati alle indagini effettuate sull'ultimo quinquennio da Amnesty International, dalle quali emerge che sono stati raccolti rapporti in materia di casi di tortura in 141 nazioni (dunque in 3/4 dei Paesi del mondo)¹⁵³. Non è questa la sede per scendere nella descrizione del dettaglio delle vicende relative ai singoli Paesi: tale dato si interpreti sia come un monito che come un motivo per ribadire quanto tentare di proporre la legalizzazione di ciò che ancora dovrebbe essere combattuto non solo è inaccettabile, ma anche una temibile *slippery slope* che il giurista positivo ha il dovere di combattere e fermare, ricordandosi e rammentandosi che la proibizione della tortura, dunque, non è solamente una norma assoluta e trasversale, ma un principio

¹⁵¹ «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», art. 2 Cost.

¹⁵² Cfr. A.D. Jacobson, *Could the United States Reinstitute an Official Torture Policy?*, in *Journal of Strategic Security*, vol. 10, n. 2, 2017, pp. 97-118. DOI: <http://doi.org/10.5038/1944-0472.10.2.1568>. L'analisi statistica di riferimento è quella condotta nel 2016 da Ipsos, "Ipsos Poll Conducted for Reuters, Brussels Topline 3.28.2016," *Ipsos Public Affairs*, 28/03/2016 <https://graphics.thomsonreuters.com/16/Ipsos-Brussels.pdf>.

¹⁵³ Si veda la sezione del sito di Amnesty International specificatamente dedicata alla tortura, dove vengono esposti i dati a disposizione della ONG, al link <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/torture/>.

che fa da *archetipo*¹⁵⁴ all'essenza stessa degli ordinamenti, nati e cresciuti nella culla della dottrina liberal-democratica, dalla cui affermazione dipende l'essenza stessa di uno Stato di diritto.

Riecheggiano, dunque, come un monito, le parole dal delegato del Regno Unito M. Cocks, pronunciate, nell'ambito dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, in sede di redazione del testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950: «(l'Assemblea Parlamentare)¹⁵⁵ ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato»¹⁵⁶.

Bibliografia.

- Aa.Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Giappichelli, 2016.
- S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting Torture. Essays on the ethics, legality, history, and psychology of torture today*, University of Chicago Press, 2018.
- H. Arendt, *Personal Responsibility Under Dictatorship*, in Id., J. Kohn, *Responsibility and Judgement*, Schocken Books, 2003.
- H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, 2009.
- H. Arendt, *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, 2015.
- H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli, 2017.
- Aristotele, *Retorica*, in *I classici del pensiero. Aristotele. Volume secondo*, Mondadori, 2008, pp. 859 ss.
- A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, in *mfa.gov.il*, 2 gennaio 2005.
- S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2001, pp. 49 ss.
- R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, 2008.
- R. Bartoli, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. Wenin, G. Fornasari (a cura di), *Diritto penale e modernità. Atti del convegno - Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza (Università degli Studi di Trento), 2017, pp. 49 ss.
- R. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 1, 2019, pp. 17 ss.
- J.R. Bolton, *Is There Really Law in International Affairs?*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10, n. 1, 2000, pp. 1 ss.
- W. Brugger, *May Government Ever Use Torture. Two Responses from German Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, pp. 661 ss.
- J.H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- S. Buzzelli, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2013.

¹⁵⁴ Esattamente come ribadito in J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1687: «I want to defend the proposition that torture is utterly repugnant to the spirit of our law [...] the rule against torture operates in our law as an archetype that is, as a rule which has significance not just in and of itself, but also as the embodiment of a pervasive principle».

¹⁵⁵ Parentesi aggiunta.

¹⁵⁶ S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2001, p. 50. Nel corso della predetta assemblea il delegato inglese, oltre a ribadire la necessaria assolutezza della proibizione della tortura, rilevò anche a proposito della sussistenza pratica della tortura: «it would be better even for society to perish than for it to permit this relic of barbarism to remain», J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1710.

- P. Calamandrei, *Postilla a F. Carnelutti. A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. Proc.*, vol. 1, 1952, pp. 238 s.
- S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Il Mulino, 2017, pp. 557 ss.
- F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. 2, Edizioni dell'Ateneo, 1947.
- F. Carnelutti, *A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. proc.*, vol. 1, 1952, pp. 234 ss.
- F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Morano Editore, 1960.
- P.P. Casale, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art 613 bis c.p. Il (discutibile) recepimento del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2017, pp. 620 ss.
- E.M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Arch. Pen. web*, fasc. 1, 2019.
- A. Chiessi, G. Scardovi, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 313 ss.
- D. Cole, *Out of the shadows: preventive detention, suspected terrorists, and war*, in *California Law Review*, vol. 97, n. 3, 2009, pp. 693 ss.
- S. Contarini (a cura di), *Pietro Verri. Osservazioni sulla tortura*, 5^a ed., BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 2018.
- A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002.
- A.M. Dershowitz, *The torture warrant. A Response to professor Strauss*, in *New York Law School Review*, vol. 48, nn. 1-2, 2003, pp. 275 ss.
- A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Carocci, 2003.
- A.M. Dershowitz, «*Tortured Reasoning*», in *Torture. A Collection*, Oxford University Press, 2004, pp. 257 ss.
- F. Diamanti, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1353 ss.
- D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016.
- M. Donini, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, fasc. 2, 2009, pp. 421 ss.
- M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in «*Terrorismo e diritto penale*». *Gli speciali di Questione Giustizia. Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in www.questionegiustizia.it, Settembre 2016, pp. 113 ss.
- L. Ferrajoli, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 1, 2019, pp. 23 ss.
- G. Gioffredi, *Obblighi internazionali in materia di tortura e ordinamento italiano*, in *Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, fasc. 2, 2016, pp. 415 ss.
- E. Greppi, *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. Dir.*, Annali V, 2012, Giuffrè, pp. 467 ss.
- A. Grierson, *Understanding the Evil of Torture and Defusing the Ticking Bomb: Torture in Defence of Rights*, in *UCL Jurisprudence Review*, 2007, pp. 155 ss.
- E. Grimm Arsenault, *Donald Trump and the Normalization of Torture*, 13/11/2016, in www.lawfareblog.com.
- O. Gross, *Are torture warrant warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, in *Minnesota Law Review*, vol. 88, n. 6, 2004, pp. 1481 ss.
- E. Haslam, W. Mansell, *John Bolton and the United States' Retreat from International Law*, in *Social & Legal Studies*, n. 14, 2005, pp. 459 ss.
- A.D. Jacobson, *Could the United States Re institute an Official Torture Policy?*, in *Journal of Strategic Security*, vol. 10, n. 2, 2017, pp. 97 ss..
- M.H. Kramer, *Alan Dershowitz's Torture Warrant Proposal: A Critique*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 283 ss.
- M. Kremnitzer, *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, in *Israel Law Review*, vol. 23, nn. 2-3, 1989, pp. 216 ss.

- F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable: Torture and the Criminal Law*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev*, vol. 46, n. 3, 2015, pp. 48 ss.
- M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, 2013.
- M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, 2016.
- M. Lalatta Costerbosa, *Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della tortura*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2, 2018, pp. 19 ss.
- M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani. Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, 2007, pp. 1332 ss.
- M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, 2010.
- M. La Torre, *Diritto e male. Un'approssimazione*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, fasc. 2, 2013, pp. 255 ss.
- M. La Torre, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 271 ss.
- M. La Torre, *Riaprendo il vaso di Pandora. Il ritorno della tortura (e della mostruosità morale)*, in *Ragion Pratica*, fasc. 2, 2018, pp. 470 ss.
- F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. Dir. Internaz*, fasc.1, 2018, pp. 151 ss.
- M. Lepera, *Il requisito della proporzione tra difesa e offesa nella legittima difesa domiciliare: tra interpretatio abrogans e illegittimità costituzionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1260 ss.
- P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 10, 2017, pp. 181 ss.
- D. Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 1452 ss.
- D. Luban, *Unthinking the Ticking Bomb*, in *Georgetown Law Faculty Working Papers*, Paper 68, 2008, http://scholarship.law.georgetown.edu/fwps_papers/68.
- D. Luban, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, 2010, pp. 457 ss.
- D. Luban, *Intersections of Torture and Power*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 2, n. 15, 2014, pp. 110 ss.
- D. Luban, *Torture, Power and Law*, Cambridge University Press, 2014.
- F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Wolters Kluwer; CEDAM, 2017, pp. 233 ss.
- F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 470 ss.
- A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 1993, pp. 979 ss.
- A. Marchesi, *Le norme internazionali sulla tortura e il caso israeliano*, in *Aa. Vv., Itinerari Giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza in Abruzzo*, Giuffrè, 2007, pp. 575 ss.
- A. Marchesi, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. Dir. Internaz*, fasc. 1, 2018, pp. 131 ss.
- M. Mariotti, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 febbraio 2016.
- V. Marzocco (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Giappichelli, 2018.
- S. Miller, *Torture*, in *Sanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2006, <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>.
- M. Montagut, *Che cos'è la tortura?*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 323 ss.
- M.S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 280 ss.
- M.S. Moore, *Liberty and the Constitution*, in *Legal Theory*, vol. 21, nn. 3-4, 2015, pp. 156 ss.
- A. Nisco, *Sul divieto assoluto di tortura*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Revelino, 2019, pp. 53 ss.
- T. Padovani, *Giustizia criminale. Vol. 3: Tortura*, Pisa University Press, 2015.

- A. Pagliaro, «Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2006, pp. 2460 ss.
- F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2006, pp. 666 ss.
- R.A. Posner, *The Best Offense*, in *The New Republic*, 02/09/2002.
- R.A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006.
- R.A. Posner, *National Security and Constitutional Law. Précis: The Constitution in a Time of National Emergency*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 217 ss.
- R.A. Posner, *Rejoinder*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 275 ss.
- S. Preziosi, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2019, pp. 1766 ss.
- A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 2, 2014, pp. 129 ss.
- D. Pulitanò, *L'inquisizione non soave, tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili. Nota a Trib. Padova, 15 luglio 1983, Amore e altri*, in *Foro.it*, II, 1984, pp. 231 ss.
- D. Pulitanò, *Legittima difesa: tra retorica e problemi reali*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 4, 2017, pp. 262 ss.
- D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 5, 2019, pp. 205 ss.
- F. Resta, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. di Merito*, fasc. 12, 2006, pp. 2785 ss.
- L. Riscato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *disCrimen*, 27 luglio 2018.
- M. Ronco, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2014, pp. 799 ss.
- E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci Editore, 2018
- W.A. Schabas, *Crime of torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, nn. 2-3, 2006, pp. 349 ss.
- T. Scovazzi, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 2006, pp. 905 ss.
- G. Serges, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in *Momenti di storia della giustizia*, L. Pace, S. Santucci, G. Serges (a cura di), in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, pp. 215 ss.
- H. Shue, *Torture*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n. 2, 1978, pp. 124 ss.
- U. Steinhoff, *The Ethics of Torture*, Sunny Press, 2013.
- U. Steinhoff, *Replies*, in *San Diego Law Review*, vol. 55, n. 2, 2018, pp. 469 ss.
- F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, 2016.
- L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019.
- J. Swan, *Trump's Calls for "Hell of a Lot Worse than Waterboarding"*, in *The Hill* (<https://thehill.com/>), 06/02/2016.
- F. Trione, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale scientifica, 2006.
- A. Valentino, *La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3, 2016, pp. 367 ss.
- J.A.E. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 2005, pp. 739 ss.
- F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.
- F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2006, pp. 648 ss.
- Voltaire, *Dizionario filosofico*, in *Id., Opere*, Sansoni, 1993 (Appendice alla voce «Leggi»).

J. Waldron, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, pp. 1681 ss.

C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 3^a ed., Giappichelli, 2013, pp. 185 ss.

— Intervista a Giacomo Rizzolatti

Interview with Giacomo Rizzolatti

di Susanna Arcieri

La prima cosa che le vorrei chiedere è in realtà una curiosità. È appena uscito il suo ultimo libro¹, scritto a quattro mani assieme a un filosofo, il professor Corrado Sinigaglia; è il secondo libro che scrivete insieme.

Il quesito che allora sorge spontaneo – e che è particolarmente interessante per il nostro progetto DPU, che è fortemente transdisciplinare – è questo: perché un filosofo? Voglio dire, quale apporto le neuroscienze sono in grado di dare alla filosofia e, in parallelo, che cosa la neuroscienza può ricevere dalla filosofia, specie con riferimento al suo campo di ricerca?

Dunque, lei mi ha fatto due domande, in realtà. Cosa può dare il neuroscienziato al filosofo, ma anche l'opposto, che insegnamento può trarre il neuroscienziato dalla filosofia.

Ora, il punto di vista, non solo di Corrado Sinigaglia, ma anche di Giulio Giorello e in generale di tutta la scuola di Milano, è che ogni filosofo dovrebbe avere anche una **competenza scientifica**, che potrebbe essere di fisica, di matematica, di biologia, e così via. La filosofia infatti non è una disciplina astratta; essa, al contrario, si basa in gran parte su dati reali. Pertanto, soltanto se conosce bene – poniamo – la fisica, il filosofo potrà parlare con cognizione di causa della teoria della relatività.

Corrado Sinigaglia ha avuto un *training* in filosofia a Lovanio, dove ha potuto studiare gli **archivi di Husserl**, il padre della fenomenologia; quindi, in un certo senso, egli era già preparato ad affrontare problemi come quelli che abbiamo messo in luce con la scoperta dei neuroni specchio.

Non credo, però, che tutte le neuroscienze necessitino di un aiuto da parte dei filosofi, ma il tipo di ricerca che stiamo facendo noi è particolare, profondamente cognitiva: ha che fare con la comprensione l'uno dell'altro. Motivo per cui è importantissima **la precisione dei termini** e, in questo, la collaborazione con Corrado è stata utilissima.

Ad esempio – lo abbiamo scritto più volte, io e i miei colleghi –, se tu fai un determinato atto motorio, come quello di prendere in mano una bottiglia, io capisco – appunto – che stai afferrando la bottiglia. Per un filosofo, tuttavia, questo non è propriamente vero: filosoficamente parlando, infatti, “capire” presuppone che io sappia anche qual è la tua intenzione, quali sono i tuoi desideri. Tutta la filosofia analitica definisce il termine “comprensione” come qualcosa di molto più complesso del mero

¹ G. Rizzolatti, C. Sinigaglia, *Specchi nel cervello. Come comprendiamo gli altri dall'interno*, Raffaello Cortina, 2019.

rendersi conto di che cosa un'altra persona sta materialmente facendo, come l'atto del prendere la bottiglia.

Insomma, si tratta di un problema linguistico.

Sì, ma è un problema importante.

Di recente, ho partecipato come relatore a un convegno, a Bosisio Parini, vicino a Milano; si parlava di empatia, e tra i relatori c'era anche un abate, che a un certo punto ha detto: «l'empatia non esiste».

Da un punto di vista filosofico, effettivamente, se con "empatia" si intende "io ho capito te", l'affermazione dell'abate è corretta. Non esiste nulla del genere. Tutto quello che possiamo dire è, semmai, «**capisco in che stato sei tu, in questo momento**», ma cosa provi tu quando hai dolore, proprio non posso saperlo. Nessuno, all'infuori di te, può.

Nel mio ultimo libro, con Corrado approfondiamo anche questi aspetti: quando io dico «ho capito», occorre distinguere tra – per usare un termine inglese – il *core*, il **nucleo centrale** del capire («ho preso la bottiglia»), e tutto ciò che circonda quel nucleo. In altre parole, la ricerca sui **neuroni specchio**, e sull'empatia, non è in grado di dirmi se hai preso la bottiglia perché hai sete, o perché sei un alcolista, o perché tua moglie ti ha tradito.

Il dialogo col filosofo è quindi molto importante per precisare i termini, così da non fare confusione. Perché, attenzione, la gente fa confusione. Questo vale per gli scienziati, ma soprattutto i "laici": nel momento in cui si sentono affermazioni come: «abbiamo i "neuroni dell'empatia"», la reazione diffusa, tipicamente, suona più o meno così: «ah, bene, questo significa che siamo in grado di comprenderci l'un l'altro». È importante chiarire qual è la misura, e quindi **il limite, di questa comprensione**.

Quindi, se capisco bene, l'empatia ha a che fare più con il riconoscimento, che con la comprensione, dell'altro.

Esattamente. Per un verso, è giusto parlare di "empatia", perché quegli stessi neuroni – appunto, i neuroni specchio – si attivano sia quando sono io stesso a compiere un atto, sia quando osservo lo stesso atto compiuto da un'altra persona. Per altro verso, però, è scorretto parlare di completa "comprensione" dell'altro, perché è pur sempre il mio neurone a parlare.

Quel che in ogni caso resta vero, e che lo studio dei neuroni specchio ha dimostrato, è che io e l'altro siamo nello stesso stato. Negare questo è molto pericoloso.

Porto spesso questo esempio, per spiegare il concetto: perché una persona come **Adolf Eichmann**, che non era una persona cattiva, ha organizzato il trasporto degli ebrei? Semplicemente, perché **non li considerava esseri umani**. Il punto di vista di Eichmann era, molto banalmente: «se mi dicono di trasportare legna, o bestiame, io lo faccio; perché non dovrei trasportare anche questi esseri, che sembrano quasi uomini ma di fatto non lo sono?».

Per tornare alla domanda iniziale, direi allora che, da una parte, una conoscenza scientifica è molto importante per il filosofo, se vuole filosofare; dall'altra parte, per noi scienziati – almeno per quelli di noi che si interessano del campo cognitivo –, la filosofia è fondamentale per consentirci di precisare i nostri termini e i nostri concetti e, quindi, in definitiva, per farci chiarezza tra noi. In questo modo, naturalmente, è possibile anche far capire al pubblico di cosa parliamo.

Il problema terminologico e linguistico è spesso sottovalutato, ma è estremamente importante. Un uso scorretto del linguaggio infatti può dare origine a equivoci tremendi.

Riprendendo l'esempio di Eichmann, che cosa possono dirci i risultati delle sue scoperte e delle sue riflessioni sui neuroni specchio e sull'empatia in ordine ai processi psicologici di deumanizzazione e disimpegno morale, che si rivelano spesso una delle cause dei mali più atroci che l'uomo infligge a un altro uomo?

Si tratta di una domanda difficile, perché le cause del crimine possono essere molto diverse. Ad esempio, proprio parlando di neuroscienziati, [Adrian Raine](#) fa una distinzione tra **assassini "impulsivi"** – nel suo libro², cita l'esempio di un criminale originario dell'Oregon, la cui risonanza magnetica ha mostrato la presenza di anomalie nel lobo frontale – e assassini **"a sangue freddo"**, nei quali sono stati evidenziati *deficit* nel funzionamento dell'amigdala tali per cui questi individui non sono in grado di comprendere il concetto stesso di punizione, e quindi di rendersi del fatto che, ponendo in essere determinati comportamenti, saranno puniti.

L'idea della punizione, quindi, può rappresentare un freno al compimento di atti violenti per alcune persone, ma non per altre.

Per tornare ad Eichmann, peraltro, abbiamo a che fare con un'ipotesi ancora diversa: ci troviamo infatti nel terreno dei cd. **"pseudo-delitti"**.

Certo, forse qualcuno, nella Germania nazista, era realmente un mostro che si divertiva a torturare gli ebrei prigionieri nei campi di concentramento, ma la gran parte della popolazione tedesca dell'epoca non era costituita da delinquenti sadici. Si trattava, in massima parte, di **pura e semplice obbedienza all'autorità**. Eichmann, secondo quello che è stato riferito dagli psicologi e dagli psichiatri che lo hanno visitato, era una persona non solo normale, ma – potremmo dire – "buona", secondo i nostri canoni tradizionali: amava gli animali, amava la natura, era un padre affettuoso. Non c'era nessun elemento, nei giudizi clinici dei psichiatri che lo hanno esaminato, che consentissero di concludere che quell'uomo era un mostro. Semplicemente, obbediva agli ordini.

Questo ci conduce ad affermare che dovrebbe essere la società e mettere in atto strumenti atti a prevenire aberrazioni come quelle commesse prima e durante la seconda guerra mondiale. Stiamo quindi parlando di un'opera culturale. Come, poi, quest'opera debba o possa essere realizzata in concreto, è un'ottima domanda, e di certo non ho una risposta.

Dovrebbe essere la società e mettere in atto strumenti atti a prevenire aberrazioni come quelle commesse prima e durante la seconda guerra mondiale.

Mi pare però, in ogni caso, che una situazione come quella dell'assassino dell'Oregon sia estremamente diversa dai delitti che può compiere un Eichmann nell'organizzare lo sterminio degli ebrei.

Certo, si tratta di situazioni differenti sotto molti profili – il contesto in cui i fatti si collocano, le cause e i motivi che spingono all'azione –; non troppo diversi, però, sono i risultati di tutti quei comportamenti...

È vero. Anche se, a ben vedere, i risultati delle azioni di Eichmann, ai suoi stessi occhi, non erano la morte di un essere umano. Erano la morte di... **qualcos'altro**. Qualcosa di molto simile a un uomo, ma che umano non era.

² A. Raine, *L'anatomia della violenza*, Mondadori Università, 2016.

Sembra proprio che il contesto, sociale e culturale, in cui l'individuo è inserito, possa fare la differenza in ordine alla percezione che quest'ultimo ha della propria condotta.

Del resto, si tratta di un meccanismo che è stato chiaramente messo in luce dalla psicologia sociale: basti pensare al *Stanford Prison Experiment* di [Philip Zimbardo](#)³. Nel momento in cui i volontari che vestivano i panni delle guardie vennero istruiti a non guardare ai prigionieri come a veri e propri esseri umani, ecco che ognuno di loro si dimostrò capace di una violenza spaventosa, che mai avrebbe esercitato nella propria vita normale e quotidiana.

Un discorso simile vale anche per gli agenti delle **forze dell'ordine**. Senza dubbio si tratta, nella quasi totalità dei casi, di bravissime persone, ma nel momento in cui devono disperdere i dimostranti non possono permettersi di sentire pietà per il primo che cade, fermarsi e assisterlo.

Tutti noi, quindi, abbiamo dei **meccanismi** che potremmo definire “**di blocco**”, che sono nient'altro che meccanismi di difesa, i quali hanno giocato un ruolo fondamentale nell'evoluzione della nostra specie, assicurandoci la sopravvivenza. Se una tribù nemica ti attacca, cosa fai? Devi, per forza di cose, reagire con la violenza.

I neuroni specchio hanno un **grande compito**, a mio avviso, in questo: il loro funzionamento ci permette di capire l'azione dell'altro nel momento in cui assistiamo al suo compimento. Se non fossimo in grado di fare questo, sarebbe impossibile qualunque forma di relazione. Detto questo, però, è poi la cultura a insegnarci – quantomeno, dovrebbe insegnarci – che, se vediamo una persona che sta male, dobbiamo curarla e non aggredirla.

La cultura, quindi, può intervenire sull'effetto prodotto dal sistema *mirror*?

La cultura può certamente aumentare l'effetto naturalmente prodotto dai neuroni specchio. Per un verso, infatti, la cura del prossimo è un intinto connaturato alla specie umana: siamo dotati, per fortuna, di un “sistema” tale per cui – quasi tutti noi – siamo portati a riconoscere che “tu ed io siamo la stessa cosa”.

Se non fosse così, la mamma non rimarrebbe sveglia tutta la notte quando il neonato piange, e allora la specie umana semplicemente non esisterebbe: la cura di bambino è un grosso impegno, specie in confronto con quello richiesto nel resto del mondo animale. Abbiamo bisogno dei nostri genitori fino a vent'anni! Non possiamo certo dire: «il bambino è nato, e da questo momento in poi può cavarsela da solo».

Come fanno le vipere.

Come fanno le vipere, esattamente, l'esempio funziona bene. Insomma, per concludere su questo argomento, sono convinto che la cultura debba trasmettere un messaggio di fondo secondo cui avere compassione dagli altri è vantaggioso, tanto per l'individuo quanto per la società.

L'influenza della cultura però, lo abbiamo visto parlando delle forze dell'ordine, può essere anche di segno opposto.

Naturalmente, dobbiamo essere dotati – e in effetti lo siamo – anche di meccanismi che in qualche modo frenano il funzionamento dei neuroni specchio. Ci sono alcune professioni in cui è necessario poter bloccare, almeno temporaneamente, questa nostra necessità biologica, per ragioni

³ P.G. Zimbardo, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?* Raffaello Cortina, 2008.

di sopravvivenza. Si tratta di un tema che personalmente non ho mai studiato; posso però ipotizzare che siano le **funzioni cognitive superiori**, e quindi i processi razionali e consapevoli, a permetterci di intervenire e modulare l'intensità degli effetti prodotti dai neuroni specchio.

Siamo in grado, quindi, almeno in una certa misura, di imparare a modulare le nostre capacità empatiche?

Io credo proprio di sì. Credo che noi, fin da bambini, impariamo a fare esattamente questo: il bambino è per sua natura **profondamente egoista** («mio! Mio!»), e gli viene subito insegnato a trattenere il suo egoismo, e alla fine capisce che è effettivamente vantaggioso, anche per se stesso, trattenersi. Ripeto, però, che si tratta di un tema che non ho mai studiato, e che tuttavia sarebbe indubbiamente interessante approfondire, sotto il profilo neuroscientifico.

A questo proposito, si sente spesso dire che una delle caratteristiche degli individui affetti da psicopatia è rappresentata dall'assenza di empatia. Si tratta di un'affermazione corretta?

Assolutamente no, è **falsa**; talvolta è vero l'opposto.

O meglio, dipende: alcuni individui psicopatici sono spiccatamente asociali, non hanno alcuna relazione con gli altri e tendono a considerare le persone come qualcosa di molto simile agli oggetti inanimati; si tratta però di casi limite.

E per quanto riguarda i cd. "psicopatici di successo" – ossia quella particolare categoria di individui che, nonostante la loro patologia, mostrano di essere perfettamente in grado di inserirsi nei diversi contesti (sociale, familiare, lavorativo) in cui vivono –?

Penso che stiamo parlando in questo caso di individui con personalità narcisista.

Il narcisista è la tipica persona perennemente infelice perché ritiene che gli altri non abbiano mai sufficiente comprensione di lei e che, in parallelo, non mostra alcuna compassione o sensibilità nei confronti del prossimo. Da un punto di vista neuroscientifico, però, è scorretto parlare di carenza di empatia in relazione alla psicopatia. Certo, ogni persona è diversa, ma l'empatia è qualcosa di cui tutti – tranne forse pochi casi eccezionali – siamo dotati.

Quello che può fare la differenza, semmai, è come ciascuno di noi decide di sfruttare questa capacità. In questo periodo, sono state fatte diverse ricerche sul rapporto mamma-bambino e i risultati sembrano suggerire che, se i genitori trascurano i propri figli, questi, una volta divenuti adulti e a loro volta genitori, tenderanno a replicare il trattamento subito, trascurando così i propri bambini.

Addirittura, sembrerebbe esistere una sorta di "**trasmissione**" – entriamo qui nel campo della scienza nota come **epigenetica** – di questi comportamenti. Si è discusso, ad esempio, di alcuni casi di figli di genitori tossicodipendenti, che hanno finito col trattar male i propri figli una volta diventati adulti. È come se restasse una sorta di "*imprinting*", verrebbe da dire.

Tornano in mente, a questo proposito, gli studi del Prof. Adrian Raine⁴, che lei ha citato prima, secondo cui noi tutti saremmo il risultato, per il 50%, del nostro DNA, e, per l'altro 50%, del contesto nel quale siamo vissuti.

⁴ A. Raine, *L'anatomia della violenza*, cit.

Sì. E questo, in effetti, pone **problemi giuridici immensi**. Cosa fare con una persona che, a causa (ad esempio) di una lesione cerebrale, non è suscettibile di frenare i suoi istinti, neppure a fronte di un condizionamento esterno in tal senso?

Infatti, a ben vedere, dovrebbe essere proprio questo il **senso ultimo della punizione** dei criminali: consentirne la **riabilitazione**, attraverso gli opportuni condizionamenti.

Ma è davvero questo che accade? Quali forme di riabilitazione vengono praticate nei confronti di un assassino?

Il punto allora diventa: perché una persona viene messa in carcere? Per punizione, affinché non possa nuocere, o perché si intende riabilitarla? La giustificazione della pena, a mio avviso, dovrebbe essere la seguente: è necessario allontanare il criminale violento dalla società e collocarlo in un contesto isolato perché, in questo ambiente isolato, possa essere riabilitato, e quindi ritornare a essere un "agente sociale". Si riesce realmente a fare questo?

Verrebbe da dire che no, non ci stiamo riuscendo.

E viene anche in mente, al contempo, quello che l'antropologo francese Didier Fassin, tra gli altri, spiega molto bene nel suo ultimo libro⁵: è estremamente difficile per noi liberarci delle istanze puramente retributive nei confronti degli autori di reato. Istanze che sono istintive e, forse, almeno in parte ineliminabili.

Questo è un tema interessantissimo, come anche quello dei rapporti tra sistema giuridico e capacità di intendere e di volere. Lavorare su questi argomenti significa, di fatto, lavorare sulla vita. Chi è in grado di dire, infatti, cosa vuol dire capace di intendere e di volere?

Questo ci conduce direttamente a parlare di libero arbitrio.

Beh, credo si possa dire che il libero arbitrio assoluto non esiste. Esiste però la **responsabilità**; non possiamo fare a meno di considerare le persone responsabili delle loro azioni.

Durante la crescita, l'essere umano apprende una serie di **regole**: se poi queste regole vengono violate – e possiamo farlo per innumerevoli motivi –, questa è una scelta. Come esseri umani, abbiamo la **possibilità di scegliere**. Non si tratta di un libero arbitrio assoluto, certo; siamo condizionati dalla nostra educazione, dal contesto sociale. Scegliamo, questo sì, se fare A o fare B, ma la nostra scelta è sempre più o meno condizionata.

Pertanto, a voler andare a fondo nella questione, nessuno di noi è davvero "libero", **siamo tutti influenzati** da qualcosa o da qualcuno.

A fronte di un condizionamento fortissimo, per tornare ancora all'esempio di Eichmann, che probabilmente era del tutto convinto di essere innocente...

Lui si sentiva innocente, assolutamente.

Eichmann aveva effettivamente modo di comportarsi diversamente da come fece?

⁵ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

Io penso di no. Penso che la sua personalità era, potremmo dire, “predisposta” all’osservanza delle leggi, all’obbedienza agli ordini, a essere sempre il primo della classe. A questo, probabilmente, si aggiungeva un sentimento nazionalistico – non voleva che il suo Paese perdesse la guerra –; considerando tutte queste componenti, non so se Eichmann potesse agire in modo diverso da come agì.

Cambiando argomento, quanto conta secondo Lei – in un’ottica di giustizia in senso lato – la capacità del giudice di empatizzare con il reo? È un bene o un male? Dovremmo lavorare per favorire questa capacità, o al contrario per ridurla?

Se – come sarebbe corretto – con il termine empatia intendiamo la capacità di capire in che stato è la persona che mi trovo di fronte, allora l’empatia del giudice nei confronti del reo è **certamente importante**. Se, viceversa, consideriamo l’empatia come una sorta di sinonimo di “essere buoni”, il discorso è diverso.

Esistono senza dubbio professioni nelle quali la capacità di empatizzare è estremamente importante; è il caso del medico, del medico psichiatra in particolare. Con riguardo al giudice non saprei dire; l’esempio più vicino che mi viene in mente è quello del poliziotto. Il **Commissario Maigret**, il protagonista dei romanzi e dei racconti di Simenon, è colui che riesce a capire la causa del delitto proprio grazie alla sua capacità di empatizzare con le persone coinvolte, entrando nel loro ambiente sociale e riuscendo a comprendere come l’autore del reato è stato educato e quali situazioni ha vissuto.

Maigret va far visita ai protagonisti dei suoi casi, si reca nelle loro case e nei loro villaggi, parla con loro, ragiona con loro. È un personaggio molto diverso da Sherlock Holmes, che guarda le cause, gli effetti, dà la caccia agli indizi e risolve i casi grazie alla pura logica. Maigret non arriva alla soluzione attraverso la logica, ci arriva cercando di **capire le persone, più che i fatti**.

Ecco che, in questo senso, forse un magistrato dovrebbe essere in grado di capire qual è il sistema sociale in cui l’imputato vive, quali sono i suoi rapporti con la vittima, come è stato educato, in modo da assicurare che la pena sia, in qualche misura, proporzionata alla misura del condizionamento subito dal singolo autore di reato.

In questo periodo, assistiamo a una vera e propria esplosione di studi sull’intelligenza artificiale, che viene applicata, potremmo dire, quasi a tutto. Soprattutto in America – ma studi analoghi iniziano a fare la loro comparsa anche in Italia – si comincia a discutere talvolta di veri e propri “giudici-robot”.

Sì. E a me sembra **una follia**.

Vero. D’altra parte, però, nel campo della psicologia è nota da tempo l’esistenza di una serie di pregiudizi – i cd. *bias* cognitivi – dai quali il giudice penale, come ogni altro essere umano, non è immune. Così, proprio a causa dell’influenza dei *bias*, le sentenze penali finiscono a volte con l’essere condizionate da fattori del tutto estranei alla decisione, come le caratteristiche personali (razziali, ad esempio) del singolo imputato. Questo problema, nel caso della sostituzione della macchina all’uomo, sarebbe risolto.

Qui però ci riavviciniamo all’argomento di cui abbiamo discusso prima, ossia il rapporto tra giudice ed empatia.

Mi spiego con un esempio: laddove si trovi di fronte un imputato che è figlio di genitori tossicodipendenti, che ha subito abusi durante l’infanzia e che vive in un contesto economico e sociale

disagiato, il giudice, se è un **buon giudice**, deve essere capace di capire – attraverso l’empatia – tutto questo, e di tenerne conto nel momento in cui stabilisce la pena da applicare. La pena, in questo caso, dovrà dunque essere, in qualche misura, “compassionevole”.

Un *robot* non fa nulla di tutto ciò, non può farlo.

Un tema molto studiato è quello del rapporto tra neuroni specchio e cd. “violenza imitativa”. Secondo alcuni studi, tendiamo a simulare le azioni osservate, e se assistiamo ad atti di violenza tenderemo a replicare con più facilità condotte violente.

Nel momento in cui assisto a una scena di violenza, però, vedo – questo è certo – un individuo che commette violenza, ma vedo anche una persona che la subisce.

Perché dovrei immedesimarmi nel **carnefice** e non invece nella **vittima**?

Bene, le chiedo allora: se mi trovo ad assistere ad una esecuzione, come agisce il mio sistema *mirror*? Con chi dei due soggetti entro in empatia, con il boia e il condannato?

Empatizzeremmo con il giustiziato, più che con il boia, direi. E credo che la ragione di questa propensione dipenda in larga misura da come è fatta la nostra civiltà. La pena di morte, nella nostra società, è stata abolita da tempo, siamo stati educati in modo da provare compassione per una persona che viene condannata a morte.

Quindi potrebbe essere, ancora una volta, la nostra cultura a fare la differenza, portandoci più vicino alla condizione della vittima, che non a quella del carnefice?

Direi di sì. Del resto, durante la rivoluzione francese le piazze erano gremite di persone che si recavano lì appositamente per assistere alle esecuzioni capitali; evidentemente lo consideravano uno spettacolo meraviglioso, che dava piacere. Altrimenti come si spiegherebbe questo comportamento? L’influenza culturale, anche sotto questo profilo, è **certamente fondamentale**.

— Intervista a Maryanne Wolf

di Susanna Arcieri, Maryanne Wolf

Uno dei più illustri neuroscienziati esperti dei processi di lettura ha risposto alle nostre domande in ordine al potere della lettura e agli effetti da essa prodotti sul cervello e sul pensiero umani, a partire dal suo ultimo libro, [Lettore, vieni a casa. Il cervello che legge in un mondo digitale](#) (Vita e Pensiero, 2018).

Nel suo libro, spiega che la pratica della lettura, di per sé innaturale, consente al cervello di andare oltre le sue funzioni originarie per formare un circuito completamente nuovo dedicato alla lettura.

È a conoscenza di altri fenomeni, nella storia dell'uomo (comportamenti, tradizioni culturali, ecc.), tanto incisivi da aver determinato la creazione di nuovi circuiti neurali?

Il mio precedente lavoro, *Proust e il calamaro*¹, inizia, nella primissima pagina, con la seguente citazione di Aristotele: «non siamo nati per leggere».

A ben vedere, non siamo nati neppure per studiare algebra, o per fare calcoli sofisticati. La capacità di calcolo, esattamente come l'alfabetizzazione, è un'invenzione culturale, che presuppone un nuovo circuito cerebrale costruito a partire dalle connessioni tra aree cerebrali preesistenti. Nel mio ultimo libro, *Lettore, vieni a casa*, ho inserito una figura che vorrei mostrarvi.

¹ M. Wolf, *Proust e il calamaro. Storia e scienza del cervello che legge*, Vita e Pensiero, Milano, 2012.

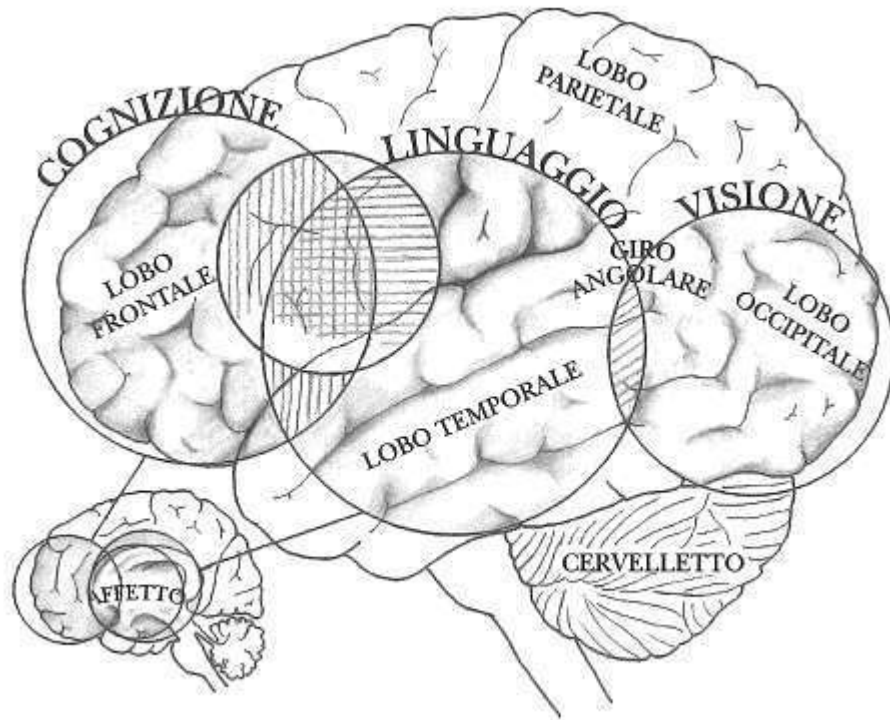


Figura 1 - tratta da *Letture, vieni a casa*, cit., p. 27

Come si può vedere, esistono alcune regioni del cervello deputate a specifiche funzioni. È il caso, ad esempio, del sistema visivo e del sistema del linguaggio. Altre aree costituiscono la base delle nostre capacità di pensare, di formulare ipotesi, di percepire con i sensi, e di muoverci. Tutte queste aree presentano alcune connessioni, ma in origine esse non erano collegate tra loro in una sola e unica rete o circuito cerebrale deputato alla lettura.

Il circuito della lettura, dunque, si è strutturato a partire da diverse reti neurali già esistenti. Originariamente, esso era caratterizzato da connessioni molto primitive tra le regioni della visione e del linguaggio, alle quali si sono progressivamente aggiunte le aree motorie, quella deputata alla sfera affettiva ed emotiva, e così via. La pratica della lettura ha cioè permesso che tutti questi sistemi si influenzassero a vicenda, fino a collegarsi tra loro. Alberto Manguel ha affermato che la caratteristica peculiare della lettura è data dal fatto che essa aumenta le capacità del nostro cervello di stabilire connessioni. L'espressione che ha usato è: «come in una progressione geometrica». Un'immagine efficace, non trovate?

Ad ogni modo, quando impariamo a leggere, da bambini, inizialmente ci limitiamo a collegare un simbolo visivo a un determinato suono. Successivamente, quando per la prima volta ci imbattiamo nella parola, ecco che prendono forma anche il significato e la grammatica. In questo modo, si formano costantemente nuovi processi linguistici e nuovi processi cognitivi. Con il tempo, diventiamo sempre più capaci di sviluppare sofisticati e dispendiosi in termini di tempo.

In realtà, il fatto stesso di leggere ci rende ciò che siamo. Noi esseri umani ragioniamo attraverso l'analogia. Fa parte della nostra natura. Di base, infatti, funzioniamo in questo modo: a partire da ciò che già sappiamo, qualsiasi cosa sia, costruiamo qualcosa di nuovo. Esiste una sorta di relazione reciproca tra vecchie e nuove informazioni. Così, quando leggiamo, entriamo nel regno dell'analogia e, allo stesso tempo, costruiamo un nuovo circuito. Questa è la ragione cui il ragionamento analogico rappresenta la base della conoscenza; su queste fondamenta, impariamo altresì a fare inferenze, deduzioni, induzioni e – cosa estremamente importante, per quanto riguarda l'ambito legale – sviluppiamo le nostre capacità di analisi critica.

Naturalmente, tutto questo richiede tempo. In particolare, questi processi richiedono millisecondi extra. Ecco perché, con l'avvento della cultura digitale, abbiamo imparato a leggere superficialmente (*skimming*) una gran mole di informazioni, così da non perdere quei preziosi millisecondi. Se proviamo a leggere Italo Calvino in maniera superficiale su uno schermo, per forza di cose non saremo in grado di cogliere alcuni degli aspetti più raffinati del linguaggio scritto. Ci sfuggiranno alcuni dettagli, non seguiremo tutta la sequenza delle informazioni, rischiando così di fraintendere gran parte di ciò che leggiamo. Siamo portati a pensare di aver "afferrato il concetto", ma la verità è che non abbiamo raccolto informazioni sufficienti per poterle analizzare con la dovuta attenzione, così da distinguere ciò che è vero da ciò che è falso. A mio modo di vedere, il problema maggiore è dato dalla circostanza per cui, la maggior parte delle volte, neppure ci rendiamo conto di ciò che ci accade: semplicemente non siamo consapevoli che ci mancano alcune informazioni fondamentali. Al contrario – e questo è la cosa peggiore in assoluto –, siamo convinti di sapere.

Tutto questo richiama alla mente le parole di Socrate, che era estremamente preoccupato riguardo alla lettura. In qualche modo, egli aveva ragione. Ad esempio, ha affermato: «noi non dovremmo leggere, perché in questo modo i nostri giovani coltiveranno l'illusione di avere la conoscenza prima ancora di dedicarsi a essa». Naturalmente, Socrate non sapeva nulla sul circuito cerebrale della lettura, ma aveva assolutamente ragione rispetto al rischio di un corto circuito nella conoscenza. Quando leggiamo in modo superficiale, ci illudiamo di sapere. Ci sembra persino di conoscere la verità, ma in realtà non siamo nelle condizioni di valutare le informazioni come sarebbe necessario al fine di distinguere ciò che è vero da ciò che non lo è.

C'è poi un altro aspetto, a cui non abbiamo ancora fatto cenno, che risulta particolarmente importante per il vostro settore: mi riferisco ai cosiddetti "processi di lettura profonda". In estrema sintesi, potremmo dire che i processi di lettura profonda sono tutte attività che vanno oltre la decodifica di base. Infatti, essi arricchiscono il circuito di base aggiungendovi l'analogia, l'inferenza, la deduzione, l'induzione, l'analisi critica, e due funzioni ulteriori. Quando leggiamo per la prima volta, da bambini, le storie e i racconti che leggiamo ci consentono di assumere il punto di vista di un'altra persona, che pure non incontreremo mai. Ciò che apprendiamo dai libri ci trasforma in una sorta di "archivio", o enciclopedia di informazioni, che non solo ci rende ciò che siamo, ma addirittura plasma il nostro modo di pensare.

Tra i processi di lettura profonda, vi è anche lo sviluppo delle capacità empatiche (vale a dire la capacità di assumere la prospettiva emotiva delle altre persone). In effetti, attraverso la lettura, impariamo a sentire ciò che sente e pensa una persona che è vissuta in un'altra epoca, o che appartiene a un credo religioso o a una cultura diversi dai nostri. Credo che uno dei maggiori problemi della società in cui viviamo oggi sia rappresentato dal fatto che, troppo spesso, gli individui non sanno nulla l'uno dell'altro. La nostra storia passata, purtroppo, ci mostra diversi esempi di questo atteggiamento. Basti pensare alla Repubblica di Weimar, nella quale gli ebrei, i comunisti e chiunque mostrasse di pensare diversamente dagli altri, venivano trasformati in nemici pubblici. Costoro venivano chiamati traditori; erano "gli altri". Diventavano oggetto di paura.

Ebbene, io credo fermamente che la lettura possa aiutarci a comprendere il punto di vista degli altri come antidoto alle paure e ai pregiudizi. Come ho già detto, grazie alla lettura siamo in grado di capire chi sono gli altri, i quali entrano a far parte della nostra prospettiva, a partire dagli elementi presenti nel nostro circuito della lettura. Questo è estremamente importante. Lo sviluppo dell'empatia è infatti uno dei più grandi doni del circuito della lettura. L'empatia arricchisce la nostra conoscenza aggiungendo alla ragione le emozioni. Conosciamo tutti la celebre frase di Blaise Pascal: «il cuore ha le sue ragioni che la ragione non conosce».

Quando fu chiesto a Barack Obama come avesse imparato a provare empatia, egli diede una risposta di questo genere: attraverso i romanzi. I romanzi, disse, gli avevano insegnato che non è tutto o bianco o nero, ma esiste un'infinità di grigio. Grazie ai romanzi, imparò che esistono anche gli altri.

Nel mio ultimo libro, ho citato anche le parole della scrittrice Marilynne Robinson, che ha osservato come la tendenza a considerare il prossimo un nemico rappresenti la più grande minaccia per il nostro sistema democratico. E, si badi bene, non stiamo parlando solo del passato, ma anche di quello che accade oggi e, probabilmente, di ciò che accadrà nel futuro.

La capacità di provare empatia si collega a numerosi altri processi di lettura profonda, tra cui, ad esempio, la dimensione contemplativa. Come ho scritto nel mio lavoro precedente, *Proust e il calamaro*, Proust osservò che il vero e proprio cuore della lettura è dato dall'incontro con la saggezza dell'autore e, da lì, siamo in grado di proseguire fino a scoprire anche la nostra, di saggezza.

La dimensione contemplativa rappresenta la possibilità, che ci è offerta da ciò che leggiamo, di riflettere sugli stimoli prodotti in noi dal pensiero dell'autore; in questo modo – se siamo molto fortunati –, possiamo addirittura generare un pensiero nuovo. Il cervello umano ha infatti questa straordinaria capacità di andare oltre i propri processi naturali per creare qualcosa di nuovo.

Pascal disse anche che non c'è nulla di nuovo sotto questa terra, ma tutto viene riordinato. Il nostro cervello fa esattamente questo: organizza diversamente le proprie reti. Non costruisce aree nuove; semplicemente, plasma un nuovo circuito grazie a alla riorganizzazione di parti preesistenti. D'altra parte, vengono generate anche nuove connessioni; pertanto, sotto questo profilo, Pascal in effetti aveva torto. Abbiamo a disposizione alcuni dati sorprendenti che ci mostrano l'esistenza di queste connessioni nelle persone alfabetizzate, rispetto alle persone non alfabetizzate. Tuttavia, è occorre fare attenzione: non dobbiamo interpretare questi dati nel senso che un individuo non alfabetizzato – pensiamo a Socrate – non abbia le capacità di raggiungere i più alti livelli di conoscenza. Essi indicano piuttosto la circostanza che, quando impariamo a leggere, impariamo anche a elaborare le informazioni in modo diverso, in un modo che ci consente di consolidare nel tempo le nostre conoscenze. La lettura, l'alfabetizzazione, attribuiscono un carattere democratico alla conoscenza, all'interno della società.

Dalle sue parole, ci sembra di capire che un aspetto fondamentale è rappresentato dalla consapevolezza di ciò che accade nel nostro cervello in virtù della lettura. Tuttavia, pare che a volte questa consapevolezza manchi. Da un lato, infatti, coltiviamo l'illusione della conoscenza (si è detto che, spesso, la lettura digitale ci induce a credere di poter apprendere molte cose in pochissimo tempo). Dall'altro lato, spesso nutriamo paure e preoccupazioni che restano inconse.

In questa prospettiva, ritiene che la pratica della lettura possa renderci più consapevoli dei limiti della nostra conoscenza e consentirci di mettere a fuoco le nostre paure?

Paradossalmente, si potrebbe pensare che una maggiore quantità di informazioni produca una maggiore conoscenza, e quindi una minore paura. In effetti, parrebbe sensato. Sfortunatamente, però, la verità è parzialmente differente. Al giorno d'oggi abbiamo accesso a moltissime informazioni. Troppe, in realtà. Per questa ragione, tendiamo a considerare solo le fonti di informazioni per noi più familiari. Selezioniamo ciò che è più comodo e facilmente accessibile. In questo modo, finiamo per vedere le cose da un'unica prospettiva. Si tratta di uno dei maggiori problemi legati ai *media* – la televisione, la stampa cartacea e internet; a causa della selezione delle informazioni, ci manca la visione d'insieme. Tutti noi ci concentriamo sulle fonti di informazione a noi familiari. Come sappiamo, l'unità di misura della conoscenza è il tempo, e noi non abbiamo abbastanza tempo. E quel che è peggio è che siamo convinti che la velocità coincida con la conoscenza.

Me ne sto rendendo conto io stessa in prima persona. Il più delle volte, specialmente quando la finalità non è così importante, mi limito a scorrere rapidamente il dito sullo schermo. Questo atteggiamento, però, non ci consente di ottenere la qualità del pensiero di cui avremmo bisogno. A mio avviso, dovremmo riflettere seriamente sul modo in cui immagazziniamo le informazioni oggi, nell'era digitale. Non possiamo cambiare il contesto in cui ci troviamo; viviamo in una cultura digitale.

Dobbiamo però chiederci: quali sono le strategie migliori per far sì che i nostri figli possano apprendere la lettura profonda? Noi adulti siamo capaci di leggere in questo modo, ma i giovani no. Nel libro, menziono un interessante studio condotto tra il 2000 e il 2017 su oltre 171.000 giovani, di culture e paesi differenti. A ciascuno di loro è stato assegnato lo stesso compito, ossia di leggere uno specifico contenuto, alcuni da un libro stampato e altri direttamente da uno schermo. È stato quindi chiesto loro di rispondere ad alcuni quesiti di comprensione del testo. Ciò che i ricercatori hanno scoperto è che i bambini che avevano letto dal supporto cartaceo hanno compreso molto meglio il contenuto.

In definitiva, dovremmo interrogarci a fondo su ciò che potremmo fare per preservare gli aspetti migliori della nostra civiltà e della nostra cultura – specialmente con riguardo alle nuove generazioni – e per salvaguardare un sistema democratico in cui tutte le voci hanno diritto a essere ascoltate.

Nel suo libro, viene fatto riferimento anche ad alcuni aspetti positivi connessi al progressivo passaggio da una cultura basata sui libri stampati a una cultura digitale. Può farci qualche esempio in proposito?

Innanzitutto credo che dovremmo fare una distinzione tra la qualità di ciò che leggiamo e il modo in cui otteniamo le informazioni. La tecnologia, infatti, ci consente di accedere a un'enorme quantità di informazioni provenienti da ogni parte del mondo. Si tratta di un significativo balzo in avanti per moltissimi campi del sapere – il diritto, la medicina, neuroscienze, ecc.; siamo in grado di conoscere, quasi in tempo reale, l'esistenza di un nuovo studio condotto da qualche parte in Giappone, ad esempio. La cultura digitale rappresenta un'occasione unica, nella storia della nostra specie, per una democratizzazione della conoscenza.

In linea generale, sono contraria a un ampio ricorso alla lettura digitale nei primi dieci anni di vita. Con alcune eccezioni, però: nel particolare caso dei bambini e degli individui affetti da dislessia, la tecnologia ci offre molti strumenti innovativi per aiutare queste persone ad acquisire conoscenze mentre imparano, pian piano, a leggere. La tecnologia reca con sé un grande potenziale. Le difficoltà sorgono quando essa viene vista come la soluzione al problema dell'educazione. Un approccio unitario al problema dell'educazione può essere estremamente superficiale.

A suo avviso, la lettura può contribuire a migliorare la qualità dei processi decisionali dei giudici e, più in generale, degli altri operatori del diritto (come ad esempio gli avvocati)? Se sì, in che modo?

Ritengo che siano almeno tre i processi di lettura profonda che rivestono un'importanza fondamentale nel contesto giuridico. Mi riferisco, nello specifico, a *i)* l'empatia; *ii)* l'analisi critica e *iii)* la dimensione contemplativa. La combinazione delle tre rende infatti possibile collegare l'una all'altra tutte le informazioni di cui disponiamo. Ci consente, in una parola, di fare *brainstorming*. Il che è estremamente importante in ambito giudiziario, nel quale viene richiesto di risolvere casi difficili in presenza di numerosi indizi, che devono essere messi tra loro in relazione. Quello della giustizia non è affatto un contesto semplice e sono convinta che un punto centrale dell'approccio educativo, per quanto riguarda il sistema della giustizia, dovrebbe essere quello di potenziare le predette capacità cognitive e di utilizzarle con cautela, specie quando siamo bombardati da una quantità eccessiva di informazioni.

Con riguardo specifico alle nuove generazioni, che cosa suggeriscono le sue ricerche in ordine alla possibilità di modellare i circuiti della lettura dei giovani, attraverso gli strumenti digitali?

Nel mio ultimo libro formulo alcune considerazioni al riguardo. A mio avviso, dovremmo lavorare per costruire quello che io chiamo un "cervello bi-alfabetizzato". In poche parole, credo che

sia necessario gettare le basi per la creazione di un nuovo modello di istruzione rivolto agli insegnanti, con riguardo all'educazione dei giovani di oggi. Naturalmente, anche i genitori rivestono un ruolo centrale. Credo che spesso i genitori non si rendano pienamente conto dell'importanza attribuita ai primi anni di vita del bambino – da zero a cinque anni: è infatti in quegli anni che l'individuo sviluppa la sua dimensione interiore; prendono forma i processi cognitivi, quelli linguistici e quelli socio-affettivi.

In questo periodo, in California, sono impegnata nella promozione di una campagna finalizzata a sensibilizzare i genitori e le famiglie sull'importanza di trascorrere il proprio tempo leggendo, parlando, addirittura cantare ai propri figli piccoli. Anche la musica, infatti, sviluppa numerose abilità in un modo che non immaginavamo fino a poco tempo fa.

Nell'arco dei successivi cinque anni di età del bambino – dai cinque ai dieci anni –, suggerisco di iniziare a introdurre i dispositivi digitali, di modo che possano prendere dimestichezza con la codificazione e la programmazione e (cosa più importante) possano altresì imparare a ragionare in termini inferenziali e spaziali. Allo stesso tempo, però, è fondamentale che i bambini di quell'età imparino a leggere – e imparino la lettura profonda – a partire dai tradizionali testi stampati. Senza scendere troppo nel dettaglio, abbiamo a disposizione numerose ricerche a sostegno del fatto che le pratiche di lettura “tradizionale” sono estremamente importanti in quei primi dieci anni di vita.

Procedendo in questo modo, consentiremmo ai bambini di leggere in maniera profonda e, in parallelo, insegneremmo loro altresì ad apprezzare i vantaggi e le potenzialità della tecnologia digitale.

Quanto è importante, a suo parere, la scelta in ordine a ciò che leggiamo?

È straordinariamente importante. Introdurre i bambini al concetto di scelta è un aspetto fondamentale del processo di cui stiamo discutendo. I bambini tendono solitamente a scegliere più e più volte gli stessi libri e, proprio grazie alle loro scelte, i genitori imparano a conoscere meglio i propri figli. In questo senso, ritengo che la cosa peggiore che il sistema scolastico possa fare è non dare la possibilità di scegliere. Come ha detto Joseph Epstein, noi siamo ciò che leggiamo. Personalmente, aggiungerei: siamo ciò che leggiamo e siamo *come* leggiamo. La lettura è fonte di gioia. Certo, leggiamo soprattutto per conoscere, ma lo facciamo anche per il piacere di farlo. Anche il semplice fatto di decidere cosa leggere è di per sé parte di questa gioia.

Quando non ci viene concessa la possibilità di scegliere e non abbiamo potuto sperimentare imparato il piacere della lettura, di fatto leggiamo poco. Trovo che sia una prospettiva terrificante. Non riesco neppure a immaginare una vita senza la lettura, è uno dei più grandi doni che abbiamo ricevuto nella storia della nostra specie. Tuttavia, oggi molti dei nostri bambini e dei nostri giovani non leggono alcunché.

Dalle sue parole, appare chiaro che la pratica della lettura è in grado di incidere profondamente sul nostro comportamento e sul nostro modo di pensare. A tal proposito, con specifico riferimento alla cultura digitale, ritiene che vi sia una qualche correlazione tra l'esposizione a contenuti di natura violenta e la manifestazione di condotte aggressive, specialmente tra i giovani?

Si tratta di una domanda estremamente delicata e complessa. Se prendiamo in considerazione coloro che, in America, si sono resi responsabili di crimini violenti, possiamo notare che molti di loro erano soliti consultare siti *web* che incoraggiano comportamenti violenti. Quello che però non sappiamo è se queste persone leggessero anche contenuti differenti, ed eventualmente di che tipo.

Posso solamente dire – e lo dico non come scienziata, ma da semplice osservatore esterno della cultura nella quale vivo – che sembrerebbe in effetti esserci un qualche collegamento,

terribilmente tragico, tra la lettura di quel genere di materiali e la commissione di reati violenti. E potrei forse aggiungere che, per molti anni, i ricercatori si sono sforzati di accertare l'esistenza di possibile collegamenti tra i videogiochi violenti e il comportamento dei bambini, trovando diverse evidenze in questo senso. Questo significa che tutti i videogiochi sono dannosi? No di certo. I videogiochi – come ogni altra cosa – presentano aspetti positivi e aspetti negativi. Possono migliorare le capacità fisiche e motorie, per esempio. Ma rappresentano anche una via estremamente insidiosa verso la dipendenza, che allontana molti giovani dagli studi, dagli amici e dalla famiglia.

Dunque, la vostra non è una domanda facile. Come ho già detto, una circostanza che mi preoccupa molto è la nostra attuale tendenza ad affidarci a un'unica fonte di informazioni. Quando affermo che noi siamo quello che leggiamo e come leggiamo, intendo dire che esiste uno stretto legame tra l'essere esposti a un solo tipo di contenuti e di giochi e il cominciare a pensare in un determinato modo. Il che – nel caso di personalità particolarmente deboli e fragili – potrebbe rappresentare la via di accesso alla realizzazione di condotte violente.

Mi preferisco, ad esempio, al tragico caso di quel giovane che, negli Stati Uniti, ha sparato a un gruppo di messicani perché era convinto che i migranti stessero prendendo il controllo del nostro paese. Egli stava parlando la lingua utilizzata nei materiali che aveva letto su siti *web* intrisi di riferimenti alla letteratura sulla supremazia dei bianchi e sul fascismo. Si limitava a ripetere linguaggio usato da alcuni *leader* politici che usano la paura per rafforzare i propri consensi.

Insomma, non c'è alcuna risposta facile che io possa dare alla vostra domanda; nondimeno, è mia opinione che sia necessario rafforzare le capacità di analisi critica e prospettica dei nostri giovani. Ancora più importante, credo che dovremmo sforzarci di offrire ai nostri figli molteplici punti di vista e trasmettere loro con chiarezza il messaggio per cui gli "altri" sono solo coloro che ancora non conosciamo, e che siamo tutti parte del coro che, con le sue diverse voci, dà forma a una vera democrazia.

Una considerazione finale. Ci ha molto colpito, in uno dei capitoli conclusivi del suo libro, il riferimento al concetto di "dotta ignoranza". Il termine è stato coniato dal filosofo Nicola Cusano e indica l'atteggiamento per cui, dovendo prendere una decisione in presenza di più prospettive tra loro contrastanti, la scelta più saggia è quella di sforzarsi dapprima di comprendere appieno le diverse posizioni, per poi valutare e decidere il percorso migliore da intraprendere. A tal proposito, scrive che, per sviluppare l'atteggiamento di dotta ignoranza di Cusano, è necessario «mettere insieme le ricerche di varie discipline – neuroscienze cognitive, tecnologia, scienze umane e sociali. Nessuna di esse è in sé sufficiente per prendere il genere di decisioni di cui abbiamo bisogno; ma ognuna aggiunge qualcosa di essenziale alla combinazione di conoscenze che ci serve»².

Attraverso le sue meravigliose parole, Nicola Cusano ci ha insegnato che ci confronteremo sempre con verità contraddittorie. Come dobbiamo comportarci di fronte a queste diverse verità? Questo eccezionale filosofo sostiene che dovremmo porci al di fuori di noi stessi e guardare entrambe con occhio empatico e, al contempo, analiticamente critico. Occorre, inoltre, sospendere il giudizio iniziale, tenere conto di tutte le informazioni e considerarle da più prospettive. Naturalmente, in questo modo non potremo trovare risposta alla domanda su quale verità sia la vera verità, ma si tratta di un approccio alla verità che può esserci molto utile oggi, in un momento in cui troppi dei nostri *leader* intenzionalmente ignorano la verità, al solo scopo di ottenere più potere attraverso false promesse e sollevando false falsamente sollevate, specie con riferimento agli "altri".

Con la vostra Rivista, io credo che anche voi stiate facendo qualcosa di simile. State andando oltre i confini del vostro settore, oltre i confini della sfera giuridica.

² M. Wolf, *Lettore, vieni a casa*, cit., p. 158.

State esortando i vostri lettori a uscire dai limiti delle proprie materie, per scoprire quello che una nuova prospettiva, che parte da un diverso punto di vista o da una nuova disciplina, potrebbe aggiungere alla propria comprensione. In effetti, proprio con questa intervista, voi uscite dalla sfera giuridica, per interrogarvi sulle intuizioni delle neuroscienze cognitive della lettura in grado di arricchire la vostra base di conoscenza. Bravi!

— Interview with Maryanne Wolf

by Susanna Arcieri, Maryanne Wolf

One of the most prominent and eminent reading scientists answered our questions about the power of reading and its effects on the human brain and thinking, starting from her latest book, [Reader, Come Home. The Reading Brain in a Digital World](#) (HarperCollins, 2018).

In your book, you explain that the practice of reading, which is in itself unnatural, allows the brain to go beyond its original functions to form a completely new circuit dedicated to reading.

Do you have evidence of other phenomena in human history (behavioural, cultural, social, etc.) so incisive as to have determined the creation of new neural circuits?

My other book, *Proust and the Squid*¹, begins, in the first line, with the quote: «we were never born to read».

Well, we were also never born to do algebra, or to do sophisticated calculations. Numeracy and literacy are both cultural inventions that require a new brain circuit that represents a new arrangement or set of connections among existing parts of the brain. In my latest book, *Reader, Come Home*, there is a picture I would like to show you.

¹ M. Wolf, *Proust and the Squid. The Story and Science of the Reading Brain*, Harper Perennial, 2008.

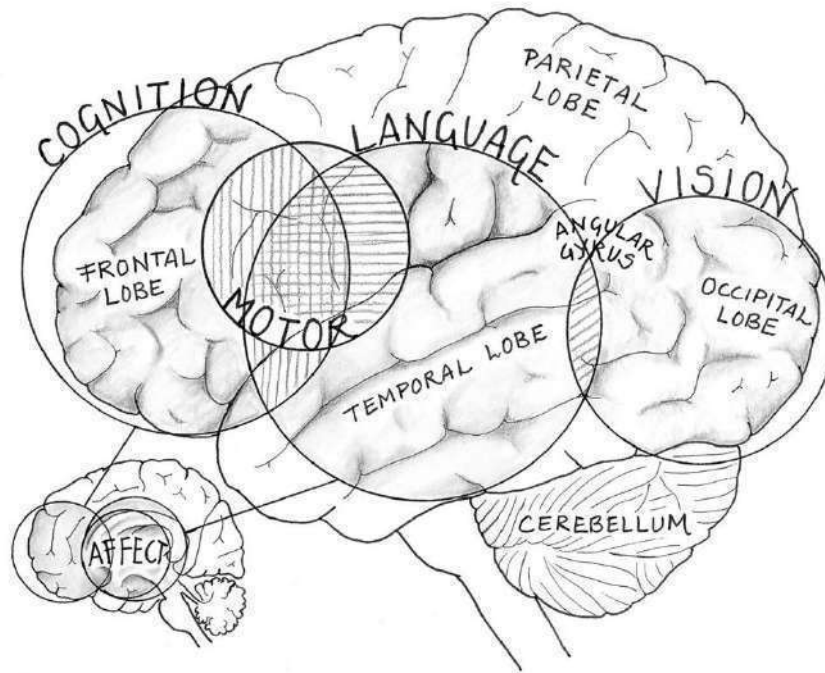


Figure 1 – taken from *Reader, Come Home*

As you can see, some regions of the brain already exist for other functions. Like the visual system and language system. Other regions have to do with our ability to think and make hypotheses, our ability to feel, and to move. All those functions had their own connections, but they were all never connected in one single and unique circuit for the purpose of reading.

The reading circuit, therefore, is made of many networks that already exist. In the beginning, it is just like very primitive connections between vision and language systems, and then it adds motor, affect, feeling, and so on. What reading did was to make it possible for all those systems to influence each other, to come together. Alberto Manguel said that what is so special about reading is that it increases its own capacities for making connections. He used the phrase «like geometric progression». Beautiful term, isn't it?

Thus, in the beginning, when a child reads, he or she is simply putting a visual symbol and a sound together. Then when the child encounters a word, there is the addition of meaning and grammar. In this way, we steadily add new linguistic and cognitive processes. Over time, we begin to become readers who add many more time-consuming and sophisticated processes.

In fact, the practice of reading shapes who we are. We humans are analogy makers. This is who we are. Our basic process is to take what we know, whatever it is, and to build something new starting from what we know. There is a sort of reciprocal relationship between new and old information. When we are reading, we are entering the realm of analogy making and we are building up the circuit at the same time. This is the reason why the act of making an analogy builds our base of knowledge. From this platform we begin to be able to make inferences, deductions, inductions and – most importantly, with regard to the legal system – critical analysis.

Of course, all of this requires time. Of a particular sort: extra milliseconds of brain processing. That is why in a digital culture, my biggest worry is that we have all begun to “skim-read” the glut of information we receive and not expend those precious extra milliseconds of time. If we try to read Italo Calvino skimming on a screen, we necessarily miss some of the most aesthetic aspects of written language. Further, we miss details and the sequencing of information when we “word-spot”, which can cause us to misinterpret what we are reading. We think: “oh we’ve got the gist”, but actually, we do not

have sufficient information to really analyze it carefully enough, to discern truth from falsehood. In my opinion, the biggest problem is that we don't even realize what is happening to us: we simply don't understand we're missing important information. On the contrary, and worst of all, we think we know.

This may well remind you of Socrates' lament, when he was so worried about reading. In some ways, he was right. For example, he said: «we should not read because our youth will have the illusion of knowledge before they've ever worked for it». Of course, he did not know anything about the reading brain circuit but he was absolutely right about the potential to short-circuit knowledge. When you skim read, you have the illusion of knowledge. You have the illusion of even truth, but actually, you have not begun to evaluate the information sufficiently to distinguish between truth and falsehood.

There is another thing I did not mention yet, which is also important to your work in the legal field: I refer to the so-called "deep reading processes". In a few words, we could say that deep reading processes are all the things that go beyond basic decoding. In fact, they go beyond that basic circuit by adding analogy, inference, deduction, induction and critical analysis and two more things. When we start reading, as children, we read a lot of stories and books that give us the capacity to enter the perspective of another person whom we would never ever meet. What we read turns us into a sort of "repository", or an encyclopedia of information, which not only makes us who we are, but also shapes how we think.

Among the processes of deep reading, there is also the development of empathic skills (i.e., the ability to take on the emotional perspective of others). In fact, through reading, we learn to feel what another person feels and thinks in another epoch, in another religion, in another culture. I think that one of the greatest problems in our society is that people too often do not know about others. Our history shows us many sad examples of this attitude in the past. Just think about the Weimar Republic, which was based on making Jews, communists, and anyone who thought differently, public enemies. They were called traitors; they were called "others". They were made objects of fear.

Well, I firmly believe that reading can help us understand the point of view of others as an antidote to fears and prejudices. As I already said, by reading, we learn who others are and others became a part of the perspective-taking processes within our reading circuit. This is extremely important. The development of empathy is one of the great gifts of the reading circuit.

In fact, empathy enriches our knowledge by adding emotion to reason. We all know the famous phrase of Blaise Pascal: «the heart has reasons which reason doesn't know».

When Barack Obama was asked about how he had learned empathy, he said: through novels. Novels taught Obama, in his words, that everything is not black and white, and there's so much grey. The novel taught him about others. In my book, I also recall the words of the writer Marilynne Robinson, who noted that the trend towards seeing other as enemy is the greatest threat to our democracy. And, mind you, we are talking not only about the past, but also about the present time, and probably the future.

Empathic processes are linked to many other deep reading processes, such as the contemplative function. As I described in my earlier book, *Proust and the Squid*, Proust wrote that the actual heart of reading is when we encounter the author's wisdom and go beyond it to discover our own. Contemplative function is the opportunity, offered by what we read, to reflect on what the author's thoughts generate in ourselves; and then, if we are very lucky, we can generate a novel thought. The human brain has this extraordinary ability to go beyond its own set processes to make something new.

Pascal also said that there is nothing new under this earth, but there is rearrangement. This is exactly what our brain is doing: it is rearranging its networks. It is not building a new lobe; it is just shaping a new circuitry by rearranging its parts, which already existed. Nevertheless, there are also

new connections, and that is where Pascal is wrong. We have some amazing data that show how these connections exist in literate people *versus* non-literate people. However, be careful: this does not mean that a non-literate person – look at Socrates – does not have the capacity for great knowledge. It rather means that, when we learn to read, we also learn to process information in a different way that allows us to consolidate knowledge over time. Reading, the invention of literacy, democratizes knowledge for a society.

From what you are saying, we understand that it is very important for us to be aware of what happens into our brain because of reading. Nonetheless, if I have understood correctly, sometimes there is a lack of awareness. On the one hand, we often live under the illusion of knowledge; we are – wrongly – convinced that digital reading makes us able to learn many things in a very short time. On the other hand, we are often unaware of our fears.

Within this framework, can reading practice be helpful in making us more aware of what we do not know and what we are scared of?

Paradoxically, we would think that the more information and the more knowledge, the less fear. This might seem to make sense. Unfortunately, however, things are quite different. Nowadays, we have access to a lot of information. Too much, actually. Then we tend to go to our familiar sources or silos of information. We select what is most comfortable and easy to us. Therefore, we see things from one angle alone. This is one of the biggest problems with the media – public television, newspapers, and internet – today; by selecting information, we lack the overall view. We all end up selecting our familiar information sources. As we know, knowledge is time-consuming, and we do not have time for that. In addition, what's worse, we think speed is knowledge.

I noticed that this is happening to me, too. Most of the time, especially if the purpose is not that important, I just read on the screen and I skim. However, this approach does not give us the quality of thought we need. I think we need to seriously consider how we absorb information today, in the digital era. We cannot change the context we live in; we are the inhabitants of a digital age. Rather, we must ask ourselves: what are the best ways of teaching our children, so they can learn how to read deeply? We adults can do this, but the very young people do not. In my book, I mention an interesting study of over 171,000 young people, from different cultures and countries, between 2000 and 2017. They were all given the same task, which was to read the same content on print or on a digital screen, and then they were asked to answer some comprehension questions. What the researchers found out was the children who read the printed book understood its contents much better.

Ultimately, we really should ask ourselves what we can do to preserve the best of our civilization and our culture – especially for the new generations – and to preserve a democracy where all voices are heard.

In your book, you also mention some positive aspects related to the progressive shift from a culture based on printed texts to a digital culture. Can you give us some examples?

Well, I think we should make a distinction between the quality of what we read and the way we get the information. Technology can give us access to a huge amount of information coming from every part of the world. That is an enormous leap forward in many different fields – legal studies, medicine, neuroscience, etc.; I can know almost instantly a new study from somewhere in Japan, for example. It offers us a chance for a democratization of knowledge like never before in our history of the species.

Generally speaking, however, I do not support a great deal of digital reading in the first ten years of childhood. There are caveats: for children and individuals with dyslexia, technology provides

us with a lot of new ways of helping them acquire knowledge as they are slowly learning how to read. There are all kinds of really good things about technology. The problem arises when technology is seen as the answer to the question of education. Such unitary thinking about the complexities of education can be extremely superficial.

In your opinion, can reading help to improve the quality of the decision-making processes of judges and, more generally, of other legal practitioners (e.g. lawyers)? If so, how?

I think there are at least three deep reading processes that are extremely important with regard to the legal system. More specifically, I refer to *i)* empathy skills, *ii)* critical analytic skills, and *iii)* contemplative functions. The combination of the three makes it possible to put together all the information we have. In a word, brainstorming. This is crucially important in the judiciary context, when difficult cases need to be resolved, and you have many clues to be put in connection with each other. Justice is not simple, and I think that an important part of education, in the pursuit of justice, should be to improve those cognitive skills and to be vigilant about using them, particularly when bombarded with too much information.

With specific regard to the new generations, what does your research suggest about the possibility of modelling the “circuits of reading” of young people, through digital tools?

In my new book I express my thoughts about this. In my view, we should work to build what I call a “biliterate reading brain”. In a few words, I believe we would lay the groundwork for a completely new system for teaching our teachers how to instruct young people. Of course, parents also have an enormous role to play. I do not think they fully realize the importance of the first few years of life – between zero and five years: in fact, in those years the child develops his or her interior life with its diverse cognitive, linguistic and social-affective capacities.

Right now, in California, I am trying to help set up a campaign to raise awareness among parents and families about the importance of spending their time reading, talking, even singing to their babies and young children. In fact, music develops many skills that we did not realize.

Then, for the next five years – age five to ten, I suggest to introduce kids to digital devices, so that they can practice coding, programming and (most importantly) they can learn how to think inferentially and spatially. At the same time, however, it is crucial for them to learn how to read – and to read deeply – from traditional printed books. Without going into the details, there is considerable research about why the “traditional” reading practices are so important in those first ten years.

In doing so, we are making them able read deeply and, in parallel, we are teaching kids the beauty and the potential of digital technology.

How important it is to carefully choose what to read?

It is extremely important. Introducing children to the concept of choice is a fundamental part of the process we are talking about. Children typically choose certain books over and over again, and the parents actually get to know their children better through those choices. In this respect, I believe that the worst thing school can do is not to give choice. As Joseph Epstein said, we are what we read. I would add: we are what we read and *how* we read. Reading is a source of joy. Of course, we read to pursue knowledge, but we also read for pleasure. And the act of choosing is itself part of the joy.

When we have no choice, and we haven't learned the pleasure of reading, we actually don't read as much. Of course, that is a horrifying prospect. I do not even want to think about life without

reading, it's one of the greatest gifts in our species' history. However, so many of our children and youth today are not reading.

From your words, we understand that the practice of reading can deeply shape our behavior, and more broadly, the way we think. Do you really believe there is a connection between the exposure to violent contents and the development of aggressive behavior, especially amongst young people?

This is a very tricky and complex question. If you look at those who have committed violent crimes in America, we notice that they were often reading online sites which are supporting violence. What we do not know is whether they read other contents and, if so, what.

I can only say – and I am saying this not as a scientist, but just as an observer of my culture – that there seems to be a terribly tragic connection between people who are reading that material and people who have committed the most violent crimes.

And I might add that, for many years, researchers have been investigating a possible link between violent video games and children's aggressive behaviour, and they have found evidence of such a connection.

Does that mean that all video games are bad? Of course, not. Video games – like everything else – have both good and bad aspects. They can improve visual and motor skills, for example. But they also lead ever more insidiously in many young people to addiction that takes them away from their studies, their friends, and their family.

Therefore, it is no easy question. What I am mainly worried about, as I said earlier, is the current trend of relying solely on one source of information. When I say that we are what we read and how we read, I mean that there is also a strong connection between being exposed to only one type of content or type of games and thinking a particular way, which – in a weak and fragile personality – might be the trigger to commit violent crime.

I am thinking, for example, of the tragic case of a young man who, in the USA, shot a group of Mexicans because he believed that the migrants were taking over our country: he was using language from the things that he had read on sites dominated by literature on white supremacy and Fascism. He was also parroting language used by some political leaders who use fear to solidify their supporters.

In short, I do not have an easy answer for you; my answer would always include that it is necessary to foster critical analytical and perspective-taking capacities in our young. Still more importantly, we must strive to provide our children with multiple perspectives and a firm sense that "others" are only those we do not know yet, but are all part of what makes up the diverse voices of a true democracy.

A final consideration. We were very impressed by the concept of "learned ignorance" you mention in one of the final chapters of your book. Philosopher Nicola Cusano coined the term. It means that, since we have to make decisions in the presence of several conflicting perspectives, the wisest choice is to strive first to fully understand the different positions, and then evaluate and decide on the best path to take. In this regard, you write that, in order to develop Cusano's scholarly ignorance we ought to «bring together the research of various disciplines - cognitive neuroscience, technology, human and social sciences». In fact, «none of them is in itself sufficient to make the kind of decisions we need; but each one adds something essential to the combination of knowledge we need»².

² Our translation from the Italian book, p. 158.

What Nicholas of Cusa taught us through his wonderful words is that we will always be confronted with contradictory truths.

How should we deal with those different truths? This wonderful philosopher suggested that we step outside ourselves and to look at each of the different truths with both empathy and critical thinking. We need, therefore, to suspend our initial judgment, bring all the information together and consider it from multiple perspectives. Of course, this is not an answer to the question of what truth is the *real* truth, but it's an approach to truth that can help us today, where too many of our leaders are intentionally disregarding truth in order to gain more power through false promises and falsely raised fears, particularly of "others".

Within your journal, I believe you are taking a similar approach. You are urging your readers to stepping outside their own disciplines to discover what a fresh perspective from a different viewpoint or discipline would add to their understanding. Indeed with this very interview you are stepping outside the legal sphere, and evaluating what insights from the cognitive neuroscience of reading can add to your own knowledge base. Bravi!

— L'incontro tra la psicoanalisi e le neuroscienze. Intervista a Mark Solms

The meeting between psychoanalysis and neuroscience. Interview with Mark Solms

di Alfio Maggiolini e Virginia Suigo, Mark Solms

Che cos'è la coscienza?

Ci sono differenze tra il concetto di "inconscio" secondo Freud e secondo le neuroscienze moderne?

Credo che l'aspetto più importante da sottolineare, quando si confrontano le credenze attuali con quelle freudiane in tema di coscienza, è che ai tempi di Freud era opinione diffusa che la coscienza avesse a che fare con la percezione. Come un flusso che proviene dall'esterno. Lo stesso Freud era convinto che la coscienza fosse legata alle percezioni. Oltre a questo, tuttavia, secondo Freud esisteva anche di ciò che egli stesso ha definito "coscienza affettiva", o coscienza emotiva. Da questo punto di vista, Freud era in anticipo rispetto al suo tempo. Ora sappiamo che la coscienza emotiva, ossia la coscienza che proviene dall'interno del soggetto, è molto più importante della coscienza percettiva. Quest'ultima, infatti, è secondaria rispetto alla coscienza affettiva. La forma primaria di coscienza è la coscienza endogena, generata internamente. .

In sintesi, tutti i maestri di Freud erano convinti che la coscienza provenisse dall'esterno; Freud stesso lo pensava, ma pensava altresì, in aggiunta a ciò, che esistesse anche una coscienza affettiva. Oggi crediamo che questa coscienza affettiva sia la più importante e che diventiamo consapevoli di ciò che proviene dall'esterno solo grazie ad essa.

Si è verificato un vero e proprio spostamento della nostra attenzione. Mentre in passato eravamo perlopiù concentrati sulla coscienza in relazione al mondo esterno, oggi tendiamo a guardare alla coscienza come a qualcosa che nasce da dentro di noi.

Che cosa ci dicono queste riflessioni circa le motivazioni che guidano il nostro comportamento? In altre parole, per gli esseri umani quanto contano le motivazioni inconsce e quelle consapevoli?

Anche sotto questo profilo, Freud è stato un pioniere nel riconoscere l'importanza delle motivazioni e della soggettività, di ciò che viene da dentro di noi. Ciò che Freud non aveva compreso, tuttavia, è quanto tutto questo abbia a che fare con la coscienza. Freud pensava alle spinte motivazionali interne come a pulsioni, intesi come meccanismi inconsci, corporei, che influenzano la mente in maniera molto indiretta. La prospettiva da cui osserviamo il fenomeno oggi è che questi meccanismi motivazionali interiori sono proprio ciò che genera la coscienza, a partire da ciò che genera le sensazioni come avere fame, sete o sonno. Questa è la forma fondamentale della coscienza. È ciò che ci spinge a uscire fuori nel mondo. L'unica ragione per la quale siamo interessati al mondo esterno è che è proprio lì che si trova tutto ciò di cui potremmo avere bisogno. Pertanto, sensazioni e motivazioni sono due aspetti di un unico fenomeno. Le sensazioni sono l'origine della coscienza; la motivazione è anch'essa l'origine della coscienza. In sostanza, la coscienza è ciò che ci permette di diventare consapevoli del mondo esterno e di attribuire a esso un qualche valore. Pertanto, in questo senso, la coscienza è qualcosa di qualitativo. Ha carattere valutativo. Il mondo, di per sé, è fatto di cose. Il significato che queste cose hanno per noi è permeato dalle sensazioni e dalla coscienza. In definitiva, motivazione, coscienza e sensazione sono tutte parti della stessa cosa.

Qual è la funzione della coscienza riflessiva, o consapevolezza, rispetto alla coscienza affettiva?

Penso che oggi la scienza cognitiva presti troppa attenzione alla coscienza riflessiva. Anche Freud ha commesso lo stesso errore. In ambito scientifico, si parte sempre dalla coscienza riflessiva, perché è l'aspetto dominante della coscienza umana. Pertanto, riteniamo che essa sia la prima forma di coscienza, la sua forma base, il punto di partenza.

Cerchiamo così di indagare la nostra capacità di conoscere la nostra mente. In realtà è una forma derivata, estremamente complessa, una coscienza secondaria o terziaria e non primaria. Penso pertanto che sia un errore iniziare da lì. Prendere le mosse dalla coscienza secondaria, vale a dire la coscienza riflessiva, è il modo sbagliato di affrontare il problema di capire come funzioniamo. In prima battuta, infatti, c'è la coscienza affettiva primaria. Questo è il punto di inizio. In secondo luogo, la coscienza si lega agli oggetti e, così, prendono forma le percezioni riguardo l'esterno. Questa è coscienza percettiva. In terzo luogo, cominciamo a riflettere sulle nostre sensazioni riguardo alle cose. È un enorme vantaggio, per noi esseri umani, essere in grado di fare questo, ma è solo il terzo passaggio nell'ambito del percorso che porta alla comprensione di ciò che è la coscienza. La capacità di riflettere sui nostri pensieri riguardanti le percezioni è solo un dettaglio, una capacità aggiuntiva.

Che cos'è la neuropsicoanalisi? Qual è il contributo dato dalla neuropsicoanalisi alla psicoanalisi?

Vorrei iniziare dicendo che l'oggetto di studio della neuropsicoanalisi è lo stesso della psicoanalisi, ossia la mente. Nel fare questo, però, la neuropsicoanalisi utilizza metodi che sono quelli delle neuroscienze. Ciò offre diverse prospettive su ciò che siamo in grado di conoscere del funzionamento della mente.

I metodi neuroscientifici presentano numerosi vantaggi rispetto a quelli psicoanalitici, ma ciò non significa che possano sostituire del tutto il metodo psicoanalitico. Il metodo psicoanalitico ha il grande potere di essere in grado di esplorare l'esperienza soggettiva, che è molto difficile da studiare oggettivamente. Quindi, per poter studiare la mente anche come oggetto – che è ciò che fa la neuroscienza –, la neuroscienza deve studiare anche il soggetto della mente come oggetto. Ciò significa che, grazie all'aggiunta di metodi oggettivi, che sono quelli neuroscientifici, abbiamo oggi a disposizione molti strumenti nuovi che ci consentono di osservare come funziona la nostra mente. Questo è essenzialmente l'obiettivo che la neuropsicoanalisi sta cercando di raggiungere.

L'indagine attorno a che cosa sia la coscienza rappresenta un ottimo esempio di quanto appena detto. Non avremmo mai capito, grazie ai soli metodi psicoanalitici, che la forma

fondamentale della coscienza è quella affettiva. Non lo sapremo. Perché, invece, lo sappiamo? Lo sappiamo perché, quando osserviamo il cervello dal punto di vista anatomico (attraverso metodi neuroscientifici), stiamo in effetti guardando quale parte del cervello genera la coscienza.

In altre parole, ci stiamo domandando: «*da dove* viene la coscienza anatomicamente, cioè in un modo che è possibile vedere con i nostri occhi?». Non viene dalla corteccia, né dalle aree cerebrali percettive sensoriali. Viene dal profondo. Questa è una scoperta anatomica, che è stato possibile fare grazie ai casi di danno a quelle parti del cervello. Abbiamo potuto vedere, infatti, dove si trovava il danno. E quindi abbiamo avuto modo di applicare tutti quei metodi ulteriori (come la EEG, la stimolazione cerebrale profonda, la PET), che sono in grado di mostrarci quali sostanze neurochimiche vengono attivate quando l'individuo è cosciente e quando non lo è. I metodi neuroscientifici ci hanno insegnato che la coscienza viene dall'interno, non dall'esterno, e che proviene dalla parte del cervello in cui si trovano le pulsioni, che Freud riteneva inconscio. È molto difficile vedere quelle cose usando solo la psicoanalisi.

Ritieni che questo nuovo approccio possa essere utile in sede penale, per aiutare i giudici a prendere decisioni in ordine alla responsabilità penale?

Non sono un esperto di diritto penale, ovviamente, e quello che dico si basa su principi generali e il principio generale deve essere che più elementi abbiamo, meglio è. Meglio ancora se le fonti di prova a disposizione sono differenziate. Avere un solo elemento significa avere maggiori probabilità di commettere errori, perché ogni prospettiva, ogni punto di vista, comporta potenziali errori. Pertanto, la possibilità di osservare lo stesso fenomeno, e le proprie conclusioni, da molteplici punti di vista può essere solo un vantaggio.

Ogni metodo ha i propri punti di forza e di debolezza. Questo è il motivo per cui, a mio parere, non siamo ancora arrivati al punto di poter dire grazie ai metodi neuroscientifici: «questa persona sta dicendo la verità e quest'altra persona invece no». Penso però che questi metodi ci aiutino a capire, almeno in termini generali, come funziona la nostra mente.

Quale è la sua opinione riguardo a quelle teorie secondo le quali alcuni *deficit* cerebrali (che interessano l'area della corteccia frontale o dell'amigdala) potrebbero spiegare il comportamento criminale?

Certamente esistono alcune prove in tal senso, ma esse non implicano che coloro che pongono in essere condotte violente abbiano qualcosa che non va nei loro lobi frontali. Implicano però il contrario: chi presenta dei danni ai lobi frontali, è più propenso a commettere atti violenti e criminali. Ha meno controllo dei propri impulsi. Questo dato è già ben consolidato. Le persone che presentano dei danni alle zone della corteccia frontale deputate ai processi inibitori hanno meno responsabilità, sono meno in grado di controllare i loro impulsi rispetto agli altri. Credo che più comprenderemo queste cose, più saremo in grado di capire noi stessi.

La neuropsicoanalisi può dirci qualcosa di nuovo sulla responsabilità personale?

Sì, sono convinto che la neuropsicoanalisi (e anche le neuroscienze) possa aiutarci a comprendere meglio questo tipo di meccanismi e, in definitiva, a capire qualcosa in più in ordine alla responsabilità personale. Non vorrei tuttavia esagerare. E credo che sia molto facile esagerare – si parla infatti spesso di “neuromania”, intesa come la propensione a credere che quasi tutto possa essere compreso neuroscientificamente.

Penso infatti che ci siano alcuni problemi filosofici riguardanti la responsabilità personale e il libero arbitrio, che rimarranno sempre problemi filosofici. D'altra parte, penso anche che abbiamo a disposizione strumenti per rafforzare sempre più la nostra comprensione in ordine a questo genere di cose.

Riprendiamo l'esempio di cui parlavamo poco fa, riguardante le persone che presentano una lesione cerebrale nelle aree deputate ai meccanismi di inibizione. Quelle persone sono meno responsabili nel senso che hanno una ridotta capacità di controllo degli impulsi. Tale fattore, senza dubbio, avrà efficacia – quantomeno – attenuante, in sede di valutazione sul se (e sul quanto) della responsabilità connessa all'azione.

Un ulteriore passo in avanti è offerto dal caso di coloro che, ad esempio, soffrono di un disturbo comportamentale del sonno REM, in cui una persona è addormentata, ma può commettere (e molto lo fanno) atti violenti. Ecco che, in questi casi, si potrebbe pensare che non esiste responsabilità: se una persona uccide un'altra persona nel sonno, non può essere considerata responsabile del suo gesto. E infatti esistono precedenti giurisprudenziali che si sono conclusi con un giudizio di non colpevolezza.

Al contrario, si tende a pensare che un individuo perfettamente vigile, che ha il pieno controllo del proprio comportamento ed è in grado di fare proiezioni sul futuro, sia responsabile di ciò che fa.

Da qualche parte tra quei due estremi, troviamo le persone con danni ai lobi frontali. Essi sono meno responsabili, il che non significa che non abbiano alcuna responsabilità. E poi esistono tutta una serie di sfumature intermedie tra queste categorie. Ecco perché ho detto che non dobbiamo fare l'errore di credere che la neuroscienza possa, come d'incanto, rimuovere tutti i dilemmi filosofici connessi alla responsabilità personale. Ma penso anche che anche l'esempio del disturbo del sonno REM dimostra che la neuroscienza ha qualcosa da dire. Cinquant'anni fa non conoscevamo questo disturbo. Cento anni fa non sapevamo delle lesioni del lobo frontale. Questi sono progressi scientifici che hanno conseguenze importanti per il mondo.

Più in generale, quale è la sua opinione sul ricorso alla pena come strumento per controllare il comportamento e favorire il cambiamento personale?

È un problema antico. In psicologia c'è un'ampia letteratura sui limiti della punizione come approccio principale al problema della criminalità. D'altra parte, esistono anche prove recenti contro l'utilità del castigo come strumento di lotta alla criminalità, nell'ottica del miglioramento sociale. Sfortunatamente però, come sapete perfettamente, il diritto penale non si fonda solo sulla conoscenza scientifica. Nella maggior parte dei paesi, è coinvolta anche la politica. La politica ha bisogno del sostegno del supporto del popolo, e il popolo chiede vendetta. Pertanto, penso che un compito importante sia quello di educare le persone, educare il pubblico circa i limiti della punizione. Credo che occorra cambiare l'opinione popolare, mentre non abbiamo bisogno di cambiare l'opinione degli esperti: le prove a disposizione sono abbastanza forti. La punizione non è il modo migliore per rendere migliore o più giusta la nostra società, per quanto riguarda il comportamento criminale. Dobbiamo educare il pubblico, quindi.

Pensi che esistano molteplici motivazioni di base, diversi valori e differenti concezioni di ciò che è bene e di ciò che è male?

Esiste un sistema di valori di base che tutti noi, in quanto esseri umani, condividiamo. Ad esempio, c'è un istinto naturale all'attaccamento. Non riguarda solo la razza umana, ma tutti i mammiferi. Abbiamo bisogno di qualcuno che si prenda cura di noi; neppure gli uccelli sono in grado di badare a se stessi. È un bene che ci sia qualcuno che si occupa di noi: tutti i mammiferi lo fanno. Il

nostro sistema di valori e il nostro senso di ciò che è “giusto” e “sbagliato” non è qualcosa che va dall’alto verso il basso, non ha nulla di astratto. Al contrario, è qualcosa di radicato nella nostra stessa natura.

Credo che il diritto penale prenda le mosse proprio da questi valori di base. Penso che parta da qualcosa di biologico, che riguarda i mammiferi. Che ci siano alcuni principi di base, connessi alla paura, alla rabbia, alla sessualità, all’attaccamento, alla cura materna, al gioco e alla ricerca (*seeking*). In base a questo istinto (*seeking*) è un bene essere curiosi, essere coinvolti, interagire, essere ottimisti, essere entusiasti. All’opposto, non fare niente è un male. Restare sdraiati a letto tutto il tempo, non tentare mai nulla, non fare niente, non esplorare nulla, non imparare mai nulla. È questo che intendiamo quando diciamo: sei pigro! Non va bene! Credo che questi criteri etici, questi valori, in realtà riconducano a meccanismi biologici molto di base ed è chiaro il motivo: biologicamente, “non lavorare” è una cosa negativa. Dobbiamo lavorare per procurarci da mangiare e da bere.

Negli ultimi anni (a partire dagli anni ’90) abbiamo imparato che, nel cervello dei mammiferi, esistono numerosi meccanismi motivazionali che si fondano su istinti di base. Il punto è proprio la loro molteplicità. Non due, ma sette. Quando parliamo delle emozioni di base, parliamo di sette emozioni. Sette forze motivazionali di base. Per questo motivo, gran parte della maturità emotiva, della capacità di apprendimento emotivo, dello sviluppo emotivo e dell’educazione emotiva è il frutto un equilibrio tra di esse. È molto difficile assecondare ciascuna di queste esigenze, ma dobbiamo metterle tutte in connessione le une con le altre: è a questo che serve lo sviluppo emotivo. Ognuno di noi deve imparare a gestire bisogni di base contrastanti.

È per questo che la vita è difficile, credo.

— The meeting between psychoanalysis and neuroscience. Interview with Mark Solms

L'incontro tra la psicoanalisi e le neuroscienze. Intervista a Mark Solms

by Alfio Maggiolini, Virginia Suigo, Mark Solms

What is consciousness?

Are there any differences between the concept of “unconsciousness” according to Freud and the concept and the one developed through modern neuroscience?

Well, I think that the most important thing to say about consciousness, when comparing current views to Freudian views, is that in Freud's time everyone believed that consciousness had to do with perception. Consciousness flowed in from outside. Freud himself believed that consciousness attaches to perceptions. What Freud added, however, is that there is also what he called “affective consciousness”, or emotional consciousness. In that respect, Freud was ahead of his time. But where we've shifted now is the realization that the emotional consciousness, which is the consciousness that comes from inside of the subject, is much more important than the perceptual consciousness. Perceptual consciousness, in fact, is secondary to affective consciousness, that is to say that endogenous, internally generated, consciousness is the primary form of consciousness.

So Freud's teachers all thought that consciousness came from the outside; Freud also thought that, but he thought that in addition there is also an affective consciousness. Now instead we believe that the affective consciousness is primary, and that what comes from the outside only becomes conscious via the affective consciousness.

Therefore, I think that there is really a shift of emphasis. Whereas in the past we were more concerned with consciousness as something about the outside world, now we are more concerned with consciousness as something that comes from within us.

What do these conceptions tell us about the motivations that drive our behavior? In other words, are human beings more unconscious than conscious?

Again, Freud was a pioneer in recognizing the importance of motivation and the importance of subjectivity. The importance of what comes from within us. What Freud had not realized though is how much of that has to do with consciousness. Freud thought about the drives, the internal motivating forces. He thought about them much more in terms of unconscious mechanisms, bodily mechanisms, which, in a very indirect way, affect the mind. The way we look on them now is that those internal motivating mechanisms are what generates consciousness, and so they are what generates those feelings like feeling hungry or feeling thirsty or feeling sleepy. This is the fundamental form of consciousness. It is what motivates us to go out into the world. The only reason we are interested in the outside world is that right there that is everything we may need. Therefore, feeling and motivation are part of the same thing. Feelings are the origin of consciousness; motivation is the origin of consciousness too. In essence, consciousness is what allows us to become conscious of the outside world and to attribute value, or quality, to the outside world.

Therefore, in that sense, consciousness is something qualitative. It is evaluative. The world is just things. But the meaning that those things have to us, is imbued via feeling and via consciousness. Therefore, motivation, consciousness and feeling are all part of the same thing.

What is the function of reflective consciousness, or awareness, compared to affective consciousness?

I think that in cognitive science today, we pay too much attention to reflective consciousness, and Freud made the same mistake. When do we think about consciousness? When we try to understand what consciousness is. In science, we start with reflective consciousness, because that is what dominates human consciousness. Therefore, we think this is the natural form. This is the basic kind. This is the entity.

The thing we are trying to understand is our capacity to know our own minds. But that's a very complicated, derivative form. They are just a secondary and tertiary form of consciousness. So I think it's a mistake to start with that. To start with secondary consciousness, that is to say reflective consciousness, is the wrong way to approach the problem of understanding how it all works. First, in fact, we have the primary affective consciousness. That's number one. Secondarily, it attaches to objects, so we have feelings about things. That is perceptual consciousness. Then we reflect upon our feelings about things. It is a great advance for we humans to be able to do this, but it is only a third step in terms of understanding what consciousness is about. It is a detail; it is an additional capacity, to be able to reflect upon our thoughts about our feelings.

What is neuropsychanalysis? And what is the new contribution given by neuropsychanalysis to psychoanalysis?

Let me start by saying that neuropsychanalysis studies the same thing as psychoanalysis, which is the mind. But in doing so, neuropsychanalysis use methods which are neuroscientific methods: so that adds different perspectives in terms of what we can learn about how the mind works.

Neuroscientific methods have many advantages over psychoanalytic methods, but that is not to say it can wholly replace psychoanalytic method. The psychoanalytic method has the fantastic power of being able to explore subjective experience, but subjective experience is very hard to study objectively. So to be able to study the mind also as an object – which is what neuroscience provides –, the subject of the mind can be studied as an object by neuroscience. That means that by adding objective methods, by adding neuroscientific methods, we have a whole lot of new tools for looking at how our mind works. That is essentially what neuropsychanalysis is trying to do.

When it comes to studying consciousness, there is a very good example of that. We would never have known, from psychoanalytic methods alone, that the fundamental form of consciousness is affective. We would not know that. Why do we know that? It is because when you look at the brain anatomically (through neuroscientific methods), you look at which part of the brain generates consciousness.

In other words, you are asking yourself: «*where* anatomically – which is something you see with your eyes – does the consciousness come from?». It does not come from the cortex. It does not come from the outside sensory perceptual parts of the brain. It comes from the deep core. That is an anatomical discovery. It is something that was discovered when damage was done to that part of the brain. And we could see where the damage is. And then we could use all sorts of other methods (like EEG, deep brain stimulation, PET imaging), which can show us which neurochemicals are activated when you're conscious and when you're unconscious and so on.

What neuroscientific methods taught us, as far as consciousness is concerned, is that consciousness comes from inside, not from outside, and that it comes from the part of the brain where the drives are, which Freud thought were unconscious. It is very hard to see those things using psychoanalysis only.

Do you believe this new method can be useful in criminal law courts to help judges to take decisions about criminal responsibility?

Well, I am no expert in penal law, of course. What I am saying is based on general principles, but certainly, the general principle must be the more evidence that you have, the better. And the more different the sources of evidence, the better. If you have only one line of evidence, then you're more likely to make mistakes, because each perspective, each viewpoint comes with its own potential errors. Therefore, to be able to see the same thing, and to check your conclusions, from multiple points of view can only be an advantage.

In fact, each method has its strengths and weaknesses. That is the reason why I do not think that we are at a point yet where you are able to say: «this person is telling the truth and this person is not», by neuroscientific methods. But I think that those methods do help us to be able to understand, at least in general terms, how our mind works.

What do you think about those theories according to which some brain dysfunctions (involving the area of the frontal cortex or of the amygdala) could explain criminal behavior?

Well, certainly there is some evidence along these lines that is available to us. It does not mean that people who indulge in violent criminal behavior have something wrong with their frontal lobes. But it does mean the other way round. If you have damage to your frontal lobes, you are more inclined toward violent and criminal behavior. You have less control over your impulses. This is already well established.

So when you ask: «can neuroscience contribute to jurisprudence?», well, there's a good example of it. People who have damage to the inhibitory parts of their frontal cortex, have less responsibility, are less capable of controlling their impulses than somebody who does not. You could go back even further than that. We do not like to remember this, but there was a time when homosexuality was considered a deviant moral choice. We did not understand the brain mechanisms involved in gender and in sexual orientation at the time.

I think the more we understand these things, the more the more we will be able to understand ourselves.

Do you think that neuropsychanalysis can tell us something about the personal responsibility in new ways?

Yes, I think neuropsychanalysis (and neuroscience too) can contribute to understanding these sorts of mechanisms, and ultimately can help us to understand something about personal responsibility. I do not want to, though, exaggerate. And I think it's very easy to exaggerate – you know, we often speak about “neuromania”, which is the tendency to think that almost everything could be understood neuroscientifically.

I think that they are philosophical problems about personal responsibility and free will, which will always remain philosophical problems. However, I think that, again, we can make more and more solid our thinking about these sorts of things. Take the example we were talking about a few minutes ago about people who has damage to the inhibitory structure of their brain. They have less responsibility in the sense that they have less capacity to control their impulses. This surely is at the very least a mitigating factor in terms of understanding whether or not (and to what extent) somebody should be held responsible for his or her actions. One step beyond is the case of people who have, for example, REM behavior disorder. In REM behavior disorder, the person is asleep. They can commit and they do commit violent acts. There, one would think, is no responsibility: if you are asleep and you kill somebody, you cannot be held responsible for that. And they are legal precedents that people are not found guilty.

By contrast, if you are perfectly well awake, perfectly in control of your actions and able to think ahead, you tend to be responsible for your actions. Somewhere between those two, you have people with frontal lobe lesions, with damage to their frontal lobes. They are less responsible, that does not mean there is no responsibility. And then there's all kinds of grades between those. So that's why I said that we should not believe that neuroscience can suddenly remove all of the philosophical dilemmas about personal responsibility.

But I also think that even the simple example I've just given you shows that neuroscience does have something to say. It does have something to add. Fifty years ago, we did not know about REM behavior disorder. A hundred years ago, we did not know about frontal lobe lesions. So certainly, this is progress, this is scientific progress and it has consequences for the world.

More broadly, what do you think about punishment as a way to control behavior and to change behavior?

This is actually quite an old question. There is an enormous literature in psychology about the limitations of punishment, as the leading concept of how one should deal with criminality. On the other hand, there is also a new evidence that speaks very strongly against punishment as being the best way for us to improve our society in relation to criminality. Unfortunately, as you perfectly know, the sorts of things that decide criminal law is not only science. In most countries, there is politics involved. Politics need people's support, and people desire for revenge. Therefore, I think an important task is to educate people, to educate the mass of people about the limitations of punishment. I think that we need to change popular opinion.

We do not need to change expert opinion: the evidence is strong enough. Punishment is not the best way to rectify or to improve our society as far as criminal behavior is concerned. We need to educate the general public.

Another important thing has to do with natural instinct. There is a basic value system there that that we all – as humans – share. For example, there is an innate instinct to attach. Not just

humans, all mammals attach. You need somebody to look after you; even birds cannot look after themselves. It is good to have your caregiver looking after you: all mammals know that. We all know that. Our sense of values and our sense of what is right and wrong, it is not all top-down, it is not abstract. At the contrary, it is something rooted in our very nature.

I think the criminal law starts from those basic values. I think it does not start with something abstract; I think it starts with something biological, it starts with something mammalian. That there are basic values, about fear, about rage, about lust, about attachment, about maternal care, about play... and seeking, which is another instinct. It is good to be interested, to be engaged, to be interactive, to be optimistic, and to be enthusiastic. It is bad to do nothing. To lie and lounge at home all the time, to never try anything, to never do anything, to never explore anything, to never learn anything. This is basically what we say: You're lazy! You know, it is bad!

I believe that these ethics, these values, actually come back down to very basic biological mechanisms and you can see why: biologically, is bad to "do nothing". Because you have to work to eat and to drink.

On the other hand, have a multiple values, multiple conceptions about what is good and what is bad...

Well, that is another thing that is very important. We have learnt in recent years – by which I mean since the 1990s – that there are multiple basic instinctual motivating mechanisms in mammal brain. Precisely because there are a multiplicity of them. Not two: seven. When it comes to the basic emotions, they are seven. Seven basic motivational forces. For all of that reason, the huge part of emotional maturity and learning emotional maturation and emotional development and emotional education is a balance between them. Is very hard to meet each one of those needs, but to meet all them in conjunction with each other, this is what emotional development is all about. Each of us has to learn how to deal with those contradictory needs and values. That is why life is difficult, I think.

— Valutazione clinica dello stato di coscienza alla luce delle nuove tecnologie*

Clinical evaluation of the state of consciousness in the light of new technologies

di Piergiorgio Strata

Abstract. Negli ultimi decenni le persone muoiono in condizioni completamente nuove: ciò ha fatto emergere problemi etici che hanno spinto a un riesame dei nostri diritti e doveri di fronte alla morte. Le nuove condizioni del morire sono quelle legate all'uso di strumenti e macchine atte a ritardare la morte, con funzioni non più garantite al corpo del paziente. Si tratta di un tema eticamente controverso al quale la scienza offre sempre nuove conoscenze delle quali è necessario fare un'accurata analisi. Il punto centrale in questo settore è valutare in un paziente lo stato di coscienza. Per affrontare l'argomento riassumerò brevemente i concetti di base degli stati di coscienza fisiologici e patologici per poi concentrarmi sui nuovi risultati ottenuti con la tecnica delle neuroimmagini. A questi straordinari progressi hanno contribuito studiosi italiani, in particolare il gruppo di Marcello Massimini a Milano, e altri gruppi guidati da Steven Laureys in Belgio e da Adrian Owen in Canada. L'argomento è interessante sotto il profilo non solo medico-scientifico, ma anche giuridico: riguarda infatti tanto coloro che debbono assistere e decidere come trattare un paziente, quanto coloro che, in base alla nuova legge del 22 dicembre 2017 – "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" (DAT) – desiderano esprimere le proprie volontà sul fine vita.

Abstract. In recent decades, people have been dying in completely new conditions, which has led to the emergence of ethical problems that have prompted a review of our rights and obligations in the face of death. The circumstances surrounding death are related to the use of tools and machines aimed at prolonging life, but with no guarantee that the patient will retain their bodily functions. This is an ethically controversial issue to which science always offers new knowledge and which requires a careful analysis. The focus in this area is to assess the state of consciousness in a patient. To address the subject, I will briefly summarise the basic concepts of physiological and pathological states of consciousness. I will then focus on the new results obtained via neuroimaging. Italian scholars have contributed to this extraordinary progress, notably Marcello Massimini's group in Milan, and other groups directed by Steven Laureys in Belgium and by Adrian Owen in Canada. The topic is interesting not only from a medical-scientific point of view, but also from a legal one: it concerns both those who have to assist and decide how to treat a patient, and those who, under the new law of 22 December 2017 – "Norme in materia di

* Conferenza tenuta il 15 ottobre 2018, presso l'Aula dei Gruppi parlamentari, Roma, e intitolata "Fine vita. Il dovere di informare ed il diritto ad essere informati per la libertà di scelta e la dignità delle cure: la legge 219/2017".

consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" (DAT) – wish to express that the choice to end their life is made of their own volition.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La coscienza. – 3. Il contenuto della coscienza. – 4. Disordini della coscienza. – 5. Valutare la consapevolezza. – 6. Veglia e consapevolezza. – 7. Le immagini. – 8. Ricadute. – 9. Il diritto di prendere le proprie decisioni?

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Consciousness. – 3. Content of consciousness. – 4. Disorder of consciousness. – 5. Evaluating awareness. – 6. Wakefulness and awareness. – 7. Images. – 8. Repercussions. – 9. The right to make our own decisions?.

1. Introduzione.

La valutazione dello stato di coscienza di una persona è un tema che assume un ruolo importante nel quadro eticamente controverso che riguarda il fine vita. Recentemente in Italia il problema è emerso in seguito ad alcune vicende che hanno coinvolto l'Associazione Luca Coscioni, e in particolare Marco Cappato, leader della campagna per la legalizzazione dell'eutanasia nel nostro Paese. Questi ha sfidato con grande coraggio la mancanza di una legge su questo tema accompagnando due persone che volevano porre fine alle loro sofferenze in un Paese, la Svizzera, dove è consentito quello che è definito suicidio assistito. In altre parole, la persona che desidera mettere fine alla sua vita deve autosomministrarsi un farmaco che induce un sonno profondo durante il quale avviene una cessazione irreversibile delle sue funzioni biologiche.

Molto noto alla cronaca è il caso di Fabiano Antoniani, meglio conosciuto come Dj Fabo. Nel 2014, a seguito di un grave incidente automobilistico, rimase paraplegico e affetto da cecità permanente, non autonomo nella respirazione, nell'alimentazione e nell'evacuazione e in stato di costante e acuta sofferenza. Aveva tuttavia conservato intatte le facoltà intellettive e dunque era pienamente cosciente dell'irreversibilità della sua condizione. Dinanzi alla ferma volontà di Fabiano di recarsi all'estero per ottenere assistenza alla morte volontaria, Cappato decise di accompagnarlo in Svizzera, guidando un'autovettura appositamente predisposta. Al ritorno dalla Svizzera, Cappato, consapevole del divieto per la legge italiana anche del solo aiuto al trasporto in Svizzera del malato che ne faccia richiesta, si è autodenunciato mettendo in pratica un atto di disobbedienza civile al fine di modificare i divieti previsti dal codice penale, a partire dall'articolo 580, secondo il quale «chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni».

Nell'ambito del processo penale che ne è seguito¹, nell'ottobre 2018, la Corte Costituzionale (cui il giudice di merito aveva chiesto di valutare la compatibilità della norma penale sull'aiuto al suicidio con la nostra Costituzione) ha invitato le Camere a intervenire, entro il termine di un anno, per colmare il vuoto legislativo che esiste in materia; il processo resterà pertanto congelato fino al prossimo 24 settembre, data in cui si terrà la prossima udienza della Corte costituzionale². In sostanza, quel che la Corte ha comunicato al Parlamento è: «o decidi tu, o ci penso io, ti do un anno di tempo».

¹ A seguito dell'autodenuncia, Cappato è stato sottoposto a processo dinanzi alla Corte di assise di Milano, con l'accusa di aver rafforzato il proposito suicidario di Fabiano Antoniani, il quale si è effettivamente tolto la vita nel febbraio 2017 (si veda, a tal proposito, [l'ordinanza di rimessione pronunciata dalla Corte di Assise di Milano il 14 febbraio 2018](#)).

² Più nello specifico, nel [comunicato stampa della Consulta del 24 ottobre 2018](#), si legge: «nella camera di consiglio di oggi la Corte costituzionale ha rilevato che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. Per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale all'udienza del 24 settembre 2019».

Nel momento in cui scriviamo, mancano meno di 100 giorni alla scadenza dettata dalla Corte e ad oggi, a ben 8 mesi dalla ordinanza della Consulta, ancora non è presente in Parlamento nemmeno un testo base su cui far iniziare la discussione.

Ma il tema richiama sempre molte discussioni e tavoli tematici tra gli esperti come quello organizzato lo scorso ottobre a Roma, alla Camera dei Deputati, dall'Ordine dei giornalisti del Lazio, sotto l'abile guida della giornalista Monica Soldano. Lo scopo del convegno è stato quello di un approfondimento e di un aggiornamento sulle tecnologie che permettono di valutare meglio lo stato di coscienza di un individuo e in particolare negli stati di una sua grave compromissione.

2. La coscienza.

La parola "coscienza" nella nostra lingua ha due significati diversi: può riferirsi ai valori morali oppure a una particolare condizione della mente che possiamo definire "stato cosciente". Si tratta di un'esperienza strettamente personale che può essere identificata come "ciò che perdiamo durante il sonno" oppure quando siamo sotto l'effetto di un'anestesia.

Lo stato di coscienza è strettamente legato all'attività della corteccia cerebrale che consta di due "foglietti", ciascuno in un emisfero cerebrale, che hanno uno spessore di circa 2-4 mm e una superficie totale di quasi un quarto di metro quadrato. In questi due foglietti alberga un'immensa ferrovia costituita dalle sottilissime fibre nervose di circa venti miliardi di neuroni. La lunghezza totale delle fibre è di 176.000 km (**Marrner et al., 2003**). Esse conducono segnali elettrici (i potenziali d'azione) da un neurone all'altro tramite un milione di miliardi di contatti specializzati, le sinapsi. Queste sono sia di tipo eccitatorio quando trasmettono l'informazione, sia di tipo inibitorio quando la frenano.

Giulio Tononi e Marcello Massimini, in collaborazione con altri ricercatori (**Massimini et al., 2005**), hanno fornito un contributo importante per caratterizzare alcune differenze che esistono nel cervello di chi è in stato di veglia e di chi è in stato di sonno. Sulla superficie del cranio di soggetti volontari hanno applicato un alto numero di elettrodi per mappare finemente lo stato elettrico delle varie regioni della corteccia. Hanno poi applicato stimoli elettrici localizzati a un determinato punto della stessa corteccia tramite una variazione del campo magnetico generato da un magnete posizionato vicino al cranio. In questo modo gli impulsi elettrici stimolano piccoli gruppi di cellule nervose corticali.

Quando il soggetto è sveglio, l'attività evocata nei neuroni sottostanti si propaga facilmente ad altri siti della corteccia; mentre quando l'individuo dorme, nello stato di sonno profondo senza movimenti rapidi degli occhi (sonno non-REM, detto anche sonno a onde lente), lo stimolo rimane circoscritto alla zona stimolata. In altre parole, durante lo stato di veglia, nella sconfinata ferrovia della corteccia cerebrale la mobilità dei treni è molto elevata, per ridursi durante il sonno a onde lente. La perdita della coscienza è quindi dovuta al ridotto dialogo fra i neuroni della corteccia cerebrale.

Queste ricerche hanno importanti ricadute pratiche: in campo clinico per lo studio degli stati comatosi e della distinzione fra perdita di coscienza e semplice impossibilità di rispondere a stimoli come succede nei pazienti *locked-in*³, in campo anestesilogico per la pianificazione e il controllo dei vari tipi di anestesia e di sedazione, in neuroetica per i problemi sul fine vita e infine nella ricerca per lo studio sulla comparsa dello stato di coscienza nei neonati.

3. Il contenuto della coscienza.

³ Sulla predetta sindrome, cfr. *infra*, par. 4.

Quando siamo svegli e quindi coscienti, la nostra mente passa in rassegna una serie di contenuti. Ognuno di essi può riferirsi alla percezione di uno stimolo che arriva dall'esterno, ma può esistere anche in assenza di stimoli esterni come contenuto dell'immaginazione. Come si genera tale contenuto?

Una brillante serie di ricerche, in parte dovute a due grandi studiosi francesi (**Dehaene e Changeux, 2011**), ha dimostrato ad esempio che uno stimolo luminoso non viene percepito se il segnale che parte dalla retina raggiunge la sola corteccia visiva. La percezione si crea soltanto se il segnale, raggiunta quest'ultima, si propaga e, come una valanga, recluta progressivamente un certo numero di neuroni corticali sparsi in varie aree della corteccia. In questo contesto è ben dimostrata la particolare importanza della corteccia frontale. Scimmie in stato di veglia sono state addestrate a segnalare la percezione di uno stimolo. Quando quest'ultimo genera una percezione si osserva un notevole aumento di attività nella corteccia frontale, mentre in assenza di percezione l'attività è più debole e si perde durante il percorso dalla corteccia visiva primaria verso i lobi frontali. L'importanza della propagazione è stata confermata anche con la microstimolazione dell'area visiva primaria (**van Vugt et al., 2018**).

Le regioni coinvolte sono diverse a seconda del contenuto percettivo. In altre parole, il contenuto della coscienza dipende dalle zone della corteccia cerebrale che sono attive in quel determinato istante. Questa invasione è stata definita innesco globale (Dehaene e Changeux, 2011) e ha la durata di circa mezzo secondo. Soltanto alla fine di questa invasione è possibile che un nuovo stimolo abbia accesso alla coscienza.

4. Disordini della coscienza.

Questo è un elenco dei vari stati mentali che si osservano in condizioni fisiologiche e patologiche:

- veglia;
- consapevolezza;
- stato cosciente;
- stato di minima consapevolezza;
- stato vegetativo;
- coma;
- morte cerebrale.

Il termine "disordini della coscienza" è tipicamente usato per tre condizioni: (a) **coma**, (b) **stato vegetativo** e (c) **stato di minima consapevolezza** (Giacino et al., 2002, Plum e Posner, 1983); questi "disordini" sono definiti esclusivamente in base al comportamento esibito dal paziente.

Il **coma** descrive una condizione acuta, che dura in genere da due a quattro settimane dopo la lesione cerebrale: i pazienti in stato comatoso non aprono gli occhi e mostrano solo risposte riflesse alla stimolazione. A differenza dello stato vegetativo, quindi, la componente della veglia della coscienza è generalmente assente.

Lo **stato vegetativo**, attualmente detto anche **sindrome della veglia non responsiva**, descrive una condizione in cui i pazienti alternano sonno e veglia e mancano di consapevolezza: quando aprono gli occhi il loro sguardo vaga nello spazio, ma non fissano qualcosa o qualcuno. Inoltre non seguono oggetti con movimenti lenti che oscillano di fronte a loro, movimenti di inseguimento visivo (giudizio comportamentale). I pazienti in stato vegetativo mantengono tipicamente movimenti riflessi e raramente richiedono un sistema di supporto vitale per regolare le funzioni cardiache e respiratorie. Quindi la diagnosi di stato vegetativo si basa su fattori negativi. Gli standard internazionali adottano come criterio di stato vegetativo la nozione di "nessuna evidenza dell'io" (Laureys et al., 2010, p. 3). Talvolta, un paziente con veglia e consapevolezza potrebbe essere impossibilitato a rispondere e

pertanto questo rende impossibile accertare lo stato di consapevolezza. Come i pazienti in coma, essi non mostrano un comportamento intenzionale, pur mantenendo le risposte riflesse.

Lo **stato minimamente consapevole** – in ambito medico si preferisce il termine di **stato di minima coscienza** (Giacino et al., 2002, p. 349) – differisce dalle condizioni precedenti per la presenza di evidenze non continue e non prevedibili, seppur ripetute, di consapevolezza. In contrasto con gli stati comatosi e vegetativi, i pazienti minimamente coscienti dimostrano risposte inconsistenti, ma appropriate al comando e/o alla stimolazione sensoriale.

Due condizioni correlate che sono spesso confuse con il coma, lo stato vegetativo o lo stato minimamente consapevole, sono la sindrome *locked-in* e la morte cerebrale.

La **sindrome *locked-in*** non è un disturbo della coscienza, ma è di fondamentale importanza nella diagnosi differenziale. I pazienti affetti da questa sindrome sono svegli e pienamente consapevoli, ma non hanno mezzi per produrre movimenti del linguaggio, degli arti o del viso (Plum & Posner 1983). Famoso il caso del giornalista parigino Jean-Dominique Bauby, il quale, colpito da un ictus nel 1995 si risvegliò dopo 20 giorni e si accorse che il suo corpo aveva cessato di funzionare del tutto: poteva controllare soltanto la sua palpebra sinistra. Muovendo la palpebra riuscì a dettare un intero libro, una lettera per volta, e scrisse in questo modo “*Lo scafandro e la farfalla*” (Bauby, 1997). Un altro caso è quello di Severino Mingroni, dell’Associazione Luca Coscioni, divenuto malato *locked-in* dopo una trombosi dell’arteria basilare, il quale è stato anche candidato nella Lista Bonino-Pannella alle elezioni Europee per l’Italia Meridionale nel 2009. Questi pazienti, se interpellati, **non manifestano il desiderio di morire**. Laureys e i suoi colleghi hanno recentemente intervistato 91 pazienti con sindrome *locked-in* e hanno scoperto che più della metà di essi ha dichiarato di essere relativamente soddisfatto della propria qualità di vita (Bruno et al., 2011).

A tal proposito, vorrei sottolineare un aspetto a mio avviso centrale: la differenza fra essere trattato come soggetto e oggetto. Se, come risulta da recenti studi in materia (Zahavi, 2019), essere trattato come soggetto migliora la qualità e la volontà di vita dei pazienti *locked-in*, credo sia quanto mai doveroso riconoscere, anche in capo a queste persone, il diritto che ognuno di noi ha di decidere (in questo caso, per decisione anticipata se incosciente) di non essere trattato come un oggetto, posto che – inevitabilmente – un individuo incapace di muoversi vive buona parte della sua vita come un oggetto.

La **morte cerebrale** è un termine clinico che si riferisce a una perdita completa e irreversibile della funzione della corteccia e del tronco cerebrale che è situato fra il midollo spinale e il diencefalo, con conseguente inevitabile cessazione della vita. I criteri diagnostici per la morte cerebrale richiedono la perdita di tutti i riflessi del tronco (Per un’eccellente revisione della morte e del cervello, vedi Laureys, 2005).

5. Valutare la consapevolezza.

Qualsiasi valutazione della consapevolezza basata sul comportamento espresso dopo una lesione cerebrale presenta notevoli difficoltà per vari motivi. In primo luogo, il paziente può essere incapace di comunicare in seguito a un danno cerebrale cronico, ma questo non implica necessariamente una mancanza di consapevolezza. In secondo luogo, la valutazione comportamentale è altamente soggettiva: eventuali comportamenti come sorridere e piangere sono in genere riflessi automatici, ma in certi contesti potrebbero essere gli unici mezzi di comunicazione disponibili per un paziente e quindi riflettere un atto volontario. Queste difficoltà, accoppiate con esperienza e conoscenza inadeguate e con la relativa rarità di queste condizioni complesse, contribuiscono a fornire un elevato tasso di diagnosi errate (fino al 43%) dello stato vegetativo (Andrews et al., 1996; Childs et al., 1993; Schnakers et al. 2006, 2009).

6. Veglia e consapevolezza.

Lo stato di veglia e quello di consapevolezza possono coesistere insieme, ma si può avere uno stato di veglia senza consapevolezza e non viceversa. Mentre per accertare lo stato di veglia possiamo usare semplicemente l'elettroencefalogramma (EEG) in relazione alle ben note caratteristiche dei ritmi alfa e beta, per accertare la presenza della consapevolezza è necessario stabilire se il paziente ha un'idea del rapporto fra il "sé" ed il tempo e lo spazio. Se il paziente non può esprimersi verbalmente può rispondere con gesti a domande che implicano una risposta "sì" o "no". In questo caso egli risponderà ad esempio con un "sì" muovendo la mano destra o con un "no" muovendo la mano sinistra. Tuttavia, vi sono casi nei quali il paziente non è in grado di eseguire movimenti per aver subito traumi che hanno leso i centri motori (paralisi). In costoro è talvolta possibile registrare dalla superficie del cranio una variazione di attività elettrica espressione del comando motorio che è partito dalla corteccia cerebrale, segnale che, a seguito delle lesioni subite, non è in grado di raggiungere i muscoli. Con il fallimento di queste procedure si apre la porta all'uso di nuove tecnologie.

7. Le immagini.

Recentemente le cose sono cambiate drasticamente grazie all'uso di sofisticate tecnologie basate sulle neuroimmagini, come la Risonanza Magnetica funzionale (RMf) e la Tomografia ad Emissione di Positroni (PET), per misurare in maniera non invasiva il consumo di ossigeno e di conseguenza il flusso ematico locale. A queste tecniche si è aggiunta recentemente la spettroscopia nel vicino infrarosso (Near InfraRed Spectrography, NIRS) che ha il vantaggio di richiedere uno strumento più portatile, silente e a basso costo. Inoltre è in grado di esaminare pazienti che per vari motivi non possono essere inseriti nell'apparecchiatura della RMf (**Abdalmalak et al., 2017**).

L'uso di queste macchine, capaci di valutare l'attività metabolica del cervello nell'uomo integro mentre la persona è in grado di collaborare con lo sperimentatore, ha fornito un formidabile strumento per studiare la correlazione che esiste fra eventi mentali e attività del cervello (**Boly et al., 2007**). Queste tecniche si basano sul principio che un aumento del metabolismo induce una dilatazione locale dei vasi che permette un maggior apporto di sangue, e quindi di glucosio e di ossigeno, alla regione interessata. Nel linguaggio tecnico questi cambiamenti di flusso ematico sono definiti spesso come regioni di "attivazione". Il termine può trarre in inganno in quanto la parola "attivazione" si riferisce al metabolismo e non necessariamente alla maggiore o minore attività delle cellule nervose. Questo perché al metabolismo contribuiscono non soltanto l'attività elettrica dei neuroni, ma anche in misura molto più significativa l'attività metabolica delle sinapsi. Qui, il costo è legato al ciclo di rilascio e ricaptazione del neurotrasmettitore, sia esso eccitatorio o inibitorio. È ben dimostrato che in certi gruppi di neuroni nei quali l'attività elettrica cessa completamente per essere investiti da un'intensa attività da parte di fibre di tipo inibitorio, l'attività metabolica di quel sito aumenta significativamente (**Batini et al., 1984, Raichle, 2006**). A questo si aggiunge il costo metabolico di cellule non nervose come le cellule della glia, dette astrociti (**Zimmer et al., 2017**). In conclusione, l'aumento del metabolismo in un'area del cervello ci indica soltanto il suo coinvolgimento e l'entità delle sue variazioni.

Per collaudare l'uso di queste tecnologie nei pazienti, **Boly et al. (2006)** hanno validato il possibile uso su persone sane che volontariamente si sono rese disponibili dimostrando che nel loro cervello si evidenziano variazioni metaboliche mentre immaginano di spostarsi nello spazio oppure di eseguire movimenti volontari in completa immobilità.

Il problema è di estrema attualità nello studio delle patologie del sistema nervoso che ci permettono di rilevare un possibile stato cosciente in persone che non sono in grado di parlare o di eseguire movimenti. Questo nuovo corso ha permesso di dimostrare che una buona parte di pazienti in stato vegetativo hanno un certo grado di consapevolezza (percentuale del 17% in **Monti et al.; 2010, Owen, 2013, 2019**). In conclusione, in questo modo, in pazienti che non possono fornire risposte verbali

o gestuali dirette si possono identificare pensieri, azioni e intenzioni sulla base esclusivamente del tipo di attività che si osserva nel cervello del paziente. Oggi questo permette, di fronte a un paziente con lesioni cerebrali, di ottenere informazioni fondamentali per la cura, la diagnosi e la prognosi con la conseguente scelta di proseguire o meno il trattamento.

Vediamo ora alcuni esempi di esperimenti eseguiti su pazienti con l'uso delle neuroimmagini.

A una persona sana si chiede di immaginare di giocare a tennis. Tramite le immagini si osserva una variazione di attività nell'area corticale premotoria che è l'area dove vengono programmati i movimenti (**Boly et al., 2007**). Se la stessa domanda viene rivolta a pazienti con diagnosi di stato vegetativo è possibile osservare in alcuni di essi una variazione di attività nella stessa area premotoria (**Owen et al., 2006**).

In un altro esperimento con diagnosi di stato vegetativo, al paziente si chiedeva se Thomas è il nome del padre. Se la risposta è "sì" egli deve immaginare di giocare a tennis. In questo caso la variazione di attività è situata nell'area premotoria. Se la risposta è "no" il paziente deve immaginare di camminare in casa. Tramite le immagini si osserva una variazione di attività nell'ippocampo dove risiedono le mappe spaziali (**Monti et al., 2010**).

Su 16 pazienti con diagnosi di stato vegetativo, si è usata la registrazione elettroencefalografica per la valutazione delle risposte poste al paziente. A essi si chiedeva di stringere la mano destra oppure le dita del piede. In tre di costoro (19%) si sono osservate variazioni dell'attività elettrica nelle appropriate aree corticali (**Cruse et al., 2011**). In uno studio si è chiesto ai pazienti di compiere movimenti e si è dimostrato che come risposta l'attività elettroencefalografica mostrava un'attività simile a quella che si ha nello stato di veglia (**Cruse et al., 2012**). Analizzando i risultati apparsi su 37 pubblicazioni scientifiche, che hanno coinvolto un totale di 1041 pazienti, è stato confermato che circa il 20% dei pazienti, pur essendo totalmente incapaci di rispondere con un atto motorio erano consapevoli (**Kondziella et al., 2016**).

In soggetti sani esiste una correlazione fra l'attività elettrica dei neuroni che appartengono al cosiddetto talamo mediale e quella della corteccia cerebrale. Il talamo è una struttura situata al di sotto della corteccia. La regione situata in posizione laterale è detta anche talamo specifico. Attraverso essa transitano informazioni sensoriali topograficamente precise che dalla periferia raggiungono la corteccia per apprezzare nei dettagli il mondo che ci circonda. La regione del talamo che si trova vicino alla linea mediana costituisce il talamo mediale costituito da neuroni i cui assoni dei neuroni sono molto ramificati e proiettano a vaste aree della corteccia cerebrale. Quest'ultima a sua volta invia abbondanti connessioni al talamo e le due strutture costituiscono un sistema integrato che regola le onde lente che si osservano nel sonno non-REM e quelle rapide della veglia. Si tratta di un sistema critico per la regolazione del sonno, un cancello che quando si chiude ci isola dal mondo, e si apre al risveglio. La sua funzionalità è critica anche per gli stati di coscienza.

Per integrare quanto descritto nello studio dei pazienti vegetativi mediante l'uso delle immagini, vi è un recente esperimento che ha fatto uso un'altra tecnica di tipo elettrofisiologico. Lo studio è stato condotto su un paziente in stato vegetativo e uno in stato di minima coscienza. Nel cervello dei due pazienti sono stati impiantati elettrodi in ambedue i lati del talamo mediale con lo scopo di migliorare lo stato di coscienza. Nel secondo paziente si è dimostrata una correlazione fra l'attività elettrica del talamo e quella della corteccia, mentre nel paziente in stato vegetativo la correlazione era assente (**Magrassi et al., 2018**).

Nel complesso si può concludere che dai dati che oggi si ottengono dai pazienti in stato vegetativo, ma responsivi, si deduce che essi sono dotati di attenzione continua, di capacità di comprendere il linguaggio, di elaborare una risposta di fronte a proposte alternative e di possedere una memoria a breve termine per elaborare risposte adeguate. Tutto questo ci consente di affermare che l'individuo è in stato di consapevolezza. Recentemente l'importanza dell'uso delle immagini nei

pazienti con mancanze dello stato di coscienza è stata riconosciuta dal Royal College of Physicians del Regno Unito nel 2015 e dall'Accademia americana di Neurologia nel 2018 (Owen, 2019).

8. Ricadute.

La ricaduta pratica di questi esempi è importante sotto molteplici profili. Innanzitutto perché, se il paziente dimostra di essere in grado di comunicare attivamente, bisogna permettergli di esprimersi sul suo stato, creando le necessarie condizioni; oltretutto, non è da escludere che questo solo fatto – la possibilità cioè di recuperare un elemento di relazione con le persone che lo circondano – possa contribuire non poco a migliorare le condizioni complessive del paziente.

Un'altra ricaduta pratica di queste tecniche di neuroimmagini riguarda nello specifico i pazienti sotto anestesia durante un intervento chirurgico. Si tratta di pazienti che diventano accidentalmente consapevoli durante un intervento operatorio dopo aver ricevuto l'anestesia generale associata al blocco dei movimenti. Essi mantengono uno stato di consapevolezza nascosta. Rilevare la coscienza in questo contesto è molto impegnativo, ma importante. Ad oggi, sono necessarie ulteriori ricerche per determinare l'implementazione di queste valutazioni nel contesto chirurgico, e questo approccio fornisce vie promettenti per migliorare la rilevazione di consapevolezza intraoperatoria e la prevenzione di consapevolezza accidentale sotto anestesia generale e immobilità.

9. Il diritto di prendere le proprie decisioni?

I pazienti in stato vegetativo e di minima coscienza non sono, di per sé, in grado di comunicare e nella maggior parte dei casi non hanno rilasciato dichiarazioni di intenti. In questo caso sono i familiari a dover prendere decisioni sulla base di ipotesi su ciò che essi avrebbero voluto, ipotesi tutte da verificare. Con le nuove tecnologie si può chiedere al paziente di esprimere le proprie decisioni sul fine vita, ma questo solleva dilemmi etici: occorre tenere presente una serie di limiti alle nostre attuali capacità di interpretare in modo certo la volontà di queste categorie di pazienti. È lecito chiedere a questi pazienti se desiderano rimanere vivi o morire se poi non sappiamo che fare con la loro risposta? E soprattutto, se un paziente risponde «sì, voglio morire», abbiamo le leggi che consentono di esaudire il suo desiderio?

La risposta, ad oggi, è negativa. Infatti, pur essendo stati compiuti importanti passi in avanti nel campo della disciplina del consenso e del rifiuto di cure, anche nell'ambito fine vita⁴, di fatto non esiste nel nostro paese una normativa specifica per i casi di volontà espressa, con l'ausilio delle nuove tecnologie, dai pazienti minimamente coscienti o in stato vegetativo.

Ecco che, allora, laddove l'invito a colmare il vuoto legislativo in materia di fine vita formulato dalla Corte costituzionale lo scorso ottobre dovesse realmente essere accolto dal Legislatore, è evidente che quest'ultimo, nel redigere il testo della nuova legge, non potrà esimersi dal prendere posizione su questi (e su numerosi altri) delicati problemi.

In linea generale io credo che, quantomeno nei casi nei quali sappiamo che non vi è nessuna possibilità di inversione di rotta, sia doveroso venire incontro alle decisioni del paziente, anche laddove si tratti di porre fine alla sua vita. Si pensi all'ipotesi del coma vegetativo, nella quale, sulla base della normativa oggi vigente, non è consentito attuare il suicidio assistito. O si ricordi il caso di Eluana Englaro: la sua volontà poteva essere desunta solo dalla vita condotta prima dell'incidente che l'aveva

⁴ Il riferimento è, in particolare, alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, la quale disciplina, tra l'altro, il cd. "testamento biologico", ovvero le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), che consentono al paziente di esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari in previsione di una futura incapacità di intendere e di volere (cfr. l'art. 4 della legge).

ridotta in stato di coma irreversibile e permanente. La Corte d'Appello di Milano autorizzò il padre, Beppino Englaro, in qualità di tutore, ad interrompere il trattamento di idratazione ed alimentazione forzata che manteneva in vita la figlia Eluana⁵. A mio avviso, la nuova legge dovrebbe prevedere la possibilità di provvedere a esaudire la volontà del paziente di porre fine alla propria vita inducendo uno stato di sedazione profonda e togliendo al paziente ogni sostegno vitale.

Vorrei concludere con un pensiero del bioeticista americano James Rachels, il quale reinterpreta il concetto di sacralità della vita come protezione della vita in senso biografico e non puramente in senso biologico (Rachels, 1989). Egli scrive:

«Essere vivi, in senso biologico, è relativamente poco importante. La nostra vita, al contrario, è immensamente importante; è la somma delle nostre aspirazioni, decisioni, attività, progetti e relazioni umane» (p. 11).

Bibliografia.

A. Abdalmalak, D. Milej, L. Norton, D.B. Debicki, T. Gofton, M. Diop, A.M. Owen, K. St Lawrence, *Single-session communication with a locked-in patient by functional near-infrared spectroscopy*, in *Neurophotonics* 4(4), 2017;

C. Batini, F. Benedetti, C. Buisseret-Delmas, P.G. Montarolo, P. Strata, *Metabolic activity of intracerebellar nuclei in the rat: effect of inferior olive inactivation* in *Experimental Brain Research*, 54, 1984, pp. 259 ss;

J.D. Bauby, *Lo scafandro e la farfalla*, Ponte alle Grazie, 1997;

M. Boly, M.R Coleman, M.H Davis, A. Hampshire, D. Bor, G. Moonen, P.A. Maquet, J.D. Pickard, M.A Bruno, J.L. Bernheim, D. Ledoux, F. Pellas, A. Demertzi, S. Laureys, *A survey on self-assessed well-being in a cohort of chronic locked-in syndrome patients: happy majority, miserable minority*, in *BMJ Open*, 1(1), 2011, pp. 1 ss;

M.A. Bruno, J.L. Bernheim, D. Ledoux, et al. *A survey on self-assessed well-being in a cohort of chronic locked-in syndrome patients: happy majority, miserable minority*, in *BMJ Open*, 2011, pp. 1 ss.;

D. Cruse, S. Chennu, C. Chatelle, T.A. Bekinschtein, D. Fernández-Espejo, J.D. Pickard, S. Laureys, A.M. Owen, *Bedside detection of awareness in the vegetative state: a cohort study*, in *Lancet* 378, 2011, pp. 2088 ss.;

D. Cruse, S. Chennu, D. Fernández-Espejo, W.L. Payne, G.B. Young, A.M. Owen, *Detecting awareness in the vegetative state: electroencephalographic evidence for attempted movements to command*, in *PLoS One*, 7(11), 2012, pp. 1 ss.;

S. Dehaene, *Coscienza e cervello. Come i neuroni codificano il pensiero*, Raffaello Cortina, 2014;

Id., *Consciousness and the brain: deciphering how the brain codes our thoughts*, Viking Adult, 2014;

S. Dehaene, J.P. Changeux, *Experimental and theoretical approaches to conscious processing*, in *Neuron*, 70, 2011, pp. 200 ss.;

⁵ Corte app. Mi, sez. I civile, 9 luglio 2008.

- J.T. Giacino, S. Ashwal, N. Childs, R. Cranford, B. Jennett, D.I. Katz, J.P. Kelly, J.H. Rosenberg, J. Whyte, R.D. Zafonte, N.D. Zasler, *The minimally conscious state: definition and diagnostic criteria*, in *Neurology* 58, 2002, pp. 349 ss.;
- D. Kondziella, C.K. Friberg, V.G. Frokjaer, M. Fabricius, K. Møller, *Preserved consciousness in vegetative and minimal conscious states: systematic review and meta-analysis*, in *J. Neurol. Neurosurg. Psychiatry*, 87, 2016, pp. 485 ss.;
- S. Laureys, *Science and society: death, unconsciousness and the brain*, in *Nature Rev Neurosci*, 6, 2005, pp. 899 ss.;
- S. Laureys, A.M. Owen, *When thoughts become action: an fMRI paradigm to study volitional brain activity in non-communicative brain injured patients*, in *Neuroimage* 36, 2007, pp. 979 ss.;
- S. Laureys, G.G. Celesia, F. Cohadon, J. Lavrijsen, J. León-Carrion, W.G. Sannita, et al, *European Task Force on Disorders of Consciousness. Unresponsive wakefulness syndrome: a new name for the vegetative state or apallic syndrome*, in *BMC Med.*, 8:68, 2010, pp. 1 ss.;
- L. Magrassi, A.G. Zippo, A. Azzalin, S. Bastianello, R. Imberti, G.E.M Biella, *Single unit activities recorded in the thalamus and the overlying parietal cortex of subjects affected by disorders of consciousness*, in *PLoS One*, 13(11), 2018, pp. 1 ss.;
- L. Marner, J.R. Nyengaard, Y. Tang, B. Pakkenberg, *Marked loss of myelinated nerve fibers in the human brain with age*, in *J. Comp. Neurol.*, 462, 2003, pp. 144 ss.;
- M. Massimi, G. Tononi, *Nulla di più grande*, Baldini e Castoldi, 2013;
- M.M. Monti, M.R. Coleman, A.M. Owen, *Executive functions in the absence of behavior: functional imaging of the minimally conscious state*, in *Prog. Brain Res*, 177, 2009, pp. 249 ss.;
- M.M. Monti, J.D. Pickard, A.M. Owen, *Visual cognition in disorders of consciousness: from V1 to top-down attention*, in *Human Brain Mapping*, 34, 2013, pp. 1245 ss.;
- M. Massimini, F. Ferrarelli, R. Huber, S.K. Esser, H. Singh, G. Tononi, *Breakdown of cortical effective connectivity during sleep*, in *Science*, 309 2005, pp. 2228 ss.;
- A.M. Owen, *The search for consciousness*, in *Neuron*, 102, 2019, pp. 526 ss.;
- A.M. Owen, MR Coleman, M.Boly, MH Davis, S.Laureys, J.D. Pickard, *Detecting awareness in the vegetative state*, in *Science*, 313, 2006, p. 1402;
- F. Plum, J.B. Posner, *The diagnosis of stupor and coma*, Wiley, 1983;
- J. Rachels, *The End of Life, Euthanasia and Morality*, Oxford University Press, 1986; tr. it. *La fine della vita*, Sonda, 1989;
- M.E. Raichle, M.A. Mintun, *Brain work and brain imaging*, in *Annu. Rev. Neurosci.*, 29, 2006, pp. 449 ss.;
- B. Van Vugt, B. Dagnino, D. Vartak, H. Safaai, S. Panzeri, S. Dehaene, P.R. Roelfsema, *The threshold for conscious report: Signal loss and response bias in visual and frontal cortex*, in *Science*, 360, 2018, pp. 537 ss.;
- D. Zahavi, *Locked-In Syndrome: a Challenge to Standard Accounts of Selfhood and Personhood?*, in *Neuroethics*, 2019, pp. 1 ss.

Ringraziamenti.

Ringrazio il Prof. **Lorenzo Magrassi** per i suoi commenti costruttivi, la Dott.ssa **Valentina Stella** per l'intenso ed efficiente scambio di opinioni e l'Avv. **Susanna Arcieri** per il prezioso contributo riguardo ai profili giuridici.

— Il suicidio nell'informazione massmediatica

Nuove riflessioni

Suicide in mass media

New reflections

*di Mario Tantalò**

Abstract. Partendo dalla rilettura di una ricerca effettuata sulla stampa quotidiana negli anni 80, si riflette sulla struttura dei nuovi mezzi di comunicazione di massa, come il web, per evidenziare la possibilità che gli stessi possano riproporre, come per il passato, il problema del "contagio". Si riflette altresì sull'art. 580 c.p., anche alla luce della raccomandazione del 16 novembre 2018 della Corte Costituzionale.

Abstract. Starting from a rereading of a research carried out in the daily press in the 80s, it reflects on the structure of the new mass media, such as the web, to highlight the possibility that the same may repeat, as in the past, the problem of "contagion". It is also reflected in the art. 580 c.p., also in the light of the recommendation of the Constitutional Court of 16 November 2018.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Comunicazione e ruolo dei *mass media*. – 3. La rappresentazione del suicidio da parte della stampa. I risultati di una precedente ricerca. – 4. Nuove frontiere dell'informazione e nuovi pericoli. – 5. Quando la morte "non fa più notizia". – 6. Alcuni rilievi conclusivi (anche sotto il profilo penalistico).

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Communication and the role of mass media. – 3. Representation of suicide by the press. Results of a previous research. – 4. New frontiers of information and new dangers. – 5. When death "is no longer news". – 6. Some conclusive remarks (also from a penal perspective).

1. Premessa.

* Professore Associato di Psicopatologia Forense, Specialista in Criminologia Clinica, Specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni.

Parlare della morte suscita ancora perplessità perché risveglia pensieri molto spesso negativi; tuttavia discuterne può avere un effetto catartico. A maggior ragione parlare di suicidio, che in sostanza risulta essere un modo particolare di metterla in atto, suscita ancora molte riserve nelle diverse culture sotto il profilo religioso, culturale ed anche giuridico. Nel nostro paese il suicidio è preso in considerazione dal Codice Penale solo nella ipotesi della **istigazione** o **aiuto** (art. 580 c.p.), non potendo lo stesso comportamento essere oggetto di una qualche sanzione poiché sarebbe inefficace come mezzo di intimidazione/prevenzione nei confronti di chi voglia uccidersi.

Recentemente, ed in particolare con l'ordinanza 207/2018, la nostra Corte Costituzionale¹ ha preso in considerazione la richiesta di valutare l'illegittimità o meno dell'art. 580 c.p. nella parte in cui punisce le condotte di aiuto al suicidio non distinguendole da quelle di istigazione ed ha rinviato la propria decisione in merito onde consentire al Legislatore di disciplinare la materia dell'aiuto al suicidio².

In attesa che il Parlamento italiano legiferi sulla ricordata raccomandazione formulata dalla Corte Costituzionale mi sono chiesto se sia possibile inscrivere in una ottica di "istigazione" la pubblicitaria relativa al suicidio oppure se essa debba ritenersi semplice informazione esente da qualunque implicazione illecita. Ho così ritenuto opportuno fare alcune riflessioni sul possibile/probabile ruolo dei *mass media* nel rendere desiderabile ed inevitabile un suicidio, visto anche l'emergere, sempre più prepotente presso gli adolescenti, di alcuni comportamenti come quello di soggetti che si chiudono in una patologica solitudine realizzando un alto grado di isolamento e di

¹ Il testo del provvedimento è disponibile sul sito della Consulta, [a questo indirizzo web](#).

² Dal Comunicato del 16 novembre 2018 dell'Ufficio stampa della Corte Costituzionale: «La legge n. 219 del 2017, sul fine vita, recependo le conclusioni della giurisprudenza, riconosce ad ogni persona "capace di agire" il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, compresi i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale, sottoponendosi a sedazione profonda continua. L'esercizio di questo diritto viene inquadrato nel contesto della "relazione di cura e di fiducia", la cosiddetta alleanza terapeutica, tra paziente e medico. Nelle particolari situazioni sopra indicate, "vengono messe in discussione le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio". Se, infatti, il valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di lasciarsi morire con l'interruzione dei trattamenti sanitari, "non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale". In questi casi, "il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturite dagli articoli 2, 13 e 32, secondo comma, della Costituzione, imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile". La Corte però non ritiene di poter porre rimedio a questo *vulnus* con una semplice cancellazione del reato di aiuto al suicidio di chi si trova in una situazione del genere. "Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi". Una regolazione della materia volta ad evitare abusi nei confronti di persone vulnerabili implica una serie di scelte discrezionali e quindi l'intervento del legislatore. In presenza di una pluralità di scelte discrezionali, finora la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, con un monito al legislatore affinché approvasse la disciplina necessaria. Se il monito rimaneva senza riscontro, seguiva, di norma, una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ora, però, la Corte osserva che questa tecnica decisoria ha "l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione". [...] Di qui la decisione adottata di rinviare il giudizio a data fissa, per dare al legislatore la possibilità di intervenire con una apposita disciplina "che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela". Nel frattempo rimane sospeso il giudizio *a quo*. In altri eventuali analoghi giudizi spetterà al giudice valutare se, alla luce dei principi ora affermati, ci siano le condizioni per sollevare una uguale questione di legittimità costituzionale, così da evitare l'applicazione della disposizione censurata. Questa la conclusione: quando "la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere", la Corte reputa "doveroso" consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, "in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale". Ciò al fine di "evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale"» (pp. 3 ss.).

confinamento³ e non ignorando l'estendersi, attraverso il *web*, del fenomeno del *Blue Whale Challenge* (letteralmente "*Balena blu*"), un pericoloso "*social game*"⁴.

Queste riflessioni potrebbero stimolare anche un dibattito sulla opportunità o meno di divulgare, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, divenuti oggi altamente sofisticati ma anche facilmente fruibili, ciò che appartiene alla vita del suicida che ha liberamente agito in assenza di implicazioni giudiziarie oppure se la scelta auto-soppressiva di un soggetto debba essere in qualche modo opportunamente filtrata nella comunicazione, onde evitare una possibile manipolazione subliminale e portare ad impensate implicazioni sociali. Un dibattito che certamente porrebbe l'attenzione sul significato di diritto/dovere all'informazione e, collateralmente, sul problema della "censura".

2. Comunicazione e ruolo dei *mass media*.

La comunicazione è nata come linguaggio del corpo, tipicamente gestuale, trasformatosi, nel tempo, attraverso la tradizione orale ed attraverso il segno inciso e scritto, in un insieme di informazioni che oggi possono fluire liberamente sfuggendo ad ogni sorta di controllo esterno. Feldmann sottolineava che l'uomo non può vivere isolato, per cui deve comunicare con gli altri e facilitare così l'organizzazione sociale dell'esistenza⁵ indispensabile per la propria evoluzione anche culturale.

Fermandosi a questo solo pensiero si perderebbe di vista la ragione e l'utilità della comunicazione verbale (o scritta) potendo così la "notizia" divenire spunto di lettura personalizzata dei fatti e come tale facilmente strumentalizzabile. Se poi pensiamo che oggi i *mass media* hanno raggiunto raffinate modalità e qualità comunicative ci si rende conto del pericolo che possa correre l'utente divenuto quasi all'improvviso soggetto-oggetto di possibili manipolazioni^{6, 7}. Oggi l'informazione, il più delle volte (se non quasi sempre) veicolata attraverso strumenti altamente raffinati tecnologicamente, può divenire il mezzo che spinge (ed a mio modo di vedere "costringe") l'utente ad interagire con lo stesso strumento cui può facilmente accedere.

Bisogna ricordare che i destinatari dei messaggi, anziché accogliere passivamente ed indistintamente i contenuti proposti dalla notizia – in particolare dai *mass media* – reagiscono con meccanismi psicologici di "selezione" che in prevalenza rafforzano opinioni già formate ma che possono anche originarne delle altre.

Pertanto il suicidio, comportamento auto-aggressivo per antonomasia che necessita sempre di una approfondita lettura psicodinamica, può divenire nella informazione mediatica, di volta in volta, il mezzo per comunicare una scelta ideologica (vedi il suicidio dei *bonzi*, quello dei *kamikaze*, dei terroristi), oppure una rivendicazione affettiva (il minore che si vive emarginato affettivamente in famiglia o a scuola) o solo utilitaristica (addebitare ad altri una colpa e quindi punirlo indirettamente come i recenti suicidi di adolescenti "bullizzati")⁸, potendo o meno tale scelta coincidere con la realtà da cui il protagonista del gesto ha voluto allontanarsi. È certo, comunque, che il messaggio *mass mediatico* del suicidio molto probabilmente coincide con le determinanti culturali e sociali del contesto

³ Gli *hikikomori*, fenomeno molto diffuso nella cultura giapponese.

⁴ Nato in Russia e "misteriosamente" divenuto virale consiste nell'eseguire delle prove (circa 50) da superare tra cui l'automutilazione, e che, secondo qualcuno, avrebbe spinto decine di adolescenti nel mondo al suicidio. Il nome fa riferimento al fenomeno dello spiaggiamento di alcune balene ed alla loro successiva morte.

⁵ E. Feldmann, *Teoria dei mass-media*, Armando, 1973.

⁶ G. Guzzo, *La morte ospite fissa in televisione e sui giornali: ecco gli effetti*, in *Libertà e Persona* Quotidiano online, 28 ottobre 2009.

⁷ M. Pompili e al., *Quando i mass media parlano di suicidio*, in M. Pompili, R. Tatarelli, *Parlare di Suicidio*, Roma, 2009.

⁸ Si veda, sulla stampa, "*Bullismo: 354 casi nel 2017; i numeri della tragedia silenziosa degli adolescenti*", in *Globalist*, 6 aprile 2018; "*Giappone terra dei suicidi: due dodicenni bullizzate si uccidono insieme*", in *ivi*, 13 marzo 2019; "*I suicidi dei monaci tibetani*", in *Il Post*, 20 ottobre 2011; "*I tibetani che si danno fuoco*", in *ivi*, 30 marzo 2012.

in cui si realizza, vuoi perché la vita ha perso ogni significato valoriale, vuoi perché la relazione interpersonale ha perso ogni attrattiva.

Se questa premessa è valida e condivisibile, allora appare indispensabile chiedersi se l'informazione a mezzo stampa, sia pure percentualmente minoritaria, ma anche e soprattutto attraverso altri mezzi di comunicazione, abbia o possa avere un ruolo nel determinismo dello stesso suicidio (quindi, di vera e propria istigazione) e, nell'ottica di una possibile prevenzione, possa facilitare l'elaborazione di linee guida per la "confezione" della notizia stessa.

3. La rappresentazione del suicidio da parte della stampa. I risultati di una precedente ricerca.

In passato una ricerca effettuata sulla stampa (un quotidiano a tiratura locale e uno a tiratura nazionale senza un'apparente impronta ideologica) in collaborazione con altro ricercatore, aveva portato alla conclusione che la notizia del suicidio occupava spazi modesti (quasi sempre le pagine finali e su di una colonna al massimo), non aveva una particolare veste grafica e non c'erano approfondimenti in ordine ad una ipotesi eziologica⁹. Era come se il giornale dovesse gestirsi tra il dovere di un'informazione completa e quello di minimizzare un atto che, almeno nella sua accezione più immediata, esprime il dissenso del suicida verso il contesto sociale di appartenenza e da cui volutamente si allontana. Solo la presenza di elementi collaterali (quali ad esempio la notorietà del suicida con la pubblicazione di sue fotografie, la motivazione ufficiale del gesto, oppure la macchinosità del mezzo utilizzato) sembrava suggerire una collocazione più evidente della notizia (prime pagine, ritorno della stessa nei giorni successivi, caratteri grafici di tutta evidenza, confezione più analitica dell'articolo).

I risultati della ricerca potevano sembrare in linea con la raccomandazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità¹⁰ che suggerisce/suggeriva di non costruire l'informazione di questo gesto in modo tale da poter facilitare un contagio nel lettore. Molti ricercatori, infatti, anche se è ben evidente la difficoltà di ottenere risultati scientificamente inoppugnabili in questo ambito, hanno segnalato la possibilità di un contagio, o meglio di una induzione al suicidio attraverso l'informazione (o attraverso film, racconti, *serial* televisivi etc.)¹¹. In particolare, Pirkis e Blood hanno evidenziato addirittura che la notizia del suicidio possa essere ritenuta contagiante quando si riconosca consistenza, significatività, contiguità cronologica e specificità nei gesti suicidari posti in essere dopo la pubblicazione (comunicazione) della notizia. Peraltro, l'evenienza del contagio era stata avanzata già da tempo, tanto da essere stata coniata l'espressione «*effetto Werther*», che si avrebbe quando la notizia del suicidio

⁹ M. Tantalo, C. Marchiori, *La rappresentazione del suicidio nella stampa quotidiana*, in *Riv. It. Med. Leg.*, III, 2, 1981, pp. 405 ss.

¹⁰ In *Preventing suicide: a resource for media professionals* l'OMS, nel 2008 compilava le linee guida per un "Giornalismo responsabile" nell'informazione sul suicidio: «cogliere l'occasione per trasferire al pubblico corrette informazioni sul tema del suicidio; evitare un linguaggio sensazionalistico o normalizzante, non presentare il suicidio come un modo ragionevole per risolvere i problemi; evitare il posizionamento della notizia in primo piano e la riproposizione immotivata della notizia; evitare la descrizione esplicita del metodo di suicidio o tentato suicidio; evitare le descrizioni particolareggiate sul luogo dove è avvenuto; prestare attenzione all'utilizzo delle parole nel titolo; prestare attenzione all'utilizzo di fotografie o riprese video; prestare particolare attenzione alle modalità di suicidi di personaggi celebri; prestare particolare attenzione per le persone in lutto a causa del suicidio di un parente o conoscente; fornire informazioni su centri di prevenzione ed informazione; tener presente che gli stessi giornalisti possano essere emotivamente colpiti dall'evento del suicidio» («*Take the opportunity to educate the public about suicide; avoid language which sensationalizes or normalizes suicide, or presents it as a solution to problems; avoid prominent placement and undue repetition of stories about suicide; avoid explicit description of the method used in a completed or attempted suicide; avoid providing detailed information about the site of a completed or attempted suicide; word headlines carefully; exercise caution in using photographs or video footage; take particular care in reporting celebrity suicides; show due consideration for people bereaved by suicide; provide information about where to seek help; recognize that media professionals themselves may be affected by stories about suicide*», p. 3 – trad. a cura dell'A.)

¹¹ J. Pirkis, R.W. Blood, *Suicide and the media. Part I: Reportage in nonfictional media*, in *Crisis*, 22 (4), 2001, pp. 146 ss.

di una persona nota riportata in un giornale, ma anche la modalità di attuazione del gesto, si accompagnano ad un aumento quasi immediato della percentuale dei suicidi^{12,13}.

Questo fenomeno, tuttavia, non è automatico, potendo esserci un reale aumento del gesto suicidiario solo quando il suicida si identifichi nel personaggio di cui si parla o di cui si sia parlato. In Italia, ad esempio, a Prato dello Stelvio, nel 1990, al suicidio collettivo di tre adolescenti che avevano utilizzato i gas di scarico dell'auto da loro occupata ne seguirono altri attuati, sempre da adolescenti, con la stessa modalità e quasi quotidianamente subito dopo che la notizia era stata pubblicata sulla stampa locale e nazionale¹⁴. Molto più di recente, in Giappone, sono stati registrati suicidi "collettivi a distanza", soprattutto di giovani adulti, dopo che la "richiesta" di suicidarsi era stata trasmessa sulla rete realizzando, in questo caso, un contagio quasi "in diretta"¹⁵.

L'effetto contagio o imitativo è stato preso in considerazione anche dall'OMS¹⁶. Nella citata raccomandazione del 2008 si afferma che dalla revisione di «oltre 50 analisi sull'effetto imitazione nei suicidi»¹⁷ è emerso che la notizia del suicidio riportata sui *mass media* «può» indurre un comportamento imitativo che è più evidente «in alcune circostanze che in altre. L'effetto imitativo varia in funzione del tempo, con un picco nei primi tre giorni ed un livellamento a distanza di due settimane che a volte, tuttavia, tende a perdurare; l'effetto è legato alla quantità ed alla rilevanza della copertura mediatica [...]. L'effetto imitativo è accentuato laddove la persona descritta nell'articolo ed il lettore, o lo spettatore, siano in qualche modo simili, o quando il suicida sia un personaggio famoso e per questo motivo sia tenuto in grande considerazione dal lettore/spettatore. Particolari sottogruppi della popolazione (ad esempio i giovani e le persone che soffrono di depressione) possono essere particolarmente vulnerabili»¹⁸.

Tuttavia, ritornando ai risultati della precedente ricerca¹⁹, si può ipotizzare che la scelta redazionale molto verosimilmente non seguiva la specifica finalità di evitare un eventuale contagio o di confezionare la notizia in maniera asettica ed impersonale, bensì poteva ritenersi espressione di un necessario opportunismo al fine di collocare i quotidiani esaminati nel novero di quelli la cui impostazione editoriale potesse essere ritenuta asettica ideologicamente.

4. Nuove frontiere dell'informazione e nuovi pericoli.

Oggi, questa ipotesi di lettura potrebbe non avere più senso, apparendo troppo banale e semplicistica, poiché la pubblicazione della notizia di un suicidio, dovrebbe, nell'attualità, stimolare ben

¹² G. Santonocito *Suicidi a catena: l'effetto Werther*, in *Medicitalia.it*, 19 aprile 2013: «il termine, coniato dal sociologo **David Phillips**, prende nome dal romanzo di J.W. Goethe, *I dolori del giovane Werther* il cui protagonista, a causa di una delusione sentimentale, sceglie il suicidio come mezzo per smettere di soffrire. In seguito alla pubblicazione del libro si assisté a un **ondata di suicidi** per emulazione in tutta Europa, di dimensioni tali da persuadere i governi di alcuni paesi a vietarne la pubblicazione. Analoga reazione vi fu in Italia dopo la divulgazione del romanzo di Ugo Foscolo **Le ultime lettere di Jacopo Ortis**, nel 1802».

¹³ E. Pavesi, C. Pretari, *Effetto Werther. L'influenza dei mass media sul suicidio*, in *Tribuna medica Ticinese*, 55, 1990, pp. 198 ss.

¹⁴ S. Bortolin, *Un'automobile per camera a gas*, ne *La Repubblica - Archivio*, 4 settembre 1990: «Tre ragazzi si tolgono la vita in Alto Adige [...]; L.C. [...] legge la notizia sul quotidiano e decide di imitarli e trasforma in una camera a gas la sua Mercedes come avevano fatto i tre giovani a Prato dello Stelvio [...]»; si veda anche l'articolo *Hanno scelto di diventare famosi attraverso il dramma del suicidio*, ne *Il Corriere della sera*, 13 settembre 1990: «[...] Dall'1 al 12.9.1990 14 casi di suicidio con gas di scappamento».

¹⁵ M. Meniconi "Riti di morte". *Suicidi collettivi in Giappone*, in *Antropos*, vol. 1,1, 2005, pp. 49 ss.

¹⁶ OMS, *Preventing suicide*, cit.

¹⁷ «Over 50 investigations into imitative suicides» (*idem*, p. 6).

¹⁸ «Is more evident under some circumstances than others. It varies as a function of time, peaking within the first three days and levelling off by about two weeks, but sometimes lasting longer. It is related to the amount and prominence of coverage [...] It is accentuated when the person described in the story and the reader or viewer are similar in some way, or when the person described in the story is a celebrity and is held in high regard by the reader or viewer. Particular subgroups in the population (e.g., young people, people suffering from depression) may be especially vulnerable» (*ibidem*).

¹⁹ Vd. nota n. 10.

altre riflessioni, più puntuali, più attente, perché la platea dei fruitori è mutata ed anche perché sono mutati i modi e i mezzi per comunicare e confezionare l'informazione.

L'enfasi molto spesso data alla notizia di un suicidio può nascondere una sorta di perverso meccanismo che, esaltando ipocritamente l'individualità e la libertà della scelta effettuata, in realtà evidenzia la vulnerabilità del soggetto nei confronti di un suggeritore occulto. Ed appare ovvia la pericolosità di un tale meccanismo che potrebbe trasformare il **possibile** contagio, già noto, in un **probabile** percorso eterodiretto a discapito di soggetti tendenzialmente succubi e pertanto facilmente manipolabili.

Non si tratta, a mio avviso, di una "ipotesi di lavoro" bensì di una situazione connessa alla realtà da cui è scaturita la ricordata raccomandazione della Corte Costituzionale italiana. L'enfasi sottesa alla comunicazione *mass* mediatica del suicidio assistito di un individuo tetraplegico e cieco, accompagnato presso una struttura clinica svizzera per porre fine alla propria vita, non solo ha dato inizio ad un procedimento penale nei confronti dell'accompagnatore per "partecipazione materiale" al suicidio ma certamente ha sovraesposto l'informazione sull'esistenza di una modalità lecita in quello Stato (ma anche in altri) di applicare l'eutanasia. E l'effetto imitazione non si è fatto attendere: nell'aprile scorso una insegnante siciliana, affetta da una grave forma di depressione e dalla sindrome di Eagle (patologie non certo terminali) ha attuato il suicidio assistito presso la stessa clinica di Zurigo, ponendosi in contatto con un medico referente italiano e da questi, in un certo qual modo, accompagnata all'attuazione del proprio suicidio²⁰.

È fuori dubbio che nel XXI secolo la tecnologia ha sostanzialmente aumentato le possibilità di comunicare utilizzando le applicazioni dell'informatica e gli utenti sono a loro volta cresciuti in maniera quasi esponenziale. Chi qualche decennio fa era isolato geograficamente, privo di contatti umani o quanto meno in seria difficoltà a comunicare, oggi a pieno diritto riesce a far parte del villaggio globale accedendo alle stesse informazioni di chi, invece, viva al centro di Tokio o di New York. Ed ancora qualche decennio fa la stampa, la televisione o il cinema, pur raggiungendo un vasto numero di fruitori, avevano bisogno che l'utente si trovasse in particolari "condizioni" psicologiche ed ambientali per acquisire la notizia o l'immagine diffusa (leggere un giornale richiedeva – e richiede – lo spazio temporale per l'acquisto ed un minimo di attenzione perché la parola scritta, attraverso il meccanismo della lettura, possa raggiungere la "centrale" operativa – il cervello – ed essere immagazzinata; l'informazione televisiva prevede un minimo d'attenzione affinché il messaggio uditivo/visivo venga decrittato ed immagazzinato; e così via).

Oggi, i mezzi di informazione informatici (il *world wide web* per tutti) necessitano di pochissimi attimi per raggiungere l'utente il quale spesso non è "preparato" a ricevere quella informazione. La notizia viaggia in maniera incontrollabile quanto a velocità per raggiungere una platea vastissima (quasi globale) e viene immagazzinata spesso, se non sempre, senza un pur minimo meccanismo selettivo. Non serve più essere in casa, in ufficio, ovvero in una dimensione ambientale ufficialmente operativa, ma bastano pochi gesti su di uno *smartphone*, trovandosi in un luogo qualunque, per accedere all'informazione che viene immagazzinata con estrema facilità.

La caratteristica forse più importante della nuova frontiera dell'informazione è che l'operatore, o meglio il fornitore della notizia, non appartiene più ad una specifica categoria professionale, portatore di un bagaglio culturale che gli può derivare dall'esperienza o da una specifica preparazione. Spesso egli è anonimo o quanto meno poco conosciuto. Oggi ogni individuo ha la possibilità di esporre il proprio pensiero appropriandosi di un mezzo facile da usare, come appunto è il *web*, e confezionare notizie seguendo una personale logica che può essere strumentale se non a volte molto lontana dalla realtà scientifica, essendo spesso difficile determinare l'autenticità e l'affidabilità dell'informazione

²⁰ C, Pasolini, *La consulta bacchetta i politici: fate la legge sull'eutanasia. E nel frattempo in 700 hanno chiesto di morire come Dj Fabo*, ne *La Repubblica*, 21 marzo 2019.

contenuta nella pagina *web*²¹. Se ieri la notizia fornita sulla stampa o in televisione o al cinema subiva una sia pur minima censura, quanto meno etica, oggi l'accesso al *web*, quale mezzo per diffondere notizie, sfugge ad ogni controllo rendendo fruibile ai più ogni informazione senza che si possa, o soprattutto si voglia, valutare l'effetto/impatto che questa potrebbe avere. In tal modo ciò che in un passato non troppo remoto poteva rivelarsi come possibile contagio, necessitando di un controllo mediante una più opportuna confezione della notizia, oggi sembra prioritaria la comunicazione in quanto tale, fornendola comunque e dovunque, come pure la modalità del rapporto con l'utente.

La struttura della notizia sembra aver perso ogni interesse non essendo più necessaria e ponendosi l'accento solo sul contenuto di ciò che si trasmette. La partecipazione al villaggio globale informatico stimola l'offerta informativa sia per divenire protagonisti di una vicenda sia per comunicare la propria presenza agli altri, sconosciuti ma pur sempre facenti parte o meno del contesto sociale di appartenenza. Si pensi alla nuova attività dei cosiddetti *influencer*. Si tratta di una "élite" di persone le quali utilizzano la propria immagine, sovraesposta per canoni estetici o per *status* sociale, al fine di "influenzare" i propri "lettori" trasformati asetticamente in seguaci ("*followers*") apparentemente attivi.

Riflettendo su questo meccanismo si comprende allora l'enormità del pericolo ad esso insito. Quanto più recettivi si sia, quanto più indifesi soprattutto sotto il profilo personale tanto più facilmente l'informazione può essere assorbita. Le multinazionali che sfruttano la stimolazione subliminale per facilitare l'accesso ai loro prodotti conoscono alla perfezione questo meccanismo.

Lo stesso meccanismo si realizza ormai nella quotidianità e per ogni categoria esistenziale: l'accesso al *web* è di tale semplicità che anche il più sprovvisto tra gli individui può farlo e nel momento più comune della sua giornata per cui ciò che si vede o si sente può facilmente essere acquisito e divenire parte del bagaglio di apprendimento. Se il tutto fosse finalizzato alla crescita culturale del fruitore, alla sua socializzazione, a facilitarne la relazione interpersonale, bisognerebbe riconoscere l'utilità della informazione mass mediatica. Detto in altri termini: la proposta, soprattutto rivolta al soggetto in evoluzione psicologica, di modelli culturali e di valori condivisi socialmente come pure quella di ruoli comportamentali, diventa uno strumento di crescita.

Purtroppo questo meccanismo di apprendimento può agire anche in maniera diversa, realizzando i presupposti per una identificazione negativa e così, in assenza di una pur minima preparazione del "fornitore-mittente", la notizia può diventare strumento di manipolazione sociale attraverso il realizzarsi di un'azione-reazione, rafforzando così l'effetto contagio o andando oltre per realizzare una sorta di dipendenza o succubanza. Recenti fatti di cronaca, come le manifestazioni più deleterie del bullismo adolescenziale, le manipolazioni di immagini per divenire protagonisti di vicende ad impatto fortemente emotivo, i messaggi per aggressioni eterodirette verso nemici politici o verso strutture istituzionali descritte come obsolete, e così via, segnalano la facilità con la quale si possa veicolare un'opzione autodistruttiva – il suicidio cioè – come la più opportuna in una società che sia priva (o abbia perso i) di valori di riferimento.

5. Quando la morte "non fa più notizia".

Ritornare, quindi, attraverso una nuova analisi critica, a valutare quale possa essere oggi la rappresentazione del suicidio sui mezzi di comunicazione di massa, significa stimolarsi ad una riflessione su quale possa essere oggi la percezione sociale di questo comportamento auto-aggressivo, senza trascurare l'ipotesi che, comunque, un tale comportamento possa essere reso paradossalmente "inevitabile" in condizioni sociali e soprattutto economiche disagiate.

²¹ Vedi il fenomeno delle *fake news* di cui si parla quasi quotidianamente in ogni ambito.

Ritengo, in primo luogo, che in una dimensione socio-culturale in cui la morte non venga più vissuta come un evento drammatico, sia pure ineluttabile, e carico di angoscia e dolore, ma sempre più come un punto di non ritorno cui si possa accedere anche per libera scelta, il suicidio non susciti più quella serie di interrogativi che ne facevano un comportamento irrazionale o quanto meno non condivisibile e sotteso pur sempre da categorie patologiche. Sembra che il suicidio, proprio perché la morte debba essere vissuta in una dimensione razionale e quindi controllata da canoni logici, non stimoli più domande sulla sua motivazione profonda, bastando, per accettarlo, ritenere valida la motivazione apparente e così sembrerebbe non avere più dignità di "notizia" a meno che non sia correlato al ruolo sociale o alla categoria culturale di appartenenza del personaggio che se ne renda protagonista. Ne è un esempio la recente notizia del suicidio/eutanasia di una diciassettenne olandese avvenuto recentemente laddove la notizia ha assunto una colorazione determinante sia per la giovane età della protagonista che per la motivazione "apparente" che avrebbe condotto la ragazza a quella scelta drammatica. Ed anche in questo caso l'informazione è stata sostanzialmente distorta poiché si è dato rilievo alla scelta della modalità (rifiuto di alimentarsi, sia pure con il consenso dei genitori, perché la depressione conseguita ad una violenza sessuale subita da adolescente, non le lasciava "scampo") e non già all'impotenza dell'istituzione sociale di porre "rimedio" a quella forma depressiva²².

È verosimile pertanto che i *mass media*, e soprattutto quelli informatici, non ritengano il suicidio, spesso espressione di un disagio esistenziale (quando non sia riconoscibile una chiara eziologia patologica) vera notizia o fatto da analizzare, sia pure con la sola citazione in cronaca.

Questa scotomizzazione può rendere ragione della iniziale ipotesi: ossia che la morte, comunque essa avvenga, non sia più vissuta a livello sociale come il distacco traumatico, drammatico che una volta la caratterizzava, e che essa piuttosto rappresenti, quando è volontariamente determinata, una libera scelta le cui motivazioni possono suscitare domande solo in chi è più materialmente vicino al protagonista.

Forse per questo motivo, non essendo più Notizia, essa può non trovare spazio sui quotidiani o sugli altri mezzi di comunicazione a meno che il suicidio non si accompagni ad altre implicazioni di ordine sociale.

In altri termini, se in passato la società rimaneva perplessa di fronte alla decisione di un soggetto di sottrarsi volutamente e razionalmente alla competizione sociale scegliendo un atto di autoaggressione e cercava di motivare quella scelta magari ponendo in discussione anche il ruolo della società stessa nel determinismo di quell'atto, oggi la diversa visione della morte sembra avere eliminato il bisogno di cercare, studiare a tutti i livelli (psicologico, biologico, clinico e sociale) la sua motivazione dando credito all'idea che si tratti realmente di una libera scelta.

C'è da chiedersi però se sia condivisibile questa ipotesi, oltretutto che il suicidio non costituisca più un fenomeno da studiare al fine di trovare gli spazi scientifici onde prevenirlo, o se invece la scotomizzazione del fenomeno non sia altro che un ennesimo tentativo, sia pure inconscio, che la società abbia posto in essere per defilarsi dalle proprie responsabilità nei confronti di scelte così drastiche fatte da appartenenti al suo contesto.

È pensabile che la categoria "suicidio" non sia più un interessante campo di ricerca quando riguardi il singolo, quando implichi la scelta di un singolo soggetto. Come si diceva, la libera volontà di porre termine al proprio percorso vitale non stimola, come per il passato, la ricerca scientifica al fine di elaborare probabili scale di prevenzione e ciò sembra legarsi alla diversa percezione sociale del

²² L. Pigozzi, *Adolescenza zero*, Nottetempo, 2019: «Noa è un sintomo del nostro tempo [...] È una nostra figlia. Figlia della nostra epoca che non sa parlare della morte, non sa stare vicino ad una donna che subisce una violenza» (citazione riportata da F. Borgonovo, *Teenager con il "buio dentro". Hanno tutto, benessere, speranze, affetto, ma spesso si autodistruggono. E noi adulti cosa facciamo? Poco e male*, in *Panorama*, 2 luglio 2019).

fenomeno. Pertanto l'attenzione dei *mass media* sembra essersi spostata in una direzione diversa e più remunerativa in termini di attenzione e cioè verso tutto quanto possa contrastare l'esercizio di questa libertà.

Se si ritiene, come è giusto che sia, l'omicidio del consenziente una manifestazione di ambigua etero-aggressività, appare evidente il perché l'interesse *mass mediatico* si sia oggi spostato, almeno nella realtà italiana, verso questo aspetto. Il dibattito relativo alla eticità di un simile atto stimola interventi scientifici, ma molto spesso parascientifici, con la complicità dei mezzi di informazione i quali diventano essi stessi non solo depositari della notizia ma anche propalatori di ideologie pro e contro. Si scotomizza in tal modo ciò che in realtà sottende la scelta del soggetto che chiede di morire e nella confezione della notizia si pone in evidenza la critica alle regole penali che vietano l'atto e si elaborano risposte che seguono personali indirizzi ideologici.

Va detto che l'effetto contagio, anche in questa dimensione, è abbastanza evidente se si pensa che queste scelte vengono invocate in maniera sempre più pressante a tal punto che non è più sufficiente, ad esempio, la raccomandazione etica di evitare un accanimento terapeutico, ma si tende a confezionare una norma che permetta addirittura di anticipare una volontà futura (il testamento biologico).

6. Alcuni rilievi conclusivi (anche sotto il profilo penalistico).

Non deve meravigliare questa riflessione: si tratta a mio avviso pur sempre di una scelta di morte, sia pure motivata da situazioni almeno in apparenza condivise e condivisibili – la grave ed incurabile malattia – e come tale di un comportamento che esprime un atteggiamento di violenza verso se stessi e di anticipazione cronologica di un esito letale. La somiglianza tra le due situazioni diventa ancora più evidente se si pensa che la scelta di suicidarsi, almeno in un soggetto apparentemente esente da patologie, organiche o mentali, esprima la volontà di porre fine ad un percorso esistenziale che non si ritiene degno di essere vissuto: vuoi per una eventuale e continua incomprendimento relazionale, vuoi per una grave delusione affettiva, vuoi per la convinzione di non essere preparati socialmente e di non avere strumenti per accettare le limitazioni esistenziali; e così via. Ed oggi la cronaca è ricca di esempi di cosiddetti "suicidi altruisti" laddove l'adulto, molto spesso, si assume il compito di risolvere i "futuri problemi esistenziali" dei minori a lui affidati, uccidendoli per poi compiere la stessa aggressione su se stesso. L'informazione, in questi casi, sembra "esplodere" alla ricerca di indicazioni che possano sostenere come il contesto socio-culturale del soggetto non abbia alcun ruolo in quella scelta, ma che sia responsabile la solita depressione mal individuata o mal curata.

Tuttavia, tornando al ruolo dei *mass media*, è evidente che la proposizione di simili notizie facendo leva sui diritti alla libertà, e quindi anche a quella di non soffrire, facendo leva sui bisogni non soddisfatti di alcune categorie emarginate oppure ponendo in primo piano la liceità di decidere quando e come si debba morire, possa raggiungere una platea di fruitori facilmente influenzabili e quindi indurre soggetti sempre più numerosi a fare quelle scelte, che non sono altro che scelte orientate, influenzate dall'informatore.

È evidente allora che l'attenzione alla modalità di informare, in considerazione sia della facile accessibilità al mezzo di comunicazione che della facile fruibilità della notizia, debba essere oggi molto più profonda rispetto al passato, in relazione alla capacità di indurre sempre più soggetti ad effettuare scelte irreversibili come appunto il suicidio. La nuova frontiera informatica può rivelarsi, nel tempo, il mezzo più utile e meno faticoso per la disgregazione del gruppo sociale. È facile, infatti, che in assenza di intermediari o di diretti interlocutori, chiunque possa assegnarsi un ruolo determinante, nel contesto sociale di appartenenza, di muoversi indossando, di volta in volta, l'elmetto o il camice o il fucile, e facilitando l'orientamento dei gruppi di ascolto verso le proprie ideologie. Ed è così possibile che anche il suicidio, da atto negativo, in quanto nega di per sé il valore della vita, possa diventare una

modalità comportamentale del tutto normale, comune, positiva e quindi essere elaborato come momento di autoaffermazione o come espressione di una conquista, paradossalmente, esistenziale.

Il miglioramento delle tecniche di informazione necessita proporzionalmente di maggiori e più sofisticati strumenti psichici di difesa per poter acquisire la notizia in maniera corretta e matura, per poterla elaborare ed utilizzarla in un'ottica di crescita culturale e sociale.

In sintesi, quindi, rimangono inalterati i canoni di inquinamento che esistevano in passato, essendo divenuti peraltro molto più pericolosi, perché l'accesso allo strumento informativo è molto più semplice, più libero ed anche più individuale; l'informazione oggi può divenire molto più manipolabile e foriera di messaggi controproducenti alla salute sociale attraverso una anomala reinterpretazione del fenomeno suicidiario.

È anche evidente che sul versante penale bisognerà seriamente riflettere sulla liceità del "supporto" alla scelta auto-aggressiva: se è inviolabile la libertà del singolo di decidere in merito alla propria salute, laddove questa non intacchi la libertà altrui, non si comprende perché la richiesta di un aiuto, come "l'accompagnamento materiale" all'esecuzione di un suicidio debba continuare a costituire un ostacolo a questa libertà.

Molto spesso si confonde la norma **penale** con la norma **etica**: la prima è chiaramente espressione della decisione e della scelta del gruppo sociale in cui essa si esprime, la seconda prevede il rispetto di valori universalmente accettati ma che possono anche essere in contrasto con la norma penale. I vari codici deontologici professionali contengono passaggi in tal senso: ad esempio il segreto professionale può contrastare con l'accertamento della verità processuale ma è prioritario nell'esercizio di una professione riconosciuta come tale. Ed alcune norme penali sono divenute desuete e quindi abolite in costanza di nuove esigenze sociali: si pensi alla legge 194 che regola l'interruzione volontaria della gravidanza superando il divieto dell'aborto procurato e che ha usufruito, per la sua definizione di una "gestazione" attraverso l'informazione a mezzo stampa di episodi molto drammatici riguardanti il "procurato aborto"²³. Ma anche la legge 180 del 13 maggio 1978 ha usufruito di una informazione mass mediatica che segnalava le "anomalie terapeutiche" nelle strutture sanitarie preposte al trattamento dei malati psichiatrici²⁴.

Naturalmente in questi casi l'informazione a mezzo stampa (il *web* all'epoca era ancora *in fieri*) ha facilitato una presa di coscienza da parte del Legislatore dell'inopportuna persistenza e della antistoricità di alcune norme penali favorendo così l'elaborazione di nuove risposte istituzionali.

Ciò non diminuisce l'effetto "contagio o imitazione" che può derivare dall'informazione mass mediatica incontrollata della notizia del suicidio soprattutto nei confronti del fruitore più sensibile e influenzabile, quale può essere l'adolescente, rimanendo ineludibile, a mio parere, la necessità di una "confezione" quanto più possibile asettica ed anche per evitare che il suicidio possa apparire come una modalità plausibile per risolvere i propri problemi esistenziali.

Mi chiedo: se ciò è condivisibile, può inquadrarsi "quella" notizia come una istigazione, sia pure subliminale, al suicidio ex art. 580 c.p.? Se la risposta è affermativa può anche ritenersi che in una certa qual misura essa possa essere interpretata anche come "aiuto materiale" sempre ex art. 580 c.p.?

²³ L. Benci, *Aborto. La storia della 194. Una legge non perfetta ma degna di un paese civile*, in *Quotidianosanita.it*, 21 maggio 2018.

²⁴ L. Toresini, *Dalla legge Mariotti a Basaglia*, in *Storia e Regione*, 2, 2008, pp. 146 ss.

Bibliografia.

L. Benci, *Aborto. La storia della 194. Una legge non perfetta ma degna di un paese civile*, in *Quotidianosanita.it*, 21 maggio 2018;

G. Ciraso, C. Rago, M. Tantalo, *Indagine epidemiologica sul suicidio in Padova e provincia. Analisi di un questionario di rilevazione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, IX, 3, 1987, pp. 755 ss.;

Comunicato del 16 novembre 2018 dell'Ufficio stampa della Corte Costituzionale;

E. Feldmann, *Teoria dei mass-media*, Armando, 1973;

G. Guzzo, *La morte ospite fissa in televisione e sui giornali: ecco gli effetti*, in *Libertà e Persona Quotidiano online*, 28 ottobre 2009;

M. Meniconi "Riti di morte". *Suicidi collettivi in Giappone*, in *Antropos*, vol. 1,1, 2005, pp. 49 ss.;

OMS, *Preventing suicide: a resource for media professionals*, 2008;

E. Pavesi, [Suicidi a catena ed effetto Werther](#), in *Alleanza Cattolica.org*, n. 187-188, 1990;

E. Pavesi, C. Pretari, *Effetto Werther. L'influenza dei mass media sul suicidio*, in *Tribuna medica Ticinese*, 55, 1990, pp. 198 ss.;

L. Pigozzi, *Adolescenza zero*, Nottetempo, 2019;

J. Pirkis, R.W. Blood, *Suicide and the media. Part I: Reportage in nonfictional media*, in *Crisis*, 22 (4), 2001, pp. 146 ss.;

M. Pompili e al., *Quando i mass media parlano di suicidio*, in M. Pompili, R. Tatarelli, *Parlare di Suicidio*, Roma, 2009;

G. Santonocito *Suicidi a catena: l'effetto Werther*, in *MedicItalia.it*, 19 aprile 2013;

M. Tantalo, *Aspetti criminodinamici e medico-legali del suicidio*, in L. Pavan, D. De Leo (a cura di), *Il suicidio nel mondo contemporaneo*, D. Liviana Ed., 1988;

M. Tantalo, C. Marchiori, *La rappresentazione del suicidio nella stampa quotidiana*, in *Riv. It. Med. Leg.*, III, 2, 1981, pp. 405 ss.;

L. Toresini, *Dalla legge Mariotti a Basaglia*, in *Storia e Regione*, 2, 2008, pp. 146 ss.

— 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 Tantalò¹

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

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

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

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).

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 minore 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 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 costrutto 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 (statisticamente) 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 Maggiolini**, 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 Tantalò** («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. **Berlucchi**.

«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'immatùrità 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 Tantalò** 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, **Tantalò** 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 «contribuisca[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 de-stigmatizzazione 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 Tantalò**, 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”».

— La Costituzione repubblicana contro la contenzione biomeccanica

Miti e archetipi della coercizione nel mondo psichiatrico, a dieci anni dal sacrificio di Francesco Mastrogiovanni. Critica dei recenti approdi giurisprudenziali

The Republican Constitutional perspective against physical restraint practices

Myths and archetypes about freedom restraining measures in psychiatry, ten years after the sacrifice of Francesco Mastrogiovanni. Critique of recent case law decisions

di Daniele Piccione

Abstract. Il saggio esplora la prospettiva costituzionalistica sul tema della contenzione fisica degli infermi e degli anziani. Ne dimostra l'assoluta illegittimità in difetto di una norma facoltizzante prevista dalla legge, come prescrive l'art. 13 della Carta fondamentale. Tale disposizione costituzionale, non a caso, pone a presidio di ogni limitazione della libertà fisica dell'individuo il principio di legalità sostanziale. Lo scritto si occupa poi di sfatare alcuni miti propalati muovendo da casi di scuola quali le microcontenzioni serventi atti terapeutici e le pratiche contenitive su richiesta degli interessati. Sgomberare il campo da questi equivoci è doveroso, specie alla luce dei punti di approdo della sentenza della Suprema Corte di Cassazione, in causa Mastrogiovanni, di cui si evidenziano talune condivisibili conclusioni argomentative, ma anche non lievi aporie nell'argomentazione, sul piano della teoria costituzionale e della pratica medica. Esclusa la natura di atto terapeutico così come la sfuggente riduzione di tali condotte privative della libertà a presidi cautelari, l'analisi si fonda su una definizione di contenzione biomeccanica che, se equivocata, può generare gravi aporie sul versante logico e della ricostruzione giuridica.

Abstract. This work examines the legitimacy of freedom restraining measures in psychiatry directed to people with disabilities and aged people. We show how the use of physical restraint is constitutionally forbidden, due to the lack of a rule that allows for the practice, as art. 13 Cost requires. Not by chance, this constitutional provision poses the principle of substantial legality against any limitation of the individual's physical freedom. The paper then dispels some myths by moving from text-book cases such as micro restraining measures connected to therapeutic actions and practices at the request of the person concerned. It is necessary to clear the field from these misunderstandings, especially after the judgment of the Supreme Court of Cassation, in Mastrogiovanni case, of which we highlight some sound conclusions, but also some argumentative deficiencies, on the level both of the constitutional theory and of medical practice. Excluding the nature of a

therapeutic act, as well as the elusive reduction of these practices to precautionary measures, the analysis is based on a definition of biomechanical restraint which, if misunderstood, can generate serious aporias in terms of logic and of legal reconstruction.

SOMMARIO: 1. Gli approdi di Corte di Cassazione, sent. 20 giugno 2018, n. 50497. – 2. La fallimentare ricerca di un fondamento legislativo primario legittimante le pratiche di contenzione biomeccanica. – 3. Le due tesi prese in considerazione dalla Suprema Corte circa la legittimità della contenzione. – 4. I quattro elementi definitori che delineano la pratica di contenzione biomeccanica. – 5. I casi limite della richiesta di contenzione e dell'immobilizzazione precauzionale. Loro effetto fuorviante per l'analisi giuridica. – 6. Le pratiche coercitive di fatto al cospetto del dettato costituzionale. – 7. Stato di necessità e condizioni di apparente a-nomia. – 8. Conclusione in merito alla illegittimità costituzionale delle condotte di contenzione biomeccanica.

SUMMARY: 1. Some issues underlined by Court of Cassation, judgment 20th of June 2018, n. 50497. – 2. The failures in looking for a legal baseline allowing the use of physical restraints as a limit to personal freedom of movement. – 3. Two thesis taken up by the Court of Cassation in order to define the legitimacy of restraining practices in psychiatry. – 4. Four elements in order to define such a practice. – 5. The extreme cases of request of self-restraining personal liberty and voluntary disposal and their misleading effect on legal analysis. – 6. Theory and practice before Constitutional binding rules and safeguards. – 7. State of need and apparent state of anomy. – 8. Conclusions: the unlawful nature of physical restraining practices.

1. Gli approdi di Corte di Cassazione, sent. 20 giugno 2018, n. 50497.

Mentre ricade il decimo anniversario della tragica morte di Francesco Mastrogiovanni¹, uno straniante senso di insoddisfazione pervade chi si accosti al tema della ammissibilità della contenzione biomeccanica nell'ordinamento costituzionale italiano.

Del resto, nel corso del 2018, la Suprema Corte di cassazione, facendo calare il sipario del giudicato penale sui fatti di Vallo della Lucania, si è espressa su un'aspra e risalente disputa teorica che non aveva mai trovato una sua sede di risoluzione espressa e generale: è proprio quella della natura delle privazioni della libertà personale adottate in via di fatto, ovvero mediante coercizioni prive di un esplicito fondamento giuridico positivo di qualsivoglia natura.

Tali sono, in effetti, le contenzioni biomeccaniche, ossia quelle pratiche per mezzo delle quali un paziente viene assicurato alle spondine di un letto o comunque ad un arredo permanente di una struttura di carattere medico o geriatrico, e quivi immobilizzato al proclamato fine di non nuocere alla propria persona o ad altri. Si tratta di quelle limitazioni di fatto della libertà personale su cui la riflessione giuridica si è attardata di rado e avverso le quali, tuttavia, le ragioni del Costituzionalismo dovrebbero trovare preminente ascolto e maggiore spazio di sviluppo.

L'apparato argomentativo dispiegato dalla Corte di cassazione nella sentenza 20 giugno 2018, n. 50497² è assai lineare, ma l'approdo della pronuncia in punto di compatibilità con la disciplina dell'art. 13 Cost. si rivela debitore di miti ed equivoci che funestano la delicata materia delle coercizioni nei servizi psichiatrici. Pertanto, la sentenza sfocia in un esito malfermo, dato che campeggia su un

¹ Non sarà mai inutile ripercorrere i fatti alla base del giudizio di legittimità emesso dalla Suprema Corte di cassazione il 20 giugno 2018; fatti invero terribili poiché portarono alla morte di un uomo, seguita ad una lunga agonia consumatasi in un Servizio psichiatrico di Diagnosi e Cura ove venne costretto e immobilizzato a letto, abbandonato per oltre settantadue ore, fino al decesso avvenuto per disidratazione e arresto cardiocircolatorio. Vi è da aggiungere che il Mastrogiovanni (questo il nome della vittima) aveva subito la contenzione, poi rivelatasi mortale, in costanza di esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio. Come precisato in premessa dalla stessa Corte di cassazione, la contenzione durò ininterrottamente per quasi quattro giorni.

² Per le motivazioni della sentenza, v. [file allegato](#).

terreno non battuto dal legislatore, poco esplorato dai giudici ordinari e speciali, ma gravido di temibili implicazioni sul piano pratico.

Le statuizioni più rilevanti della pronuncia della Corte di cassazione sono relative ai due volti controversi del problema: la definizione delle pratiche di contenzione e i margini della sua ammissibilità nell'ordinamento.

2. La fallimentare ricerca di un fondamento legislativo primario legittimante le pratiche di contenzione biomeccanica.

L'analisi deve essere condotta limitandosi a due distinti versanti: prima occorre chiarire una volta per tutte cosa si debba intendere con l'espressione contenzione biomeccanica; poi rileva esaminare se sia coerente la conclusione cui la Corte di cassazione è pervenuta (e la maggioranza degli operatori e degli interpreti, per vero, sembra condividere) in punto di liceità e legittimità di tale pratica.

Il primo profilo comprende anche la *vexata quaestio* della contenzione da intendersi come atto medico. Qualora la si considerasse tale, allora verrebbe in soccorso della posizione facoltizzante la diretta natura scriminante sottesa all'art. 32 Cost. In altre parole, la natura di atto medico della contenzione consente di ricavare la sussistenza della causa di giustificazione costituzionale e concludere per l'esclusione dell'antigiuridicità della pratica di immobilizzare i pazienti psichiatrici. Su questo schema logico, la Suprema Corte non concorda. Sbarrare la strada alla natura di atto medico della contenzione biomeccanica era d'altronde piuttosto agevole sulla scorta della pregressa giurisprudenza di legittimità. Essa riconduceva a tale categoria solo tre tipologie di atti: quelli a finalità terapeutica; gli accertamenti diagnostici; gli atti che integrano trattamenti di lenimento del dolore.

Tuttavia, nel rilevare come la contenzione non ricada nell'alveo di nessuna delle tre categorie che precedono, la Suprema Corte, nella citata sentenza n. 50497 del 2018, svolge una considerazione discutibile. Infatti, la contenzione sarebbe un «presidio restrittivo della libertà personale... dalla mera funzione di tipo cautelare». Di questo tentativo definitorio è criticabile ogni passo. Il concetto di presidio, in primo luogo. Il lemma denota la natura difensiva della contenzione e al contempo lascia intendere qualcosa sulla riserva di ambiguità che la accompagna: la sua natura di comportamento innominato e di mero potere coercitivo fattuale del tutto privo di positivizzazione. Infine, dire che tale condotta costituisce un presidio concede qualcosa al fatto che essa possa avere un minimo fondamento normativo. Il che, invece, non è. Ed infatti, la contenzione è un dispositivo nel senso foucauldiano del termine³. Si tratta, piuttosto, di un comportamento che rimane coperto in una zona di apparente a-nomia.

Eppure, la Corte di cassazione, ricusando l'ipotesi che vi sia un totale vuoto di disciplina legislativa, imbecca la via, spesso battuta senza successo in dottrina, che dovrebbe condurre sulle tracce di un qualche, pur labile, fondamento normativo. Dopo un rapido passaggio sull'abrogato R.D. del 16 agosto 1909⁴, che professava il principio di abolire o quantomeno ridurre i mezzi di coercizione degli infermi in manicomio, il giudice di legittimità alza il tenore costituzionale della motivazione svolgendo esplicito riferimento agli artt. 13 e 32 Cost., per poi introdurre un riferimento alla l. 13 maggio 1978, n. 180⁵. Quest'ultimo però risuona per quello che è: un accenno non perspicuo, dato che la Corte di cassazione fa riferimento alla c.d. legge Basaglia come al grimaldello che consentì il

³ V.G. Agamben, *Che cos'è un dispositivo?*, I sassi nottetempo, 2006, p. 7, in cui si legge il punto di partenza dell'analisi del termine, muovendo dal suo impiego nel pensiero hegeliano: «il dispositivo ha sempre una funzione strategica concreta e si iscrive sempre in una relazione concreta. Come tale risulta dall'incrocio di relazioni di sapere e di potere».

⁴ Il testo del provvedimento è disponibile [a questo link](#).

⁵ Il testo della legge è disponibile [a questo link](#).

superamento «dell'impostazione custodiale del malato psichiatrico»; poi, però, la motivazione si accosta pericolosamente al più classico degli equivoci: quello relativo al legame tra trattamento sanitario obbligatorio e contenzione biomeccanica dell'infermo di mente. Da queste rapide volute, la Corte di cassazione esce con l'affermazione secondo cui il sistema «non legittima affatto i mezzi di coercizione fisica se non in quanto rappresentino l'unico strumento idoneo ad approntare le cure mediche necessarie per scongiurare il pericolo di grave danno alla salute del paziente». Tale conclusione, pur alludendo ad una sorta di residualità, pone l'inquadramento generale della contenzione su un piano inclinato e assai scivoloso. Le conseguenze di questo passo falso non tardano infatti a mostrarsi nel prosieguo della motivazione.

La Suprema Corte, infatti, all'apparente fine di concludere nel senso che le condotte contenitive dei pazienti sono poste in essere in assenza di una previsione legislativa, svolge un riferimento a *contrario* alla disciplina recata dall'art. 41 della l. n. 354 del 1975⁶. Si tratta della disposizione qualificata dalla Corte di cassazione come l'unica norma di legge primaria «che contempla in modo espresso la contenzione». Se non che questo è vero solo in parte e, soprattutto, condurrebbe ad una soluzione diversa da quelle prospettate in motivazione. Innanzitutto, la disposizione in tema, tuttora recata dall'ordinamento penitenziario, si riferisce a qualunque mezzo di coercizione escludendo che esso possa essere impiegato a finalità disciplinari, cioè per fini punitivi nel sistema di esecuzione penale intramuraria.

Stabilendo poi che la coercizione debba essere impiegata per lo stretto tempo necessario e sotto il controllo sanitario, si intende evitare inutili e degradanti afflizioni nei riguardi dei detenuti, non potendosi escludere, tuttavia, che insorgano situazioni in cui proprio in carcere vi sia da difendere l'incolumità del soggetto, di terzi o l'esigenza di evitare danni alle cose.

Nella logica del giudizio della Corte, l'elemento più rilevante connesso alla citazione della norma dell'ordinamento penitenziario è, in realtà, un altro. Ed è che il giudice di legittimità si richiama acriticamente alla triplice garanzia sottesa a quella previsione (1. inutilizzabilità a fini punitivi; 2. limite di durata; 3. controllo sanitario). La Corte di Cassazione sembra allora considerare l'art. 41 o.p. ciò che esso non è: una disposizione di ordine generale. Successivamente la Suprema Corte, passa a confutare la tesi smodatamente permissiva, sostenuta nel giudizio sulla morte del Mastrogiovanni dalla difesa degli imputati, per poi delineare la ricostruzione mediana e farla propria.

Ma è proprio l'abbraccio alla posizione dogmatica di ammissibilità limitata delle contenzioni la vera impronta consegnata al dispositivo della sentenza. Si smarrisce, a questo punto, la via per cogliere la reale natura giuridica della contenzione in forza della quale giungere poi alle conclusioni corrette circa la sua illiceità.

In altre parole, l'inquadramento teorico e pratico della contenzione non è riducibile ad un'alternativa secca, ma ad un triplice esito ricostruttivo. Uno dei tre profili teorici risulta inopinatamente obliterato dalla Suprema Corte di cassazione, con esiti sistematici non trascurabili.

⁶ Art 41 – Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione. «Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.

Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso.

Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario.

Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore».

La ragione di questo oblio, che cade sulla definizione e l'analisi di metodo definitorio sulla contenzione, origina in primo luogo dall'indebito riferimento all'art. 41, comma 3, l. n. 354 del 1975. La vana ricerca di una disposizione di legge che offra copertura giuridica alle contenzioni finisce per nascondere l'evidenza che sempre affiora quando la libertà personale dell'infermo di mente si para al cospetto del potere medico e psichiatrico: in tali circostanze essa si mostra come libertà di fatto perché è effettiva esplicazione di facoltà fisiche insopprimibili che sono fuori della stessa norma costituzionale che ne tratteggia le possibili limitazioni⁷.

3. Le due tesi prese in considerazione della Suprema Corte circa la legittimità della contenzione.

Tornando alle due tesi a cui invece si riduce la disamina della Corte di cassazione, esse possono così riassumersi. Secondo la prima, largamente facoltizzante le pratiche contenitive, queste sono un presidio, sempre lecito purché funzionalmente coesistente al trattamento medico, e cioè quale risorsa ancillare da applicare in via complementare alla somministrazione farmacologica. Questa lettura delle condotte costrittive degli infermi viene rigettata con nettezza e non merita riflessioni supplementari, perché in disparte dalla debolezza di fondo dell'impostazione da cui muove in punto di diritto, essa perde ogni presa una volta esclusa la natura medica dell'atto contenitivo.

La seconda tesi, purtroppo fatta propria dal giudice di legittimità, è quella mediana e si condensa in una definizione della condotta coercitiva dell'infermo che sarebbe «massima privazione della libertà personale che può e deve essere disposta dal sanitario solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario dopo aver esercitato la massima sorveglianza sul paziente».

Si potrebbe forse giungere a quest'ultimo approdo interpretativo qualora esistesse una disposizione legittimante di valenza generale che possa giustificare tali pratiche da condurre in *extrema ratio* ma, come si è visto, così non è. Ne discende, pertanto, che l'unica ricostruzione sistematica della contenzione biomeccanica che si possa accogliere è quella cui la sentenza della Corte di cassazione non guarda affatto. Se la contenzione del paziente psichiatrico e dell'anziano fosse disciplinata per legge, essa farebbe segnare «il punto di indistinzione tra violenza e diritto»⁸, ovvero quel momento in cui la regolazione giuridica del potere assoluto, ancor prima che funzionare da limite e da garanzia, lo fonda e lo legittima nell'ordinamento. Fortunatamente, una tale scelta non è mai stata compiuta dal legislatore in epoca repubblicana. Ed è proprio la caratteristica coesistente alla contenzione biomeccanica che non viene colta nella pronuncia in commento: l'essere disposta ed eseguita in quelle zone anomiche dell'ordinamento che si determinano quando le persone entrano in posizione di soggezione rispetto ad un'istituzione che, in fatto, diviene in grado di disporre dei corpi.

4. I quattro elementi definitivi che delineano la pratica di contenzione biomeccanica.

L'unico inquadramento rispettoso della traccia segnata dall'art. 13 Cost. è allora il seguente. Gli elementi essenziali della contenzione, tali da definirla, sono quattro:

1. è una pratica e non un presidio;
2. integra la più estrema privazione della libertà personale immaginabile, di tal che intacca il nucleo essenziale della autonoma disponibilità del corpo del soggetto;
3. quando la contenzione è posta in essere non rimane «alcun residuo di libertà»⁹, proprio perché, a differenza di ogni altra misura limitativa o anche privativa, essa inverte una condizione di soggezione assoluta e totale della persona;

⁷ Così si apre la mirabile trattazione di A. Cerri, *Rimeditazioni sulla libertà di fatto*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Vol. I, Cedam, 1995, p. 169.

⁸ Così G. Agamben, *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, 1996, p. 84.

⁹ Nella celebre Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in *Giur. Cost.*, 1993, 2740 ss. si legge che «la sanzione detentiva non

4. nella natura della contenzione non vi è l'accessorietà servente ad un'altra pratica, tale da poter essere attratta nello statuto di disciplina di quest'ultima; pertanto la contenzione non si risolve in un mezzo ancillare per compiere un atto fine.

In quest'ultima prospettiva, essa è una pratica autosufficiente compiuta sul corpo del paziente, senza che necessariamente debba preludere o essere condizione per lo svolgimento di attività terapeutiche o di applicazioni mediche. Vi è infine la quarta caratteristica strutturale delle condotte contenitive, quella più spesso sottostimata. Si tratta della completa indifferenza rispetto al consenso del paziente. Infatti, le pratiche che ci occupano prescindono del tutto dall'atteggiamento volitivo e di comprensione del paziente che viene sottoposto ad un'azione coercitiva senza che rilevi la sua disponibilità o capacità di comprensione rispetto a quanto sta accadendo alla sua persona. Tale ultimo profilo, che concorre alla definizione della contenzione, trova conferma nel celebre adagio secondo cui «il diritto quando comanda non coercisce, quando coercisce non comanda»¹⁰. Resta dunque asseverato che la contenzione di cui qui si parla nulla ha a che vedere con i casi in cui si dispongono trattamenti contro la volontà del paziente o perché questi ricusa di prestare il consenso, oppure perché egli non è posto in condizione di offrirlo, come nella circostanza dell'infermo privo di coscienza o delle istantanee immobilizzazioni volte a prevenire movimenti involontari e indisponibili da parte del paziente sottoposto ad operazioni chirurgiche.

5. I casi limite della richiesta di contenzione e dell'immobilizzazione precauzionale. Loro effetto fuorviante per l'analisi giuridica.

Una volta che si sia giunti ad individuare la natura della contenzione in termini di teoria generale secondo i quattro tratti fondamentali che precedono, si può muovere oltre a valutarne legittimità e liceità. Ora, è del tutto manifesto che questa impostazione non è stata seguita dalla Corte di cassazione, la quale, sul piano del metodo, è parsa dare in parte per scontate la natura e la definizione delle pratiche di cui si discute, mostrando poi, nel merito, di condividere soltanto uno dei quattro elementi essenziali che si è qui ritenuto di proporre: quello della natura diversa dall'atto medico. L'esclusiva alternatività tra le due interpretazioni su cui il giudice di legittimità ha fondato la motivazione è quindi il naturale esito non solo delle deduzioni delle parti processuali e dell'andamento dei giudizi di merito, ma anche della scelta di non percorrere a fondo la via definitoria del fenomeno.

Si situa a questa altezza dell'*iter* motivazionale la virata dall'esame di ciò che la contenzione è secondo l'ordinamento giuridico, alla conseguente disamina della presunta linea di demarcazione tra i casi in cui essa sarebbe a dirsi legittima e quelli nei quali, assurgendo a condotta illecita e non scriminata, tale pratica integra la consumazione di uno o più reati.

Sulla scorta di queste precisazioni si intende perché si debba sgomberare il campo da due casi limite, talvolta invocati a sproposito per perturbare il piano dell'indagine. Il primo è quello della contenzione impiegata per assicurare il paziente ad un supporto medico, così da poter condurre con successo un intervento chirurgico. In tali circostanze la condotta è strumentale e servente l'operato del personale medico che, quindi, si vale di strumenti coercitivi al solo fine di condurre con successo

può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale. Da ciò consegue che l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione». Tale rilievo deve valere *a fortiori* per le pratiche abrasive della libertà personale se non applicate in sede penitenziaria (definita dalla stessa Corte, nella pronuncia citata come un «ordinamento derogatorio»), ma in ambiti sanitari.

¹⁰ C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Cedam, 1932, p. 61.

l'atto terapeutico. Le condotte cui si riferisce la sentenza in commento, invece, sono fini a sé stesse, tanto che la durata, l'intensità e i modi della coazione non sono scelti in funzione di altra attività di carattere o finalità curative. Neppure può introdursi nell'analisi il caso del soggetto che chiede di essere contenuto meccanicamente. È la c.d. "scelta di Ulisse"¹¹, riguardo alla quale, invece, si pongono tutti altri problemi di ordine logico che circondano la disponibilità della libertà personale, e comunque l'analisi dei presupposti e dei fondamenti del consenso offerto dal singolo. Escludere queste due circostanze ipotetiche dall'analisi giuridica della contenzione biomeccanica è possibile solo se si adottano le citate cure sul piano definitorio. Del pari, soltanto la necessaria accuratezza nella definizione può consentire di procedere oltre casi limite che, se incongruamente richiamati, possono trarre in errore sul piano delle conclusioni di ordine generale in punto di liceità e di legittimità delle pratiche di coazione dei pazienti.

6. Le pratiche coercitive di fatto al cospetto del dettato costituzionale.

Essendo dunque rilevanti solo gli atti di contenzione che non hanno alcun legame diretto con pratiche mediche, che prescindono del tutto dalla volontà e del consenso del paziente proprio perché *prima facie* coercitivi e non obbligatori, che non sono coperti da alcuna disciplina di rango legislativo e non costituiscono in alcun modo atto medico prescrivibile, si deve concludere che nessuno dei due orientamenti in punto di liceità, sviluppati dalla Corte Suprema di cassazione, è condivisibile. Infatti, scartato il primo – sostenuto dagli imputati ricorrenti contro la sentenza di appello – anche quanto statuito dalla Suprema Corte si mostra non privo di punti deboli.

La Corte, per quel che qui rileva in punto di ipotetiche contenzioni lecite, si affida a due argomenti, i quali sono assai più fragili di quel che sembri a prima vista. Con il primo, afferma che essendo la contenzione mero presidio «cautelare» il cui utilizzo è lecito solo al ricorrere delle «condizioni di urgenza» ne discenderebbe che «la massima privazione della libertà che deriva dall'uso della contenzione "può" e anzi "deve" essere disposta dal sanitario (il quale, più degli altri, è per le proprie competenze tecnico-scientifiche a conoscenza dei gravi pregiudizi che l'uso del mezzo contenitivo può provocare alla salute del paziente) solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario dopo aver esercitato la massima sorveglianza sul paziente».

Il fondamento logico di questa tesi risiederebbe nella previsione della disciplina di posizione di garanzia declinata nell'art. 40 cpv. c.p. È però di tutta evidenza come tale ricostruzione sia destituita di forza al cospetto della cogente disciplina recata dall'art. 13 Cost. La gestione della posizione di garanzia, infatti, non può in alcun modo risolversi nell'annullamento della libertà personale del singolo senza che essa sia disciplinata da un atto avente il valore di legge. Una disciplina di ordine generale, non tipizzata quanto ai mezzi e contorni delle condotte cautelare di presidio della responsabilità penale del medico, non può legittimare il totale annullamento della libertà di disporre del proprio corpo da parte del singolo. E ancora, se solo si riflette sulle conseguenze applicative del sacrificio del principio di legalità sostanziale a difesa della libertà dalle coazioni, in nome di una presunta esigenza di evitare la responsabilità penale del potere medico, si dovrebbe immediatamente cogliere uno degli equivoci tipici alla base dell'analisi giuridica delle contenzioni. E cioè che si impiega una disposizione, la quale delinea i tratti di responsabilità in capo a chi cagiona un fatto che aveva l'obbligo di evitare, convertendola nel suo contrario: ovvero in una riserva di legittimazione di condotte altrimenti illecite¹².

¹¹ Da i celeberrimi versi del Libro XII, versi 148-200, dell'Odissea: «a me solo ordinava d'udire quel canto; ma voi con legami strettissimi dovette legarmi, perché io resti fermo, in piedi sulla scarpa dell'albero: a questo le corde m'attaccano. E se vi pregassi, se v'ordinassi di sciogliermi, voi con nodi più numerosi stringetemi!». Nel mito dell'eroe errante che non rinuncia ad ascoltare il canto delle Sirene, si rinvia il paradigma delle autolimitazioni della libertà personale e il profilo della sua giuridica indisponibilità, se non altro per il problema logico di individuare la via per disporre la fine della coercizione stessa. Sul punto, cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Cedam, 1992, pp. 182-183.

¹² Vale qui richiamare le fermissime parole di F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in A. Manacorda (cur.), *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi

Tanto ciò è vero che così argomentando si smarrisce un approdo, cui pure i penalisti sono giunti con successo, per cui «il consenso del paziente rappresenta quell'elemento strutturale decisivo per delimitare l'esatto ambito operativo degli obblighi del medico e ne plasma, pertanto, contenuto e specifici limiti che per loro natura non possono essere fissi ma in ogni momento mutevoli»¹³.

In secondo luogo, l'impostazione non resiste alla chiara direttiva del Costituente che considerò da punire ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13, comma 4, Cost.). In terzo luogo, la tesi mediana abbracciata dalla Cassazione (che comunque facoltizza, entro certi limiti pretori, le coazioni assolute dell'infermo di mente), confligge con una concezione della malattia mentale che non è più quella del soggetto disturbato, presuntivamente incapace o pericoloso a sé e agli altri¹⁴. Il soggetto che vive l'esperienza del disturbo mentale è ormai proiettato in una dimensione culturale e giuridica tutta diversa: quella delle crescenti quote di autoresponsabilità e di autodeterminazione¹⁵. Dal che si inferisce che, tramontati i grandi miti che hanno segnato secoli di statuto giuridico del malato di mente (incomprensibilità, incurabilità, pericolosità), non è in alcun modo giustificabile il ricorso alle contenzioni prolungate e frequenti per evitare paternalisticamente gli effetti di condotte pericolose dell'infermo di cui si presume la ricorrenza.

Vi è poi un quarto argomento, che si fonda sulla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18¹⁶. Tra le altre disposizioni che essa reca, vi è quella secondo cui: «gli Stati Parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento» (art. 5, comma 2). Si tratta di una direttiva assai rilevante perché proietta la condizione delle persone con disabilità in una prospettiva del tutto diversa da quella tradizionale, imponendo che gli ordinamenti degli Stati astretti alla Convenzione abbandonino ogni presunzione in forza della quale colui che vive l'esperienza di disabilità debba essere trattato in modo sfavorevole, tanto da intaccare la sua dignità personale per via del pregiudizio della pericolosità ovvero, in definitiva, in ragione dello stigma della dannosità potenziale. Ebbene, la maggior parte delle condotte di contenzione muovono proprio da questo presupposto di fondo: l'idea di integrare precauzioni nei riguardi dell'interesse del soggetto che è costretto a soggiacervi e di tutela anticipata dei luoghi e delle persone dai rischi derivanti dalla potenziale (e a-scientificamente ipotizzata) pericolosità del paziente psichiatrico. La Convenzione, non a caso, offre protezione affinché «l'esistenza di una disabilità non giustifichi in nessun caso una privazione della libertà» (art. 14). Infine, è appena il caso di dire che tale disciplina non può in alcun caso intendersi alla stregua di uno schema di tutela valido solo per le privazioni della libertà personale derivanti da finalità penali e trova certa applicazione nel caso di qualunque procedimento volto ad incidere sulla libertà fisica della persona, ivi inclusi proprio i trattamenti sanitari obbligatori¹⁷.

Giuridici e Politici della Regione Umbria, 1989, p. 144, secondo il quale «va ribadito che essenzialmente che di obbligo di impedire l'evento e di posizione di garanzia si può parlare solo in presenza di una previsione legale (ex art. 25, comma 2 Cost.). E ciò pur riconoscendo la tendenza a costruire obblighi di impedire l'evento sulla base anche di mere circolari». In questa medesima prospettiva, cfr. le conclusioni svolte da F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, in particolare pp. 55 ss.

¹³ Così, da ultimo, C. Cupelli, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 9, 2011, p. 2951.

¹⁴ V. ancora F. Bricola, *La responsabilità penale*, cit., p. 145.

¹⁵ Già in questo senso, cfr. le pionieristiche notazioni svolte da A. Manacorda, *Lineamenti per una riflessione sulla responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, in *Id.* (a cura di), *Tutela della salute mentale*, cit., p. 44 e *passim*.

¹⁶ Il provvedimento può essere consultato [a questo indirizzo](#).

¹⁷ Conclude in questo senso V. Eboli, *Art. 14*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità*, Aracne, 2010, p. 190.

7. Stato di necessità e condizioni di apparente a-nomia.

Tutto ciò conduce all'ultimo fronte dell'analisi generale posto in rilievo dalla sentenza n. 50497 del 2018: quello dell'esimente dello stato di necessità come presidio invocato per legittimare le pratiche contenitive. Contro tali tentativi, argomenti assai solidi consentono di ribadire che non è ammessa alcuna via per la codificazione pretoria della contenzione, per poi rifugiarsi sotto l'ombrello protettivo dell'esimente di cui all'art. 54 c.p. Vale sempre ricordare infatti che tutti i requisiti contenuti nella disposizione codicistica si interpretano sistematicamente e cioè uno per il tramite dell'altro. Sfugge pertanto ad ogni ragionevole interpretazione scriminante il comportamento di chi ricorra alla contenzione, integrando il completo sacrificio di una libertà inviolabile, a meno che ciò avvenga per far fronte ad un pericolo di proporzionata entità, che si appalesi attuale e non solo eventuale e che non sia altrimenti evitabile. A queste conclusioni già ostative, si aggiunge il problema della contestualità e cioè del venire in gioco dei due beni giuridici in conflitto allo stesso momento, non potendosi sacrificare l'uno in previsione prognostica della possibile minaccia di porre a repentaglio l'altro¹⁸. A ciò si somma che proprio la valutazione prognostica di pericolosità è oggi posta in vivace discussione dalle citate linee interpretative della capacità di autodeterminarsi dell'infermo di mente e della nitida impronta di sostegno e responsabilizzazione dell'incapace: esse coincidono con l'abbandono della dogmatica della sua neutralizzazione perché pericoloso e imprevedibile.

Quanto qui si sostiene trova conferma nel fatto che né quanto accaduto a Vallo della Lucania al povero signor Mastrogiovanni, deceduto per effetto della prolungata coazione cui venne costretto, né quello che succede e si osserva nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura operanti sul territorio nazionale, è lontanamente vicino a soddisfare in concreto i presupposti applicativi della scriminate di cui all'art. 54 c.p.

8. Conclusione in merito alla illegittimità costituzionale delle condotte di contenzione biomeccanica.

Dal sofferto percorso motivazionale della Suprema Corte di cassazione racchiuso in questo duplice snodo discorsivo – definizione della contenzione, suoi confini di liceità – si evince allora la estrema povertà di argomenti a sostegno di ogni tesi legittimante le pratiche coercitive oggetto di questa disamina.

Il che induce a trarre due conclusioni di ordine generale che probabilmente valgono a rischiarare il campo largo dei rapporti tra individuo e autorità, anche oltre la tragica prospettiva e i paradigmatici eventi per i quali si è giunti alla più volte citata sentenza della Corte di cassazione.

In primo luogo, il problema costituzionale della contenzione ravviva il problema del metodo di studio e regolazione delle vecchie e nuove questioni connesse con la disciplina della libertà personale in Italia. Il riflesso condizionato di affrontarle da prospettiva preminentemente penalistica rischia di scolorare le garanzie previste dall'art. 13 Cost.; queste ultime, in realtà, non costituiscono soltanto il presidio contro gli abusi nell'impiego della coercizione nel quadro del procedimento penale, ma restano l'archetipo protettivo dei rapporti tra la persona e i poteri pubblici che reca al suo interno, se si vuole, le ragioni intrinseche del Costituzionalismo.

Solo muovendo da questa consapevolezza si può ricostruire il tessuto degli antidoti contro le tecniche contemporanee di annichilimento della libertà personale, che si rivelano anomiche, striscianti e oscure. La contenzione biomeccanica è infatti una pratica che va riconosciuta nel suo tratto caratterizzante più sinistro: quello di essere applicata in ambiti sezionali dell'ordinamento poco esposti alla presa delle garanzie, proprio perché niente affatto disciplinati dalla legge. Si tratta di una delle vie per le quali la Costituzione «come norma giuridica discende laddove il diritto vive e si applica,

¹⁸ Chiarissimo su questo era già A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, Cacucci, 2005, p. 553.

tra i cittadini, penetrando sempre più a fondo nei molteplici rami dell'ordinamento, nel concreto dell'esperienza giuridica»¹⁹. Diviene dunque cruciale mantenere salda la tecnica interpretativa del quadro giuridico senza rinunciare ad interrogare il testo costituzionale in tutta la sua portata²⁰. Se non si consegnano all'oblio il tenore dell'art. 13, commi 3 e 4, Cost., e la forza delle disposizioni pattizie della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, si giunge all'unica conclusione possibile circa le prassi contenitive dei pazienti psichiatrici, sia quando essi siano sottoposti a trattamento sanitario obbligatorio, sia quando siano ricoverati volontariamente: si tratta di coercizione illegittimamente disposta ed eseguita.

L'unica forma di coazione lecita (cioè non punibile perché, tra l'altro, non suscettibile di autonoma valutabilità giuridica) resta, dunque, quella istantanea e puntiforme, servente un atto medico e immediatamente interrotta una volta che quest'ultimo sia compiuto. Non per caso si tratta di evenienza che esula del tutto dalla definizione qui proposta. Nelle restanti circostanze, l'esplicita traccia scavata dal comando costituzionale domina il campo, così che ogni coercizione effettuata dal potere medico senza tipizzazione di legge ricade sotto gli effetti della formula recata dall'art. 13, comma 4, Cost. i cui termini omnicomprensivi testimoniano ancora oggi l'assoluta condanna, da parte del Costituente, di ogni privazione della libertà personale non coperta da riserva di legge, esercitata su persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

Si rivela così il conflitto generale che si cela dietro alle contenzioni: quello tra il potere medico orientato al custodialismo e alle pratiche difensive e il soggetto fragile che rischia l'annientamento, come nel caso da cui origina la sentenza della Suprema Corte in causa Mastrogiovanni.

In definitiva, dunque, l'insoddisfazione per gli esiti e gli argomenti svolti dalla Corte di cassazione si addensa intorno al non aver colto la dinamica, tipica del *Constitutional Law*, tra la Carta fondamentale e gli oscuri spazi di indeterminatezza delle pratiche mediche. È una lotta, questa, che non può accettare mediazioni e composizioni neanche al cospetto di una delle questioni più ardue del nostro tempo, quella che concerne il mutato rapporto tra diritto e tutela della salute mentale. Di qui l'impostazione di queste note, in cui la ricostruzione definitoria di quel che è contenzione in fatto e nelle pratiche massive dei servizi psichiatrici di diagnosi e cura, coincide in tutto e per tutto con quel che la Costituzione repubblicana, e non il codice penale, vieta e non tollera.

Bibliografia.

G. Agamben, *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, 1996

F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in A. Manacorda (cur.), *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria, 1989

C. Cupelli, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 9, 2011

¹⁹ Si tratta del processo storico evolutivo descritto da M. Fioravanti, *Art.2 Cost.*, Carocci, 2017, p. 134.

²⁰ Paradigmatico, ad esempio, è il metodo di trattazione seguito da M. Massa, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. Rossi, *Il nodo della contenzione*, Alpha Beta Verlag, 2015, pp. 81 ss. Tale A. prima afferma che «la contenzione non può mai considerarsi legittima, in assenza di una norma di legge che disciplini i casi e i modi per la sua applicazione». Poi, conclude, a parere di chi scrive in modo contraddittorio, nel senso che «quando la legge consente l'imposizione coattiva di un intervento sanitario, all'interno di un ospedale o altrove, la contenzione si può considerare legittima: le autorità sanitarie dispongono di una situazione giuridica tecnicamente qualificabile come potestà, dinanzi alla quale il paziente è in una condizione di soggezione, ovviamente non illimitata, né indifesa». Questa tecnica di analisi, in tutto divergente rispetto a quella seguita dalla Suprema Corte di cassazione, appare del pari foriera di equivoci: confusione tra obbligatorietà del trattamento e condotte coercitive; sovrapposizione tra prese di posizione proibizioniste e cedimenti al realismo delle prassi e dei rapporti tra degente dei servizi di diagnosi e cura, operatori e psichiatri; mancata enucleazione di quel che è atto sanitario e di ciò che non lo può essere.

- V. Eboli, *Art. 14*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità*, Aracne, 2010
- C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Cedam, 1932
- M. Fioravanti, *Art. 2 Cost.*, Carocci, 2017
- M. Massa, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. Rossi, *Il nodo della contenzione*, Alpha Beta Verlag, 2015
- A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, Cacucci, 2005
- A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Cedam, 1992
- F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.

— *N'afè Drôla*: ovvero la stranezza dell'ordinaria legalità

N'afè Drôla: the strangeness of ordinary legality

di Pietro Buffa

Il presente scritto è stato pubblicato originariamente sulla Rivista [Questione Giustizia online](#), 17 giugno 2015.

«No, i **ragazzi** non sono qui, sono già andati al campo».

A volte il senso del tuo lavoro e delle norme che lo regolano si materializzano plasticamente in volti, parole e situazioni. Quella era una di quelle volte.

La frase non mi veniva rivolta in un campo sportivo o in un cortile di una scuola. **Ero in un carcere**, nel carcere in cui lavoravo da dieci anni, e l'interlocutore era un agente in servizio alla portineria di un blocco detentivo e i **ragazzi** erano uomini fatti e finiti, grandi e grossi, e i loro volti, spesso poco rassicuranti, erano attraversati dai segni del loro passato marginale e criminale.

Solo che, nel frattempo, erano anche diventati **giocatori di rugby** e formavano una squadra che giocava in serie C. Una cosa strana, *n'afè drôla* si sarebbe tradotto in dialetto piemontese, considerato che il tutto si svolgeva nel carcere di Torino e infatti questo era il nome di quella squadra, la "*Drôla*".

Era nata da un incontro quasi casuale con un signore distinto quanto appassionato, un ex giocatore degli anni '70 della Nazionale di quello sport, che mi aveva chiesto la possibilità di provarci.

Eccome ci avevamo provato. Avevamo trovato una sezione per poter ospitare a vita comune il gruppo, si era diffuso un avviso in tutti gli istituti della Regione e del territorio nazionale per reclutare il maggior numero di interessati, si erano fatte le selezioni, si era preparato il campo, si erano fatti i conti sul fatto che i pali delle porte erano persino più alti dei muri della cinta, si era convinta la Federazione che quella squadra aveva la necessità di avere il "privilegio" di giocare solo in casa, si era lavorato duro in palestra e sul campo e trovato la collaborazione del personale per incastrare le esigenze di quello sport con i loro turni.

E poi erano arrivate le maglie. Era stato interessante vedere gli occhi di tutte quelle persone osservare quelle maglie rosse con il numero stampato. Tutti arrivavano da carceri strapiene, alcuni da carceri con l'acqua razionata nel corso della giornata, tutti avevano nelle narici il tanfo tipico di quel

luogo chiamato carcere, tutti avevano imparato, nel corso della loro vita ai margini e soprattutto delle loro detenzioni, che la regola è farsi i fatti propri, all'occorrenza girarsi dall'altra parte e, se possibile, approfittarne. Il loro futuro, se non segnato, era fortemente problematico.

Ora qualcuno gli consegnava una maglia numerata che li rendeva parte di un gruppo con un obiettivo, se vogliamo effimero, che li indirizzava **tutti insieme verso una meta**. In molti dei loro volti si leggeva un misto di incredulità e riconoscenza. Era un po' la prova che si faceva sul serio. Alle promesse seguivano i fatti. **Si era investito su di loro**. Una volta tanto, una volta di più.

C'era una meta, appunto. Quello sforzo collettivo per portare uno dei tuoi a superare una linea bianca in fondo ad un campo dissestato dove altri omoni grandi e grossi fanno di tutto per impedirlo. E nei loro confronti non puoi risolverla al solito modo violento o vigliaccamente con la fuga. **Lì tutti ti guardano, ti giudicano**, perché se sprechi l'occasione svilisci e tradisci lo sforzo e il sacrificio di qualcun altro, e poi ci sono le regole alle quali vieni richiamato, innanzitutto dai tuoi compagni ai quali fai un danno se non vi ottemperi e poi dall'arbitro al quale non puoi ribattere. Insomma, apparentemente un manicomio.

E ora **eravamo arrivati alla prima partita** e io ero andato al blocco per accompagnarli al campo salvo che quell'agente in servizio mi comunicava che i ragazzi erano partiti prima.

Ragazzi? Ma che carcere era diventato. Sono tanti i **nomignoli dispregiativi** che le due parti si scambiano per rinforzare la linea di separazione frutto di anni di reciproca disumanità e nessuna lascia trasparire familiarità.

Ora quella parola mi colpiva come un maglio. Quella squadra non era solo più l'ennesima avventura di una direzione o il sogno di un vecchio sportivo, era **un'esperienza che coinvolgeva anche il personale** che operava in quel settore. Era un pezzo del senso del loro lavoro, una parte del risultato che ognuno di noi ha fisiologicamente la necessità di ottenere, al di là dello stipendio.

Difficile trarlo da una quotidianità fatta di tran tran, di sospetto, disillusione, recidiva, cattiveria, senso di inutilità. Oggi invece i ragazzi sono al campo e se la giocano con il Vercelli.

Perdemmo, così come perdemmo quasi tutte le partite del girone di andata del campionato. Non sapevano fino in fondo le regole, reagivano con la forza.

Ma poi c'era il terzo tempo, lo stare insieme con i vincitori di fronte ad un piatto di lasagne in quello che era la loro *club house*, ovvero la sala polivalente al piano terra del padiglione E. Qui i ruoli si invertivano. Erano a casa loro e facevano gli onori di casa mentre gli altri erano disarmati da quegli spazi, dalla sensazione di essere chiusi in un carcere di fronte ad uno che fuori forse ti avrebbe fatto paura in qualche circostanza. Eppure ora lui ti scodellava le lasagne fatte con cura quel pomeriggio e ti parlava dei suoi sogni e anche dei suoi rammarichi e delle sue sofferenze. Da quella prima volta tutti gli allenatori di quelle squadre sono usciti da lì ringraziandoci per l'opportunità di aver messo i loro ragazzi di fronte a gente con la vita rovinata ma forse in grado di reinventarsela.

Poi, un giorno, **si vinse**. Sì, avete capito bene, **si vinse**, nel senso che a fine partita tutti, detenuti e personale, gioirono come la notte di Italia-Germania 4 a 3 e io venni fatto saltare in aria tre volte come alla fine di una Coppa Rimet.

Quelle braccia che mi scaraventavano in aria, quelle risate e quelle urla fuori ordinanza del personale, tutto sapeva di fatica coronata, di volontà di rivincita, di lavoro ben fatto, di partecipazione umana, di **dignità nella pena e nella professione**.

Da quel giorno **fu un crescendo di vittorie** e a fine campionato erano terzi o quarti. Niente male per una banda eterogenea di criminali che si allenava in un grande carcere metropolitano

superaffollato e pieno di problemi. In realtà tutti pensavamo che **quella squadra e quel carcere avevano già vinto** nel momento in cui i tacchetti delle loro scarpe avevano calpestato per la prima volta il campo.

Ora abbiate pazienza e permettetemi di far saltare le immagini per visualizzare una inquadratura ripresa due anni dopo. Camminavo velocemente per una via del centro di Torino. Ormai lavoravo in un'altra città da oltre un anno e mezzo e approfittavo del weekend per stare con la famiglia e fare commissioni. **Tra la folla vedo una persona** che si affretta verso di me fendendo la disordinata massa in movimento. Lo riconosco subito e in un attimo è di fronte a me, con un sorriso largo tra il sorpreso e il compiaciuto. Non ho neppure il tempo di pensare, anzi per la verità mi chiedo come possa essere lì e non dove lo avevo lasciato, ma lui dopo un veloce saluto mi dice «volevo solo farle sapere che sono fuori in affidamento e alleno una squadra di ragazzini che giocano a rugby».

È un attimo, ci scambiamo uno sguardo ci risalutiamo e ognuno per la sua strada. In me rimane una **strana sensazione di senso, di pienezza e di fatica ben spesa**.

Perché vi ho raccontato tutto questo? Perché ho ritenuto di dover scrivere questo racconto per una rivista di questo genere? Questo **non è un racconto di sport ma di giustizia**, o meglio di come dovrebbe funzionare la giustizia anche quando cala la sua spada.

Semplicemente perché questa esperienza, così come molte altre, dimostra cosa possa significare interpretare materialmente l'**astrattezza delle norme**. Fare in modo di generare, così come dice **Rodotà** discutendo dell'eterna lotta per garantire i diritti, «un'istituzione che sia più che una amministrazione di cose»¹ che senta, cioè, il **dovere di rimuovere gli ostacoli** che si manifestano nell'ambito delle sue funzioni rispetto ai diritti dei loro affidati.

L'Autore incalza sul tema affermando che **proclamare un diritto non significa assicurarne il rispetto**, l'applicazione, l'effettività, per tutto questo **servono istituzioni che incarnino questa funzione** per «prendere i diritti sul serio»².

Nella vicenda che vi ho raccontato ci sono tutti gli elementi di questa grande rivoluzione consistente nella semplice circostanza di **rispettare il senso** delle norme.

C'è una società esterna pronta a proporre iniziative ed un'amministrazione disposta ad accogliere idee ed opportunità senza farsi spaventare né dalle difficoltà da affrontare né dalle probabilità di fallimento e **c'è, soprattutto, lo spirito** con il quale i membri di quella amministrazione devono sapere affrontare difficoltà e contraddizioni.

È la base di tutto e non a caso **le Raccomandazioni penitenziarie internazionali insistono molto su questo punto**³. Senza quello spirito quei precetti rimarrebbero, e spesso nella quotidianità rimangono, statici ed inespressi, seppelliti da una serie di obiezioni tendenti a sottolineare la complessità del compito o la carenza delle risorse a disposizione.

È in questa inespressività che si annida la radice dell'**inumanità delle sanzioni** perché un poco per volta **sacrifica la dignità** delle persone che vi sono soggette.

La carenza delle risorse ha via via giustificato l'erosione degli standard minimi statuiti ma **ha anche offuscato la coscienza e la volontà** degli operatori e dei cittadini affinché si cercassero vie e

¹ S. Rodotà, *il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, p. 196.

² *Idem*, p.103.

³ Regola 56 – Regole Minime O.N.U.

soluzioni alternative sino a venir meno **addirittura il sentimento dell'indignazione**⁴ su quel modo di procedere.

È solo il caso di far notare che dare un senso alle cose non ha nulla a che fare con le risorse ma solamente con **l'atteggiamento personale** che, tutto sommato, non riguarda altro che se stessi e **quello si vuole fare della propria vita**.

Rispetto alla storia che vi ho proposto e ai suoi protagonisti e **risultati si potrà obiettare che una rondine non fa primavera** e che a fronte di una esperienza ben riuscita si ha un solo accenno di reinserimento in quel novello allenatore di una squadra di ragazzini. Troppo poco per parlare di un reinserimento sociale diffuso, solido e duraturo e per fare di quell'esperienza l'ordinario piuttosto che lo straordinario. Sicuramente non è facile controbattere a questi punti di vista salvo dire che *comunque* lo Stato ha l'obbligo costituzionale di provarci e che **perseverare non è un'opzione** tra le possibili **ma un dovere**.

⁴ Mutuo questo pensiero dall'analisi semantica del parallelo tra dignità ed indignazione, laddove la seconda, riferita a se stessi, diventa importante per affermare la seconda rispetto agli altri, proposta da P. Gonella, *La tortura in Italia: parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, 2013, p. 109.

Un esperimento passato alla storia

Ricordando l'intervista a Philip G. Zimbardo

An experiment that went down in history

Remembering the interview with Philip G. Zimbardo

di Matteo Vizzardi

Nell'agosto del 1971, un giovane professore di psicologia dell'università di Stanford, Philip Zimbardo, cerca di comprendere, con un esperimento che passerà alla storia della psicologia sociale, in che modo potenti fattori situazionali possono a tal punto condizionare il comportamento di persone comuni, senza alcuna particolare inclinazione alla violenza, da indurle a compiere azioni cattive, inimmaginabili – persino per loro – in un contesto di normalità.

Per dirla con le parole di Zimbardo, l'esperimento – che prenderà il nome di "*The Stanford prison experiment*" – nasce animato dal tentativo di «comprendere i processi di trasformazione che si verificano quando persone buone o normali compiono azioni cattive»¹, e cioè di affrontare quella che Zimbardo definisce la "domanda fondamentale": che cosa spinge le persone ad essere cattive?

L'esperimento di Zimbardo, e l'idea di mettere alla prova il comportamento di persone *ordinarie* in situazioni *straordinarie*, non è peraltro nuova. Dieci anni prima, nel 1961 – mentre era in corso a Gerusalemme il processo celebrato all'ex funzionario nazista Adolf Eichmann, responsabile del trasferimento di centinaia di migliaia di ebrei verso i campi di sterminio – lo psicologo sociale Stanley Milgram, nell'università di Yale, aveva congegnato un originale esperimento per testare fino a che punto le persone sarebbero state disposte ad obbedire all'autorità². In estrema sintesi, Milgram aveva reclutato alcuni volontari convincendoli che avrebbero partecipato ad un esperimento sulla memoria e sugli effetti dell'apprendimento, chiedendo loro di sottoporre ad alcuni test mnemonici altre persone (queste ultime attori complici di Milgram), e di infliggere scosse elettriche – non reali, ovviamente, ma che i volontari credevano tali – sempre più intense a fronte degli errori degli "allievi". L'esito dell'esperimento fu sconcertante: la grande maggioranza dei volontari, condizionata dalla situazione di serietà del contesto e dall'autorevolezza del gruppo di ricerca, fu disposta consapevolmente ad aumentare le scosse elettriche sino ad una intensità che, se fosse stata reale, avrebbe determinato la morte degli "allievi": e ciò nonostante i volontari *sentissero* nell'altra stanza gli allievi (che, lo ricordiamo, erano attori) urlare di dolore.

¹ P. Zimbardo, *L'effetto Lucifero: cattivi si diventa?*, Raffaello Cortina, 2008, p. 4.

² S. Milgram, *Obbedienza all'autorità: uno sguardo sperimentale*, Einaudi, 2003.

Una parentesi. Il Prof. Zimbardo, che abbiamo incontrato ed intervistato a San Francisco, ci ha raccontato che conosceva Stanley Milgram sin dai tempi in cui entrambi erano ragazzini nel Bronx, noto quartiere difficile di New York, soprattutto nel dopoguerra, e pare che Milgram, appena sedicenne, si chiedesse già all'epoca che cosa avrebbe fatto *lui* – che cosa avrebbero fatto *tutti loro* – se fossero stati giovani tedeschi durante il Terzo Reich. Ma dell'intervista al Prof. Zimbardo si dirà più avanti.

Accade allora che a distanza di dieci anni dall'esperimento dell'amico e collega Milgram, in quell'estate del 1971, il Prof. Zimbardo, con l'aiuto dei suoi assistenti, allestisce nei sotterranei del campus di Stanford una finta prigione, e recluta una ventina di volontari (giovani studenti universitari, selezionati fra quelli più equilibrati e senza alcuna inclinazione alla violenza o precedenti penali) perché la metà di loro diventi per due settimane un detenuto e l'altra metà la guardia dei compagni trattenuti nella improvvisata "prigione" di Stanford.

Le regole dell'esperimento, approvato dall'Università di Stanford, prevedono che tutti i partecipanti possano rinunciare in qualsiasi momento, e che la destinazione dei partecipanti al ruolo di detenuto piuttosto che di guardia sia affidata al caso: del resto, ricorda Zimbardo, nel 1971, sull'onda delle proteste dei movimenti studenteschi e del clima generale di ribellione verso i modelli autoritari del passato, la figura di guardia carceraria non era certamente fra le più ammirate ed ambite.

I detenuti sono privati dei loro abiti e della loro biancheria intima ed indossano un semplice camice, alla caviglia hanno una catena chiusa con un lucchetto, ai piedi calzano semplici sandali di gomma e sulla testa una calza di nylon, che evita di dover rasare i capelli (che all'epoca molti dei ragazzi portano lunghi fino alle spalle). Ai detenuti – e *fra* detenuti – ci si deve rivolgere esclusivamente con il numero cucito sul camice e all'ingresso del carcere di Stanford i volontari, dopo essere stati arrestati a casa da una pattuglia della polizia che collabora all'esperimento, vengono denudati e cosparsi di una polvere disinfettante.

Le guardie, che svolgono regolari turni di otto ore, indossano all'ingresso del "carcere" una divisa simile a quella di un poliziotto e occhiali a specchio.

Il Prof. Zimbardo, oltre ad osservare con alcune telecamere e microfoni ciò che accade nel "suo" carcere, decide di assumere la funzione di "sovrintendente" del carcere stesso, così da poter intervenire in caso di necessità senza interrompere l'esperimento.

L'esperimento dovrebbe durare due settimane. Il Prof. Zimbardo deve però interromperlo dopo soli cinque giorni.

Ciò che accade in quei giorni è minuziosamente descritto nel saggio del Prof. Zimbardo dal titolo – sin troppo eloquente – "L'effetto Lucifero", ed è stato raccontato in due pellicole, di cui l'ultima del 2015³.

In sintesi, comuni studenti universitari, che poi – concluso l'esperimento – condurranno una vita assolutamente normale, indossati i panni della guardia si trasformano in autentici *aguzzini*, e i ragazzi detenuti, dopo qualche iniziale tentativo di resistenza, diventano passive vittime delle angherie dei compagni: al punto che due di loro dovranno essere "rilasciati" dopo soli tre giorni per aver manifestato preoccupanti segni di crisi.

Quello che mostra l'esperimento di Zimbardo è una spaventosa immagine di ciò che Hannah Arendt ha definito, con insuperabile efficacia, la "banalità del male", e cioè del definitivo tramonto dell'idea che il male sia prerogativa dei "mostri", diversi dalle *persone comuni* – diversi da *noi* –, e che *noi* siamo immuni dal rischio di commettere azioni terribili.

³ Il titolo del film è, appunto, *The Stanford Prison Experiment* (tradotto in italiano con *Effetto Lucifero*) ed è diretto da Kyle Patrick Alvarez.

Nel pensiero di Zimbardo non c'è però soltanto un viaggio in quella che il poeta Milton definiva "l'oscurità visibile". Zimbardo ha costituito una fondazione che promuove l'"everyday heroism" (<https://www.heroicimagination.org/>), partendo dai ragazzi e dalle scuole, affinché i giovani sappiano che sono esposti a potenti forze situazionali e "sistemiche", e siano pronti – un po' più pronti – a diventare, a loro modo, in ogni piccolo gesto della vita quotidiana, "eroi" di ogni giorno.

Il Prof. Zimbardo è stato inoltre consulente tecnico della difesa di uno dei soldati statunitensi accusato degli abusi perpetrati nel carcere militare di Abu Ghraib in Iraq, le cui immagini, documentate dagli stessi aguzzini, sono tristemente note: nel saggio l'"Effetto Lucifero" si trova un'ampia descrizione della situazione di tale carcere e – soprattutto – delle stesse condizioni fisiche e psicologiche in cui i militari erano costretti ad operare⁴.

Abbiamo incontrato Philip Zimbardo a San Francisco, che ci ha ricevuto ed ospitato per qualche ora nella sua casa nei pressi della celebre Lombard Street, ripidissima e tortuosissima via circondata da aiuole e giardini, anche nota come "the Crooked Street" (la "via tortuosa", letteralmente, e che pare le sia anche valso il titolo della "via più tortuosa del mondo").

Un nota di colore. Lombard Street ha una regola ferrea, a cui ovviamente il taxi che ci ha accompagnato si è scrupolosamente attenuto: nessuna auto si può fermare, nemmeno per un istante, sui tornanti della "crooked". Il risultato è che alla fine della strada siamo dovuti risalire, a piedi, verso la casa del Prof. Zimbardo.

Con Zimbardo, ad accoglierci, anche la moglie, Christina Maslach, professoressa di psicologia sociale all'Università di Berkeley, e persona, come il marito, di straordinaria cortesia. La storia dell'esperimento carcerario di Stanford vuole tra l'altro che sia stata proprio la Prof.ssa Maslach, all'epoca giovane ricercatrice, ad indurre Zimbardo ad interrompere l'esperimento, dopo aver visto quanto stava accadendo fra i giovani volontari.

Una postilla.

Dalla casa di Philip Zimbardo si ha una splendida vista sulla baia di San Francisco, ed in particolare sull'isola che ospita l'ex austero penitenziario di Alcatraz, convertito ormai da anni in museo ed oggi una delle principali attrazioni turistiche della città.

Ascoltare le parole di Zimbardo con lo sguardo rivolto al carcere più evocativo del mondo – definitivamente chiuso – ci è parsa una curiosa coincidenza, o se volete un segno.

Serendipity, direbbero gli americani.

⁴ Si veda, a tal proposito, Redazione, *I fantasmi di Abu Ghraib*, in questa rivista, 2 maggio 2019.



dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org