

— Frammenti di un discorso sulla giustizia malata

Fragments of a speech on a sick justice

di Luca Santa Maria

Credo che ci troviamo nel mezzo di una crisi della giustizia penale che non ha precedenti. Nessuno Stato, o meglio nessuna società umana, può permettersi il lusso di non avere più fiducia nella Giustizia Penale e nei suoi Giudici, pena lo sfaldamento della società stessa. Sta però accadendo proprio questo e proprio sotto i nostri occhi. La cultura del diritto penale pare però non aver compreso la drammaticità della situazione. Troppi di coloro che dovrebbero parlare tacciono. C'è chi spera che la riforma del CSM sia il farmaco che guarirà il male e chi crede che il problema dei problemi sia la prescrizione dei reati.

Io non lo credo. Io temo che i problemi della giustizia penale siano profondi e così gravi che anche farne una buona e coraggiosa diagnosi sia difficile.

Le considerazioni che seguono sono poco più che libere associazioni di idee, frammenti appunto, di un discorso tutto da costruire ancora, e questo stile così poco ortodosso e pieno di limiti – del resto, ognuno di noi pensa e scrive come gli è possibile e non può fare altrimenti – è dovuto al fatto che ho voluto provare a dire la mia su molti, forse troppi temi, e la paura di lasciare nel non detto qualcosa che invece sento l'urgenza di dire, perché potrebbe essere importante, ha prevalso sulle necessità dell'ordine e della chiarezza sistematica degli argomenti e forse anche sulla necessità dell'umiltà e della piena coscienza dei propri limiti (che, però, assicuro il lettore, non manca a chi scrive).

In quel che ho scritto ci sono moltissime opinioni personali di cui ho cercato di dar conto nel modo più chiaro che mi era possibile, e naturalmente so che, in questo modo, mi sono giocato la possibilità che il mio discorso o il mio frammento di discorso possa meritare d'essere considerato "scientifico".

Dubito, però, che i canoni del discorso “scientifico” siano adatti a cogliere la gravità del momento, ma soprattutto temo che la loro osservanza troppo scrupolosa, con la consueta finzione di neutralità che produce buona coscienza, faccia correre il rischio di rendere invisibili e intrattabili i problemi più difficili, che però sono anche gli unici che meritino di essere trattati.

Se debbo indicare, in sintesi, il problema che, per me, li include tutti, non esito a dire che *il problema più grave di tutti è l'ingiustizia del diritto penale* e tutto il resto, o molto del resto, segue da questo fondamentale punto.

Il lettore troverà qualche passo che è già contenuto in un altro scritto¹ ma, oltre al fatto che *repetita iuvant*, ho pensato che le cose già dette possano essere ripetute se servono ad agevolare quella ampiezza e completezza cui il mio discorso immodestamente aspira.

L'unico auspicio è che qualcuno – qui o altrove non conta – provi a prendersi i rischi che il tempo di crisi impone e dica la sua con tutta la spregiudicatezza che è necessaria, anche se così facendo dovesse gettare a mare tutto quel che io ho scritto, giudicandolo insufficiente, errato, pericoloso e soprattutto non nuovo, il che è assolutamente vero.

1.

Chi sono i 60.000 e più uomini e donne detenuti fino a ieri nelle nostre carceri?

Chi sono i più di 61.000 uomini e donne che, fino all'inizio di quest'anno, erano detenuti nelle nostre carceri?

Il silenzio, sol che si scavi un po', è imbarazzante.

Al 31 dicembre 2019, dei 60.769 uomini che stavano nelle nostre carceri, 1.054 erano analfabeti, cui si debbono aggiungere 882 detenuti privi di titolo di studio, 6.393 che avevano la licenza di scuola elementare, quasi 20.000 quella di scuola media inferiore, 714 che avevano il diploma di scuola professionale, mentre i diplomati di scuola media superiore erano quasi 5.000 e i laureati 705².

Questi numeri riguardano solo 34.101 detenuti degli oltre 60.700 presenti alla fine del 2019, perché il Ministero della Giustizia ammette di *non saper nulla* del titolo di studio delle altre 26.668 persone³ – più del 40% del totale degli uomini e delle donne che sono detenute nelle carceri – e questo già di per sé non è encomiabile (sintomo ulteriore che i detenuti hanno perduto più di qualcosa dello *status* di persona).

¹ L. Santa Maria, *Diritto penale: un grande imbroglio? – prima parte*, in questa rivista, 17 giugno 2020.

² Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

³ *Ibidem*.

Per poter azzardare una conclusione sulla popolazione generale dei detenuti, ipotizziamo – e l'ipotesi è forse fin troppo conservativa – che la distribuzione per titolo di studio per la materia umana oscura dei 26.668 sia sovrapponibile, cioè sia eguale, a quella degli altri 34.101.

Concludiamo allora che circa 16.000 detenuti, cioè più di *un detenuto su 4*, o è *analfabeta, o non ha titolo di studio, o ha la licenza elementare*.

Se a queste persone aggiungiamo coloro che hanno conseguito la licenza di scuola media inferiore e null'altro di più – e quindi non hanno ultimato il *curriculum* scolastico che sarebbe obbligatorio per legge –, *l'insieme così creato copre quasi 4/5 del totale dei detenuti in carcere*.

È probabile che 4/5 dei detenuti non sappiano nemmeno come scrivere la loro domandina.

Non è difficile concludere, allora, che la stragrande maggioranza dei detenuti in carcere ha sofferto innanzitutto la malattia sociale dell'ignoranza, figlia legittima della miseria.

Che cosa è quindi il diritto penale oggi (ma anche ieri e l'altro ieri)?

Il diritto penale vivente è quasi per intero *un masso di insostenibile pesantezza* che grava sugli strati più deboli delle classi sociali più disagiate, gli *outsiders*, coloro che il diritto penale etichetta come criminali.

Il masso pesa sempre di più.

Tra il 2014 e il 2019 il numero dei detenuti analfabeti è quasi raddoppiato⁴.

2.

Come spiegare la correlazione evidente tra analfabetismo e carcere?

Se il diritto all'istruzione, sancito per tutti dalla Costituzione, non fosse solo scritto sulla carta e fosse reale pratica sociale, *il carcere si svuoterebbe?*

Il pezzo di carta, il titolo di studio, serve eccome, e infatti la percentuale dei laureati nella popolazione generale italiana sfiora il 20%⁵, mentre nella popolazione carceraria è poco superiore al 5%⁶.

Il titolo di studio diminuisce il rischio di finire in carcere?

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. la sezione relativa all'Italia del *report* dell'Ocse, *Education at a Glance 2019. OECD Indicators*, 2019.

⁶ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Che rapporto c'è tra colpevolezza e cultura o almeno istruzione?

La laurea, anzi la... laura – come diceva Totò a Peppino – forse sarebbe d'ostacolo all'ingresso nel carcere, ma non perché, di per sé, il titolo di studio sia un ostacolo alla commissione di crimini. Tutt'altro.

È così perché deve essere così.

In una società in cui tutti godessero del diritto all'istruzione, *una società in cui la cultura avesse davvero un valore*, e magari le disuguaglianze fossero meno manifeste agli occhi di tutti (soprattutto dei diseguali), in una società più giusta, ma soprattutto capace davvero di coltivare *l'idea che l'uomo conta più della società*, perché la società non esiste, è una finzione, e l'uomo sì, il carcere come istituzione forse sparirebbe, *perché esso è nato e vive per i miserabili che non protestano o le cui proteste si perdono nel vento*.

Non per questo, però, sparirebbe il crimine, che non è affatto prerogativa dei soli miserabili.

Saremmo obbligati, forse, a pensare a qualcosa di meglio del carcere per proteggere la società.

3.

Che cosa hanno fatto queste persone?

Che cos'hanno fatto queste persone, quei 60.000 e più uomini (che oggi sono solo pochi di meno)?

Al 31 dicembre 2019, 21.080 di loro – più del 35% del totale – si trovavano lì per violazione delle leggi sulla droga – e più di 16.000 di loro – vale a dire un quarto dell'intera popolazione carceraria italiana – erano tossicodipendenti⁷.

In questo senso, l'Italia detiene un *record*, almeno in Europa, visto che – come scrive il giornalista Biondani su *L'Espresso* – in Germania la percentuale scende al 12,6, in Francia al 18,6, in Spagna al 19⁸.

16.000 tossicodipendenti.

Il dato potrebbe essere sottostimato.

⁷ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione, 2019* – sezione "Droghe e dipendenze". Cfr. anche i dati raccolti nella *Relazione annuale al Parlamento sul fenomeno delle tossicodipendenze in Italia anno 2019 (dati 2018)*, i quali indicano che, al 31 dicembre 2018, i detenuti per violazione delle leggi sugli stupefacenti erano 21.007, pari al 35,3% della popolazione carceraria italiana; nella stessa Relazione si legge che 16.669 detenuti, ossia il 27,9% della popolazione carceraria, erano tossicodipendenti e proprio nel 2018 la percentuale ha registrato un incremento rispetto agli anni precedenti.

⁸ P. Biondani, *Molto rumore (quasi) per nulla*, ne *L'Espresso*, 16 febbraio 2020.

Perché stanno in carcere?

Il problema della droga nel diritto penale è un *problema centrale* e dobbiamo occuparcene un po' più a fondo del consueto e così facendo scopriremo che in questo nostro sistema penale fallisce la ragione, prima ancora della morale.

Qui sta (una parte almeno di) un *imbroglio sociale* che il diritto penale asseconda.

4. Il diritto penale della droga è il diritto penale della miseria umana Pesci piccoli nella rete

Lo Stato riesce per lo più solo a catturare piccoli spacciatori socialmente marginali.

Pesci piccoli, insomma.

La stragrande maggioranza di quei 21.080 erano in carcere per detenzione e spaccio, non per associazione a delinquere, mafiosa o meno.

Il diritto penale affolla le carceri, creando la fauna umana che muore nelle carceri, e l'impresa, oltre che disdicevole, è anche stolta, perché le organizzazioni criminali rapidamente rimpiazzano la manovalanza che è finita in carcere con altra giovane carne da macello raccolta nei centri e nelle suburbie e nelle gomorre delle città⁹.

I detenuti in carcere infatti tornano in libertà e, naturalmente, tornano a fare quel che facevano prima di entrare nel carcere e sul mercato del lavoro della droga si creerà una tragica concorrenza di disperati.

L'età media dello spacciatore diminuisce sempre più¹⁰.

Questo diritto penale che incarcera i piccoli spacciatori tossicodipendenti è un diritto penale giusto, cioè conforme ad una morale, e se sì di *quale* morale si tratta?

⁹ Uno studio di Transcrime ha riscontrato che le organizzazioni criminali in Italia guadagnano annualmente tra 1,1, e 1,8 miliardi di euro grazie all'eroina, mentre il mercato della cocaina vale tra 1,3 e 1,9 miliardi di euro (cfr. Transcrime, *Dai mercati illeciti all'economia legale: il portafoglio della criminalità organizzata in Europa*, 2017, pp. 66 e 67).

I dati raccolti da ISTAT indicano che nel 2016 la spesa relativa al consumo di sostanze stupefacenti era pari a 15,3 miliardi di euro (sono stati stimati acquisti pari 4,4 miliardi di *cannabis*, 6,5 miliardi di cocaina, 2,5 miliardi di eroina e 1,9 di altri stupefacenti); cfr. la *Relazione annuale al Parlamento sul fenomeno delle tossicodipendenze*, 2019.

¹⁰ A. Giunti, *Colla, coca, eroina: in Italia l'emergenza droga comincia a 8 anni*, ne *La Repubblica*, 24 settembre 2018.

La perdente “guerra alla droga” che il diritto penale ha dichiarato è il manifesto dell’ipocrisia collettiva: tutti sanno che la guerra alla droga è un fallimento in ogni Paese che l’abbia dichiarata.

Il costo di una politica sociale fallimentare – il consumo di droga cresce e non decresce in regime di proibizionismo – anzi *necessariamente* fallimentare – l’uomo consuma droghe varie dalla notte dei tempi e lo farà presumibilmente per sempre, perché, come scrisse Freud, che consumava cocaina¹¹, il peso dell’esistenza è quasi insopportabile e si fa quel che si può per renderla sopportabile – *grava per intero sulla platea dei disperati sociali che finiscono in carcere*.

È noto da tempo che negli USA il 90% dei detenuti in carcere per droga sono afroamericani¹², ma la maggior parte dei consumatori ha la pelle bianca; da noi la questione non è solo razziale – certo, è *anche* razziale, perché un buon numero di detenuti tossicodipendenti è di pelle non bianca – ma è certo *questione sociale*.

Il tossicodipendente è imputabile o no?

La risposta – difficilissima – deve venire dalla scienza, dalla miglior scienza disponibile, ma il diritto penale, qui come altrove, guarda con ingiustificato sospetto la scienza, e il risultato è *l’incarcerazione di massa di coloro che sono etichettati come tossicodipendenti* senza che nessuno o quasi nessuno si faccia carico del problema di che cosa esattamente significhi per la scienza questa parola.

La risposta che alla domanda dà oggi il diritto penale *non è scientifica, ma politica*, e non si tratta di una politica di cui andar fieri, tant’è che non se ne parla molto: lo scopo sociale dell’eliminazione della droga implica *l’assunzione di una gravosissima responsabilità sociale che tutto è fuorché conforme alla morale*.

Basterebbe forse che un Giudice, un solo Giudice dichiarasse la non imputabilità del tossicodipendente per aprire un vasto dibattito sul diritto penale della droga che aiuterebbe l’intera Società.

I pesci grossi comunque stanno fuori, quasi tutti e quasi sempre.

5.

Il diritto penale della droga è illiberale

Lo studio scientifico della storia della droga nelle società umane rivela che non c’è mai stata società che in misura maggiore o minore non tollerasse l’uso massivo di droghe, per fini di piacere, religiosi, medici o terapeutici.

¹¹ S. Freud, *Sulla cocaina*, Newton Compton Editori, 2011.

¹² J. Austin, J. Irwin, *It’s About Time*, Wardsworth, 2001.

Gettare luce su questa storia è altamente istruttivo perché significa gettar luce sui mutevoli assetti del rapporto tra individuo e ordine sociale, e misurare i gradi della effettiva libertà dell'uno rispetto alle istanze ordinatrici e repressive dell'altro.

Il consumo e la vendita di droga non sono *mala in se* ma *mala quia prohibita* e il *quia prohibita* non ha una risposta univoca e tranquillizzante nel mondo.

La Cultura dominante e gli interessi economici immensi, non la necessità della tutela della salute, segnano il complesso e sfaccettato *discrimen* tra droghe legali (tabacco, vino, alcool, ma anche barbiturici e psicofarmaci) e droghe illegali.

La scienza ha rinunciato da tempo a stabilire una linea di confine netta.

Siamo immersi nella società del rischio, perché tutto e nulla è rischioso, e ormai sappiamo, dopo secoli di secolarizzazione e disincanto, che la linea di confine tra rischio accettato e rischio non accettato è una linea dettata o meglio costruita dalla cultura, che per sua natura è mobile.

Alcool e tabacco mietono molte più vittime delle droghe, anche di quelle pesanti¹³.

Il diritto penale sedicente liberale punisce *abitudini e stili di vita solo perché non conformi alla cultura dominante* e soprattutto agli interessi economici che rendono quella cultura, appunto, dominante, mentre tutela o tollera altri stili di vita, molto più pericolosi per la salute, solo perché essi, invece, sono conformi alla cultura dominante e soprattutto agli interessi economici che rendono quella cultura, appunto, dominante.

Viviamo, allora, in uno Stato etico che, come noto, è l'opposto dello Stato liberale, che a sua volta non è l'equivalente di uno Stato democratico?

Uno Stato etico, però, che fa difetto proprio di... etica, perché, sbattendo in carcere il tossicodipendente, di certo non lo aiuta e spesso ne agevola il suicidio, cioè la scomparsa sociale, che alla fine dà sollievo alla coscienza di tutti.

¹³ Cfr. A. Peacock et al., *Global statistics on alcohol, tobacco and illicit drug use: 2017 status report*, in *Addiction*, 113(10), 2018, pp. 1905 ss., secondo cui (v., in particolare, la tabella 5 a p. 1918), nell'anno 2015, i tassi di mortalità attribuibili al fumo di tabacco e da consumo di alcol sono risultati più elevati (rispettivamente 110,7 e 33,0 decessi per 100.000 persone) di quelli dovuti al consumo di sostanze illegali – anfetamine, cannabis, cocaina, estasi, oppioidi, nuove sostanze psicoattive (6,9 decessi per 100.000 persone). A questi, si aggiungono i dati recentemente diffusi dall'OMS, dai quali emerge che circa la metà dei consumatori di tabacco è destinata a morire prematuramente (OMS, *Report on the global tobacco epidemic*, 2019, anche se un'indagine precedente, e meno pessimistica, del Ministero della Salute aveva stimato che, di 1.000 maschi adulti che fumano, uno morirà di morte violenta, 6 di incidente stradale e (solo) 250 saranno uccisi dal tabacco per patologie ad esso correlate (cfr. Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali. *I danni derivati dal consumo di sigarette*, 5 febbraio 2009).

6. La guerra alla mafia

Alla fine del 2019, in carcere c'erano 7.481 detenuti per associazione a delinquere di stampo mafioso¹⁴ che significa circa *1 detenuto su 8*, e 2.963 per associazione a delinquere semplice¹⁵, e insieme fanno *1 detenuto su 6*.

Dire mafia è dire anche traffico di droga.

La politica repressiva della droga è nata in America, nella prima parte del XX secolo, alimentata da un vento puritano tipico di quella cultura e poi, come accade per quasi tutto, la medesima politica è arrivata in Europa col medesimo vento.

Il proibizionismo dell'alcool dell'America degli anni '20 ha creato Al Capone.

Finito il proibizionismo in America – nel 1932 – i grandi *boss* che la giustizia penale non aveva saputo catturare cambiarono *business*, e si gettarono sulle altre droghe che divennero progressivamente illegali (oppio e i suoi derivati, morfina ed eroina, cocaina, canapa e i suoi derivati).

In Italia, la Mafia siciliana è divenuta davvero potente quando, a partire dagli anni '70, Palermo si è sostituita a Marsiglia come centro per la raffinazione dell'oppio che arrivava ancora dall'Oriente e per la conseguente produzione di eroina.

Il *business* della droga proibita – l'eroina è un derivato dell'oppio che viene dai fiori di papavero, che è droga conosciuta e pacificamente consumata dalla notte dei tempi in quasi tutte le società umane – produceva profitti immensi, e la Mafia, da buona impresa capitalista, si è impossessata del mercato; con una buona politica di *marketing* ha inventato un mercato che non c'era, ha promosso il consumo di quel che voleva che fosse consumato, ha creato tra i giovani il tipo umano del *junky*, anch'esso importato dall'America, e ha comprato quel di cui aveva necessità per ergersi a Contro-Stato e garantirsi l'impunità.

Lo Stato, con colpevole ritardo, negli anni '80 e '90 – con il maxiprocesso, forse il processo penale più importante della storia d'Italia – ha colpito in modo forse decisivo quella Mafia, ma i suoi uomini migliori, impegnati in quella guerra, dovettero combattere allora anche con lo Stato, che faceva guerra più a loro che alla Mafia, e versarono il loro sangue.

La storia di questo periodo – che è storia del nostro diritto penale – deve ancora essere raccontata.

¹⁴ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

¹⁵ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

7. La Mafia è ancora il Contro-Stato? La Mafia ha vinto o perso?

La Mafia è ancora il Contro-Stato? La Mafia ha vinto o perso?

La materia è oggetto di discussioni più o meno aspre.

In numero assoluto gli omicidi volontari consumati di tipo mafioso, nel 2019, sono stati 9 in tutto¹⁶, contro i 19 del 2018, i quali, a loro volta, sono meno della metà di quelli – comunque non molti – del 2014 (43)¹⁷.

Se si va più indietro nel tempo, si vede che negli anni '90 erano molti molti di più, 1.067, più di 1/3 del totale¹⁸ e il numero è crollato fino ai 233 del periodo 2013-2017¹⁹ (quando sono stati solo il 9,1% del totale), per poi arrivare ai 19 del 2018.

Le statistiche non danno conto di un significativo incremento di altre tipologie delittuose nelle regioni tradizionali in cui la Mafia governava.

Questi sono fatti.

Si può ragionevolmente convenire sul fatto che la Mafia è cambiata, non è più quella di prima, ma non è affatto necessario concludere che la Mafia non esista più. Piuttosto, si può dire solo, forse, ch'essa ormai riesce a far a meno della... mafia, del metodo mafioso.

L'esercizio dell'impresa del traffico della droga e il riciclaggio dei profitti nell'economia sedicente legale richiedono sempre meno l'uso della violenza.

Falcone ha scritto, a ragione, che il Mafioso è razionale²⁰, l'incarnazione di *homo oeconomicus*, che impiega la violenza solo quando è necessaria per raggiungere il suo fine, che è il profitto.

È necessario un ampio e approfondito studio storico sociale per capire evoluzione e involuzione della Mafia negli ultimi trent'anni perché le sentenze dei Giudici non sono né storia né sociologia, se non storia e sociologia del diritto penale.

La guerra alla droga, però, come accennato, non è vinta e non lo sarà mai.

¹⁶ Antigone, *Il carcere al tempo del coronavirus. XVI rapporto sulle condizioni di detenzione* – sezione "Reati", 2020, p. 50).

¹⁷ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

¹⁸ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Meno omicidi".

¹⁹ ISTAT, *Le vittime di omicidi*, 15 novembre 2018, p. 8.

²⁰ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli, 1991.

8. Il diritto penale della droga deve essere fondato finalmente su basi scientifiche

Il diritto (penale e non penale) della droga deve essere finalmente fondato sulle *reali oggettive evidenze della scienza* e non su pregiudizi culturali, *fiction* e aneddotica.

La *Food and Drug Administration* negli USA ha autorizzato l'uso terapeutico dell'Adderall, farmaco il cui principio attivo è pressoché identico a quello delle metanfetamine²¹.

Io non ne avevo la più pallida idea.

L'ho imparato leggendo le pagine di un libro di uno dei massimi neuroscienziati contemporanei che ha dedicato la vita allo studio scientifico della droga²², e sa di che cosa parla, perché è afroamericano, nato nel ghetto nero di Miami, e ha visto morire nelle carceri dove erano detenuti per droga, i suoi più stretti famigliari ed amici.

Carl Hart racconta la storia di vite devastate di troppi esseri umani detenuti nelle carceri, e tra queste anche quella di suo figlio, che egli non sa come strappare al destino che la Società ha scritto per lui, ma lo stesso – *mutatis mutandis* – vale per noi, qui in Italia, dove migliaia di giovani vite spariscono dietro le sbarre.

Quando Hart, da neuroscienziato – insegna alla Columbia University – espone i risultati delle sue ricerche e racconta l'evidenza di come gli effetti negativi delle droghe, anche quelle pesanti, sono stati sistematicamente sovradimensionati, per alimentare *un vero delirio collettivo di paura*, e, viceversa, sono del tutto trascurati gli effetti benefici di quelle sostanze, che infatti da sempre l'uomo consuma, ci dà, almeno, materia per riflettere.

Ci sono molti intransigenti proibizionisti delle droghe che sono anche buoni consumatori di alcool e tabacco, ma anche di caffè e tè, e ignorano che anch'esse sono droghe, cioè sostanze psicoattive, che condizionano e modificano il funzionamento del cervello.

Alcool e tabacco fanno meno male di oppio, cocaina e canapa indiana?

Davvero qualcuno lo crede?

Su quali basi?

Siamo disposti, però, a provare almeno a cambiare idea?

²¹ Cfr. *FDA Listing of Authorized Generics as of April 1, 2020*.

²² C. Hart, *A caro prezzo. La droga, le verità scientifiche e i pregiudizi sociali*, Neri Pozza, 2018.

Se non accade, se nessuno è disposto a usare la ragione scientifica, deve esserci qualche... ragione, che difficilmente sarà una buona ragione.

9.

La guerra alla droga si può vincere perché forse è inutile combatterla

Il proibizionismo è – come diceva Falcone della Mafia – il prodotto di una cultura sociale creata dall'uomo, ha una storia e un giorno finirà.

Io ho imparato – con viva sorpresa perché non lo avevo mai sentito dire – che, nei primi del XX secolo, la multinazionale Bayer, ancora dominante sul mercato, ha fatto profitti immensi lanciando sul mercato due prodotti: uno era l'aspirina, e l'altro l'eroina²³.

La prima formula della Coca-Cola era a base di coca, e anche oggi sono usate come aromatizzanti foglie di coca²⁴.

Le grandi multinazionali – dopo l'avvento del proibizionismo – hanno cominciato a fare concorrenza... alla Mafia, sintetizzando e immettendo nel mercato moltissime sostanze psicoattive, barbiturici, antidepressivi, ansiolitici, che sono droghe e hanno pesantissimi effetti tossici (tra cui, almeno per alcuni, la dipendenza).

L'ideologia dominante, però, ci fa credere che la droga accettata come farmaco non sia droga.

La morale forse, come sapeva Montaigne, è solo l'insieme dei *mores*, cioè delle abitudini che ci sono familiari, e immorale è solo l'insieme dei *mores* che non ci sono familiari.

È vero.

Però i *mores* cambiano.

Altrove, in Paesi civili a occhio e croce non meno del nostro, la produzione e il commercio di *cannabis*, e non solo di *cannabis*, è depenalizzato o in via di depenalizzazione e gli esperimenti sociali di liberalizzazione regolata di molte droghe si diffondono ovunque.

In Italia, no.

Il vento antiproibizionista spira quasi ovunque ma si sente assai poco in Italia, dove come sempre si parla troppo, spesso si grida, e si discute molto meno.

²³ G.L. Gessa, *Cocaina*, Soveria Mannelli 2008.

²⁴ Cfr. *Coke's Original Recipe Reportedly Found: Was It More, Or Less, Healthy? And Was There Really Cocaine In It?*, in HuffPost, 15 febbraio 2011.

10. Tra lotta alla mafia e antimafia che non sono più necessariamente la stessa cosa

La retorica della mafia e dell'antimafia, però, è ancora una potente narrazione di successo.

Non si riduce l'uso e abuso di metafore ad effetto che sui *media* fanno sempre... effetto: basta dire che le cosche o i *clan* sono in agguato e pronte a rialzarsi per essere attraversati da un brivido di paura.

Talvolta si sfiora la paranoia.

Qualcuno vagheggia che la Mafia e la N'drangheta si accingano a "cannibalizzare" l'industria delle grandi *corporation* farmaceutiche per mettere le mani sul *business* del vaccino contro il Covid-19, e francamente pare troppo.

Se nelle carceri scoppiano rivolte durante l'epidemia di Covid-19 è ovvio, e non richiede prove, che ad organizzarle siano stati i *boss* e i *clan* della mafia, e l'idea che la ragione delle rivolte sia l'umana paura di morire come topi nelle stive delle navi, aggravata dal divieto di colloqui coi familiari e quindi dalla conseguente disperazione della solitudine, non è venuta in mente quasi a nessuno.

Sciascia forse sbagliò quando alla fine degli anni '80 scrisse dei «professionisti dell'antimafia»²⁵ riferendosi implicitamente a Falcone, ma la sorella di Falcone forse non è così lontana dal vero quando, intervistata da *Il Fatto Quotidiano*, tiene a distinguere nettamente tra antimafia e lotta alla mafia²⁶.

I tempi sono cambiati, però, e non solo perché è cambiata la Mafia.

Giovanni Falcone, in *Cose di cosa nostra*, scriveva:

«uno dei miei colleghi romani, nel 1980, va a trovare Frank Coppola e lo provoca: "Signor Coppola che cosa è la mafia?" Il vecchio che non è nato ieri ci pensa su e poi ribatte: "Signor Giudice, tre magistrati vorrebbero oggi diventare Procuratore della Repubblica. Uno è intelligentissimo, il secondo gode dell'appoggio dei partiti, il terzo è un cretino, ma proprio lui otterrà il posto. Questa è la mafia..."»²⁷.

Il vecchio mafioso, e forse nemmeno Falcone, si sarebbe aspettato che oggi nessun magistrato può diventare Procuratore della Repubblica, senza l'appoggio dei partiti, ovvero delle correnti, in cui si è divisa la stessa magistratura, e quindi la definizione di mafia del vecchio mafioso deve essere adeguata ai tempi.

²⁵ Dal titolo dell'articolo pubblicato da Leonardo Sciascia su *Il Corriere della Sera*, 10 Gennaio 1987.

²⁶ G. Pipitone, *Giovanni Falcone, la sorella Maria nell'anniversario di Capaci: "Antimafia e lotta alla mafia oggi sono purtroppo concetti diversi. Mio fratello? Un uomo che ha provato tanto dolore"*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 23 maggio 2020.

²⁷ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, cit.

Qualche analogia con la situazione italiana attuale si può trovare facilmente. A quanto pare, senza l'appoggio dei partiti, ovvero delle correnti, in cui si è divisa la stessa magistratura, diventare Procuratore della Repubblica è oggi quasi impossibile.

La mafia è entrata nell'apparato del diritto penale dello Stato e questo è il vero grande problema che deve essere affrontato con un coraggio morale e intellettuale di cui ancora non si vede traccia.

Il primo passo è denunciare l'antimafia, che non è lotta alla mafia.

Il secondo è finalmente aprire uno spazio di discussione pubblica sul proibizionismo penale delle droghe.

Il Giudice che voglia davvero la fine della Mafia dovrebbe essere in prima linea nel volere la fine o l'attenuazione del proibizionismo irrazionale e privo di base scientifica in cui è immerso il diritto penale della droga.

Tra proibizionismo e liberalizzazione ci sono molte possibili vie intermedie, ad esempio una *razionale regolamentazione*, così come accade per alcool e tabacco.

11.

Il Giudice che deve combattere la mafia ha interesse a creare compulsivamente sempre più diritto penale da dedicare all'antimafia

L'art. 416 *bis* c.p. fu un mezzo insostituibile della giusta guerra che fu ma, ormai, nelle mani di alcuni dei tardi epigoni di Falcone e Borsellino (e dei tanti altri eroi di allora), è diventato un congegno linguistico potenzialmente buono per tutti gli usi – formula quasi vuota – ed è fatale che chi può lo usi come vuole.

La linea di confine tra i due delitti associativi – artt. 416 *bis* e 416 c.p. – è sempre meno netta, almeno come sempre meno netta è la linea di confine tra mero concorso ai sensi dell'art. 110 c.p. e associazionismo criminale vario.

La combinazione disposta tra art. 110 e art. 416 *bis* c.p. ha prodotto, *cioè ha creato*, col cosiddetto concorso esterno, altro diritto penale d'incerta qualità e fluida immaterialità, utile *anche* per dilatare *ad infinitum* il potere discrezionale di PM e Giudici in carriera.

Quando Falcone e Borsellino istruirono il grande processo del 1985-1986 la Mafia c'era di sicuro, ma quei grandi Giudici non ebbero alcun bisogno di creare il concorso esterno in associazione mafiosa.

Sono poi nate mafie nuove, silenziose, trasparenti e liquide.

Bisogna stare attenti a evitare che il diritto penale della mafia divenga un alibi e un'arma di distrazione di massa.

Parlare di giustizia sociale, ormai, è fuori moda, e certo è più facile far finta che il ritardo del mezzogiorno d'Italia sia solo colpa della Mafia piuttosto che l'esito infausto di politiche economiche e sociali errate cui non si sa più come por rimedio.

Il diritto penale, però, non può pesare sempre e per sempre su chi già subisce il peso dei massimi svantaggi sociali rispetto a tutti.

12. Le trattative, vere e meno vere, tra Stato e Mafia

Poiché la materia prima da trattare col diritto penale della Mafia che fu è sempre meno, è anche fatale che le indagini dei PM – il cui *status* sociale e professionale è collegato all'antimafia – cominciassero a scavare nei misteri della storia d'Italia.

Hanno trovato la cosiddetta "Trattativa Stato Mafia"²⁸.

Che quella trattativa davvero vi fu è e resterà sempre materia controversa e controvertibile.

Parlare di quell'oscuro passato forse è utile, forse anche doveroso – l'assunto implicito dell'accusa è che la cosiddetta seconda Repubblica sia nata su quella trattativa e, quindi, sia nata con l'avallo della Mafia e sul sangue degli innocenti, e, non c'è che dire, si tratta di una argomentazione molto impegnativa –.

Parlare di quel passato, oggettivamente, produce però l'effetto di far calare il silenzio su un'altra possibile, e soprattutto ancora attuale, trattativa tra Stato e Mafia.

La droga è un *business* che conviene anche all'economia sedicente legale, al Capitale bancario e finanziario che a sua volta fa profitti immensi con quello stesso *business*.

Falcone ha iniziato a combattere davvero la Mafia entrando, da ospite indesiderato, nelle Banche della Sicilia e poi cominciò a seguire il denaro ovunque gli indizi lo portassero.

Quanti sono i detenuti in carcere per il riciclaggio dei profitti immani della Mafia?

Pochi, anzi pochissimi.

²⁸ Sul tema, si veda l'ebook di V. Giglio, *La trattativa Stato-Mafia*, in questa rivista, 8 aprile 2020.

Falcone quando fu ucciso lavorava seguendo il filo del denaro della Mafia che lo portava fino alle isole beate dei Paradisi Fiscali, ma, come noto, il legislatore italiano ha eliminato, nel 2016, la norma che sanciva la presunzione fiscale (relativa) di indeducibilità fiscale a fini penali dei pagamenti di società residenti in Italia a società residenti in quei luoghi²⁹.

L'abrogazione di quella norma, passata sotto silenzio, favorisce oggettivamente, tra l'altro – cioè tra gli altri numerosi reati –, il riciclaggio di denaro proveniente dal mercato dei Paradisi Artificiali della droga, ma nessuno ha alzato la voce per denunciare l'anomalia di quella scelta dello Stato.

Forse l'illiberale criminalizzazione della droga su cui la Mafia continua a vivere è la vera trattativa, *il vero tacito accordo tra Stato e Mafia* che dev'essere portata alla luce, ma che nessuno – e chissà perché – ha interesse a portare alla luce?

Quanti PM oggi fanno l'immensa fatica che fece Falcone (e gli altri componenti del *team* antimafia creato a Palermo dal Giudice Caponnetto)?

Il Procuratore Capo di Milano ha detto più volte che combattere la criminalità organizzata non si può, senza combattere la facilità con cui il denaro, che è il profitto di quella criminalità, resta così facile da far sparire³⁰.

13. Sugli stranieri in carcere e sui reati per cui si trovano là

Il diritto penale costruisce i "suoi" criminali secondo gusti e inclinazioni del momento e lo straniero, per di più irregolare, è un candidato perfetto per sfogare su di esso la paura che diventa rabbia e odio e che deve essere deviata laddove più conviene a chi ha il potere di farlo.

Più o meno due detenuti in carcere su tre delle nostre carceri – a fine 2019, *il* 33,7% secondo Antigone³¹ – sono stranieri, spesso irregolari, contro una media europea del 20%, che scende al 18% se si esclude il Lussemburgo³².

Questo dato non si spiega col fatto che in Italia ci siano più stranieri che altrove perché, come dovrebbe essere noto (ma non lo è), è vero l'opposto, né con il fatto che gli stranieri commettono più reati e soprattutto più reati gravi.

²⁹ L'abrogazione dell'istituto è avvenuta a opera della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

³⁰ Si veda, ad esempio, l'intervento del dott. Francesco Greco al convegno *Corruzione, la via breve delle mafie*, svoltosi il 6 febbraio 2019 a Milano: «la corruzione [...] ha una grande madre che si chiama evasione fiscale. Chiediamoci [...] perché i governi preferiscono andare avanti a condoni, magari tagliando pensioni e quant'altro fanno le leggi [...] per contrastare la mafia, oggi ne fanno tante contro la corruzione, ma io non ricordo una legge seria [...] che contrasti l'evasione fiscale».

³¹ Antigone, *Il carcere al tempo del coronavirus*, cit., – sezione "Stranieri", p. 19.

³² Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit. – sezione "Numeri della popolazione detenuta".

L'Italia è più terra di transito della migrazione che di permanenza.

Perché, allora, tanti stranieri abitano le nostre carceri?

Il diritto dell'immigrazione è mal scritto, farraginoso, aperto come il vaso di Pandora ai venti del populismo di oggi e, alla fine, soprattutto, terribilmente iniquo.

Si legga il bellissimo volume a cura di Umberto Curi, *Vergogna ed esclusione*, che analizza come il linguaggio costruisca chi è persona e chi lo è meno, il "richiedente asilo" è più persona del "migrante economico" e non è chiaro perché³³.

Oggi il richiedente asilo è quasi sparito perché la legge lo ha fatto sparire.

Il carcere diventa la discarica in cui smaltire rifiuti umani.

L'integrazione dello straniero non è l'obbiettivo di civiltà che il diritto penale dà prova di voler perseguire, perché la sua anima repressiva lo porta nella direzione opposta.

Il problema è molto profondo, riguarda la nostra stessa cultura giuridica che ormai si è isterilita nel tecnicismo misterico delle sue formule e non indaga più l'unico vero grande problema del diritto penale di ogni tempo che è la giustizia.

14.

C'è sempre un reato-pretesto La resistenza

Per mandare in carcere un migrante ci vuol qualcosa di cui accusarlo e – non necessariamente, però – poi condannarlo (difatti quasi il 40% degli stranieri in carcere non è stato condannato e lo vedremo tra un attimo).

Lo stesso più o meno vale per gli altri miserabili che stanno in carcere.

Basta spesso abbastanza poco perché allo straniero sia affibbiata l'etichetta di criminale: un *reato-pretesto*, come ad esempio la resistenza a pubblico ufficiale, si trova quasi sempre perché, di fronte ad un arresto che si sente ingiusto, perché non si è colpevoli di nulla, è naturale resistere.

Dalle statistiche risulta che, al 31 dicembre 2019, i detenuti nelle carceri per reati di violenza, resistenza, oltraggio a pubblico ufficiale erano 7.870³⁴.

Poco meno del 13% del totale!

³³ U. Curi, *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Castelvevchi editore, 2017.

³⁴ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Debbono essere non pochi gli stranieri detenuti con questa etichetta e non so dire quanti siano in carcere senza ancora essere nemmeno stati condannati, almeno in primo grado.

La parola “resistenza” è non poco suggestiva.

I 7.870 “resistenti” fanno da contraltare ai 472 “sfortunati” che abitano le carceri per essere stati accusati, e talvolta anche condannati, per omissione d’atti d’ufficio e altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione³⁵, categoria ampia che comprende la corruzione, la concussione, l’abuso d’ufficio aggravato, ecc.

Gli stranieri “resistono” e vanno in carcere per questo; gli altri, corruttori e corrotti, concussori o induttori indebiti, trafficanti di influenze, non ne hanno bisogno, perché al proliferare di etichette, cioè di apparenti nuovi reati, che nascono sempre più oscuri ed enigmatici anche per il cattivo uso della lingua italiana (la prosa dell’art. 346 *bis* è un vero rompicapo linguistico) non corrisponde quasi mai un efficiente *enforcement* dell’apparato, e chi dice che è colpa della prescrizione sbaglia.

Nasce un diritto penale senza carcere che non è più chiaro che cosa sia e a chi serva, se serve davvero a qualcosa o a qualcuno.

15. L’inquietante strabismo del diritto penale del carcere I conti non tornano!

Il sistema penale del carcere è palesemente squilibrato.

Sospetto che anche i 7.680 detenuti per violenza privata e minaccia siano un po’ troppi³⁶: se vi fosse estorsione o rapina, la violenza privata sarebbe assorbita nel delitto più grave, e, d’altra parte, la minaccia da sola non è nemmeno punibile con il carcere ma solo con la pena pecuniaria.

Una violenza privata senza estorsione o senza rapina però regge a fatica il peso di un fatto delittuoso che sia così frequente da giustificare più del 10% dei detenuti in carcere.

Tantomeno una minaccia.

Probabilmente ci sono molte minacce aggravate a norma dell’art. 339 c.p. che, nella sua sinistra elaborazione, evoca solo amenità di diritto di polizia.

I detenuti per resistenza sono dieci volte di più dei detenuti per istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione, che sono solo 646³⁷: o sono troppi

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Si vedano i dati disponibili sul sito dell’ISTAT.

i primi o troppo pochi i secondi, o tutt'e due sono eccessivi, sebbene in direzioni opposte.

Per uno sfruttatore della prostituzione – ne tratteniamo in carcere altri 646 che non paiono troppi... – ci sono quasi 12 resistenti a pubblico ufficiale, e poco meno di violenti privati o minacciosi aggravati³⁸.

Non è irragionevole quindi credere che, tra questa torma umana detenuta per queste accuse, gli stranieri siano almeno tanti quanti sono gli altri, i non stranieri, che però debbono essere miserabili almeno quanto loro.

Confronto mele con pere?

È vero, ma io parlo di frutta in genere e mele e pere sono *frutti del nostro giardino del diritto penale*.

Va ancora bene allo straniero, perché *l'etichetta di terrorista è sempre in agguato*, latente nell'inconscio penalistico e pronta ad accendersi ed esplodere in faccia a qualche miserabile.

La casella dei delitti di terrorismo nelle statistiche dei detenuti però dice 0³⁹.

Non ci sono molti aspiranti terroristi che viaggino sui barconi nel Mediterraneo, e se ne può capire la ragione, perché lo straniero che abbia aspirazioni suicide e terroristiche entra in Italia di nascosto e non sbarca nei nostri porti per essere subito schedato e trasferito in qualche "campo di concentramento".

Nell'immaginario collettivo, però, straniero e potenziale terrorista sono tutt'uno.

Non so esattamente che cosa facciano i PM dedicati all'antiterrorismo. Il terrorismo in Italia è stato solo quello delle Brigate rosse e quello stragista di marca fascista.

Erano tutti italiani, non migranti.

16.
Il diritto penale criminogeno
C'è chi terrorista forse non è
ma tale diventa

È noto il caso del terrorista Anis Amri, responsabile degli attentati ai mercatini di Natale di Berlino del 2016, arrivato coi barconi in Italia e detenuto in varie carceri italiane – Catania, Enna, Sciacca e Agrigento.

³⁸ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

³⁹ *Ibidem*.

Anis Amri si è radicalizzato in carcere ma in carcere forse non meritava di finire e ci è finito con la colpa di aver partecipato alla rivolta del 2011 nel centro di identificazione – li chiamano così i *lager* post moderni – di Lampedusa.

Avrei fatto lo stesso (non gli attentati, almeno credo, ma la rivolta sì).

I reati per i quali sono detenute persone straniere sono, in generale, nella stragrande maggioranza dei casi, reati di bassa gravità, quelli che non dovrebbero creare grande “allarme sociale”.

Allarme sociale, però, non è parola cui corrisponda un contenuto neutro e oggettivo, sebbene la cultura penalistica contemporanea ancora creda che il diritto penale difenda i beni giuridici e nessuno sa bene che cosa siano.

L’allarme sociale – cioè la paura, che è il criterio di selezione dei beni giuridici da tutelare e quelli da non tutelare – è costantemente costruito e decostruito da chi vi ha interesse per le finalità più varie che coincidono sempre con l’interesse di qualcuno.

I nessi, spesso perversi, tra paura e crimine debbono essere costantemente indagati⁴⁰.

I sedicenti decreti sicurezza – che i liberali non hanno ancora demolito per paura di doverne pagare qualche prezzo elettorale, o semplicemente per paura di perdere un po’ di popolarità, segno che sono liberali solo quando conviene, ma sono populistici quanto gli altri – non alleviano alcuna reale paura, semmai la inducono, e probabilmente sono anche criminogeni.

Non basta dire “populismo giudiziario” se poi non si provi almeno a chiarire le cause del fenomeno e a pensare ai possibili rimedi.

17.

Gli stranieri non commettono i delitti più gravi

Il numero degli stranieri in carcere – mediamente un terzo del totale, come detto – sale a due terzi se si considerano le pene più lievi, mentre scende a un ventesimo del totale per pene superiori a 20 anni di reclusione⁴¹.

⁴⁰ V. sul tema, R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un’indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell’insicurezza*, Giuffrè, 2018.

⁴¹ L. Bagnoli, F. Floris, *Immigrazione oltre i luoghi comuni. Venti bufale smontate un pezzo alla volta. Per cominciare a parlarne sul serio*, Osservatorio sui Diritti Umani, 2019.

In generale, quindi, gli stranieri – l'8,5% della popolazione residente⁴² – che sono detenuti in carcere per reati gravi, sono un ventesimo, cioè il 5%, della popolazione carceraria⁴³, e sono quindi proporzionalmente meno dei detenuti italiani.

Il 37,4% degli stranieri detenuti non esclusivamente per resistenza a pubblico ufficiale, sono in carcere per violazione della legge sugli stupefacenti, ma solo poco più dell'1% è detenuto anche per associazione mafiosa⁴⁴, sintomo evidente che lo Stato come sempre imprigiona soprattutto piccola manovalanza criminale composta di disperati, che vengono incarcerati di più se sono *anche* stranieri.

Gli stranieri hanno però minore accesso degli italiani a misure alternative alla detenzione e cautelari come i domiciliari⁴⁵ e quindi vanno in carcere più degli italiani, ma perché debba essere così non è chiaro a nessuno.

Sono loro i "cattivi"?

Si verificano effetti perversi.

Nel 2017, in Italia, gli stranieri erano l'8,3% della popolazione totale ma, dato interessante, quasi il 20% degli omicidi volontari commessi in Italia hanno avuto come *vittima* uomini e donne stranieri⁴⁶.

Uno straniero rischia la propria vita due volte e mezzo più di un italiano⁴⁷ e allora si capisce quali siano gli effetti collaterali del nuovo "allarme sociale".

Io non lo sapevo.

18.

Che cos'è davvero la presunzione di non colpevolezza?

Sono 18.864 i detenuti che, al 31 dicembre 2019, erano in carcere anche se contro di loro non è stata pronunciata alcuna sentenza definitiva di condanna⁴⁸ e quindi, Costituzione alla mano, *erano detenuti non colpevoli*.

9.721 – più del 50% – erano in attesa di primo giudizio, cioè non sono stati condannati nemmeno in primo grado⁴⁹.

⁴² V. il report ISTAT, *Noi Italia. 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo*, 2019, sezione "stranieri".

⁴³ L. Bagnoli, F. Floris, *Immigrazione oltre i luoghi comuni*, cit.

⁴⁴ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Calano i reati ma le carceri sono sempre più piene".

⁴⁵ *Idem*, sezione "Alcuni stereotipi infondati sulla detenzione degli stranieri".

⁴⁶ *Idem*, sezione "Meno omicidi".

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Idem*, sezione "In carcere da presunti innocenti".

⁴⁹ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

Nel 2017 erano 19.815, su un totale di 57.608 detenuti⁵⁰, quindi più di un terzo, cioè più del 33% del totale dei detenuti

Anche qui, l'Italia detiene il *record* europeo, poiché la media europea dei detenuti senza condanna definitiva, nel 2017, era del 23%, cioè quasi 10 punti percentuali di meno⁵¹ rispetto alla situazione del nostro Paese.

Di questa folla di presunti non colpevoli, cioè di detenuti senza condanna definitiva, circa il 38% era costituito da stranieri e una rilevante quota di questi non ha subito nemmeno una condanna in primo grado⁵².

Gli altri non erano stranieri, ma, come detto prima, raramente lo Stato ha dato loro la possibilità di completare il corso degli studi che pure la Legge dello Stato dice, Costituzione alla mano, di assicurare a tutti.

L'Italia ha pagato dal 1992 al 2015 circa 600 milioni di euro per risarcire le ingiuste detenzioni cautelari⁵³ e questo dato getta una luce sinistra, visto che – si può ragionevolmente credere – non tutti coloro che furono ingiustamente detenuti hanno avuto accesso ad una difesa legale che abbia spiegato loro che avevano il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

Lo Stato, infatti, malgrado la Costituzione proclami anche questo, non garantisce affatto a tutti l'eguale diritto alla difesa.

C'è chi è difeso adeguatamente, e quindi è presunto innocente, e chi no, ed è quindi presunto colpevole.

E' tempo di una qualche riforma.

19.

Custodia cautelare o carcerazione preventiva?

La pratica sociale del politicamente corretto è la forma del diritto

Un tempo, quando io ho iniziato a fare l'avvocato, la custodia cautelare si chiamava *carcerazione preventiva*, e almeno il diritto penale era più sincero e non aveva bisogno di eufemismi.

La custodia cautelare è troppe volte solo un'anticipazione della pena inflitta senza bisogno che si accerti la responsabilità di chi la subisce.

Gravi indizi, pericolo di fuga, pericolo di reiterazione del reato?

⁵⁰ Cfr. Ministero della giustizia - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, *Relazione sulla performance 2017*, p. 8.

⁵¹ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "L'Europa incarcera di meno, l'Italia di più".

⁵² *Idem*, sezione "In carcere da presunti innocenti".

⁵³ *Idem*, sezione "L'Europa incarcera di meno, l'Italia di più".

Sono per lo più pretesti.

È risibile pensare che l'indagato che si sa indagato, con l'apparato repressivo alle sue calcagna, sia talmente pericoloso – e stolto – da voler commettere altri reati, salvo il caso – che vale per il piccolo spacciatore – in cui commettere nuovi reati sia l'unico mezzo per tirare avanti in qualche modo.

In quel caso, allora, *la pericolosità sociale dell'indagato è un problema sociale* che nessun diritto penale può sperare di poter risolvere e che nessuno Stato che coltivi la giustizia come fine della convivenza umana dovrebbe delegare al diritto penale.

La gravità degli indizi spesso fa difetto, ma quasi altrettanto spesso il Giudice accetta di credere che quegli indizi ci siano, così da non dover essere accusato di voler ammazzare un'indagine ancora in fasce.

Pericolo di fuga?

Al tempo della vigilanza onnipervasiva, da cui nessuno è... immune, il pensiero che il reo possa fuggire da chi lo sta inseguendo è francamente un pensiero ingenuo.

Francesco ha detto così ai penalisti del mondo e non so come si possa dir meglio:

«Sulle condizioni della carcerazione, i carcerati senza condanna e i condannati senza giudizio. - Queste non sono favole: *voi lo sapete bene*. La carcerazione preventiva – quando in forma abusiva procura un anticipo della pena, previa alla condanna, o come misura che si applica di fronte al sospetto più o meno fondato di un delitto commesso – *costituisce un'altra forma contemporanea di pena illecita occulta*, al di là di una patina di legalità»⁵⁴.

20.

Talvolta le esigenze cautelari ci sarebbero anche...

Spesso le persone in carcere in attesa di giudizio, proprio perché sono povere, non solo non hanno una difesa almeno media, ma non hanno nemmeno un domicilio, e quindi il Giudice – che forse infliggerebbe loro solo l'arresto domiciliare in via cautelare, perché, alla fine, quelle persone non sono così pericolose – crede di non poter far altro che infliggere loro il carcere, che pure reputa inadeguato per eccesso.

Anatole France scriveva che il divieto di dormire sotto i ponti non è la stessa cosa per il povero e il ricco, ed aveva molte ragioni⁵⁵.

In casi come questi – e sono migliaia – pare evidente che *la colpa è solo la miseria*, ma appare ancor più chiaro che, agli occhi del Giudice, la tutela della società – o quel che il Giudice crede o vuol credere che sia la tutela della società – vale più della

⁵⁴ Papa Francesco, *Discorso alla Delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 23 ottobre 2014.

⁵⁵ A. France, *Il giglio rosso*, 1894 (tr. it. 1979).

tutela dell'umanità, soprattutto quando l'umanità è materia di scarto che nessuno difende.

La società diventa un feticcio, un falso idolo, il surrogato di un concetto trascendente, Dio o altro, cui non si crede più, e l'affermazione che il diritto penale provvede alla sua difesa, alla fine, non è nulla più che una forma di superstizione.

Non esiste la Società, esistono molti possibili modi di organizzare la convivenza umana e nessuno è politicamente neutro e innocente come la cultura penalistica in voga ancora vuol credere.

Dire che il diritto penale difende i diritti – anzi, nel lessico penalistico, i beni giuridici – forse è vero – sebbene nessuno possa dire d'averlo provato – ma è certo che lo Stato, proprio col diritto penale, distrugge anche diritti – e beni giuridici – e nemmeno la ragione di codesta crudeltà è ormai chiara ad alcuno.

La doppia lama del diritto penale è anche la doppia coscienza del diritto penale.

Gli avvocati non scioperano quasi mai per loro e nemmeno i magistrati sfilano con la Costituzione in mano per proclamare i diritti dei più deboli.

Perché?

C'è bisogno di una risposta.

21.

Il giudice ha le mani legate? ...si slegli le mani, allora

Non è vero però che il Giudice – che constati che il presunto innocente non ha nemmeno un domicilio – non avrebbe alternative diverse dal carcere.

Il Giudice potrebbe rimettere in libertà la persona se la presunzione di non colpevolezza valesse qualcosa, *se fosse vero che l'uomo vale più della società*, come il liberalismo insegna.

O potrebbe almeno guardarlo negli occhi e provare a comprendere chi sia la persona che ha davanti.

Lo scandalo meno visibile, ma non meno grave, del caso Cucchi (almeno come si percepisce nella *fiction*)⁵⁶, è l'immagine del Giudice che decide la convalida della custodia cautelare in carcere – provvedimento con cui *inconsapevolmente* il Giudice manda a morire l'indagato – senza alzare gli occhi sulla persona che ha davanti.

⁵⁶ A. Cremonini, *Sulla mia pelle*, 2018.

Il problema è proprio quell'avverbio, *inconsapevolmente*.

Evidentemente troppo intento a dare qualche fugace occhiata alle carte del fascicolo, il Giudice non poteva o non voleva vedere il volto tumefatto dalle botte subite dell'indagato.

Tra i detenuti non condannati in via definitiva alligna buona parte del numero dei suicidi. Nel 2018, su 67 suicidi registrati da Ristretti Orizzonti⁵⁷ (61 secondo il Ministero della Giustizia)⁵⁸, 22, cioè circa un terzo erano detenuti in attesa del primo giudizio, e 11, cioè un sesto, avevano proposto appello contro la condanna in primo grado⁵⁹, il che significa che *quasi il 50% dei suicidi erano detenuti in carcere sebbene (presunti) innocenti*.

La lentezza dei processi è il male della giustizia italiana?

In questi casi, o in molti di questi casi, il processo è così veloce che, in un certo senso, *finisce col carcere*, e talvolta con la morte del reo innocente, *prima che sia iniziato* o comunque prima che la condanna al carcere sia stata pronunciata.

22.

I condannati, questi presunti colpevoli spesso innocenti e comunque non difesi o mal difesi

I detenuti condannati in via definitiva?

Uno degli ultimi rapporti di Antigone svela quel che tutti sanno e cioè come funziona la fabbrica delle condanne quando la materia prima è materia di scarto, rifiuti umani o quasi⁶⁰.

Nel 25% dei casi, il difensore d'ufficio ha 5 minuti di tempo per consultare il fascicolo processuale e imbastire, si fa per dire, una difesa⁶¹.

Nell'altro 75%, avrebbe forse un giorno o una notte, ma non si saprà mai se il difensore, chiamato la sera prima dal poliziotto con la notizia che ha un nuovo cliente, abbia dato almeno un'occhiata al fascicolo.

E questo vale per il 100% dei casi.

⁵⁷ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "La pena ed il corpo".

⁵⁸ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

⁵⁹ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "La pena ed il corpo".

⁶⁰ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit.

⁶¹ P. Biondani, *Molto rumore*, cit., p. 23.

Il sistema penale, in meno di tre mesi, è in grado di produrre 7.975 condanne definitive per furto e 5.781 condanne definitive per reati connessi alla droga, ma solo 24 condanne per reati fiscali, 8 per corruzione, 3 per peculato e zero per concussione⁶².

La metà dei processi termina in meno di tre anni.

Il processo stesso è certamente – come si dice – una pena in sé, ma un conto è scontare la pena del processo da libero, un altro è scontare la pena del processo già in carcere.

La nostra cultura penalistica è più preoccupata del primo caso che del secondo e, quindi, difende coi denti la prescrizione dicendo ch'essa è farmaco contro la pena del tempo del processo che corre troppo lento.

I penalisti di maggior peso spesso sono avvocati e non difendono quasi mai i deboli e questo spiega l'interesse del ceto professionale al tema della prescrizione.

Quale è, invece, il farmaco che serve a rallentare la spaventosa velocità con cui il processo penale ingoia le sue vittime prima del processo, quando non sono difese da nessuno e nessuno parla di loro?

Tutti gli avvocati dovrebbero essere obbligati per legge a dedicare un giorno alla settimana alla difesa d'ufficio dei più deboli, ma è difficile che gli organi corporativi dell'avvocatura accetteranno mai di far propria tale battaglia.

23.

L'identikit della persona umana detenuta nel carcere ormai si fa chiaro

L'identikit della persona umana detenuta nel carcere ormai si fa chiaro.

Analfabeta o quasi, preferibilmente straniero, ma può andar bene anche se italiano, purché di bassa o bassissima estrazione sociale, invischiato in fatti di droga tossicodipendente ma preferibilmente solo un manovale, ultimo anello della catena criminale fondata sulla droga che esiste perché lo Stato così vuole, tendenzialmente ancora in attesa di giudizio definitivo che ora tarda sempre più ora arriva velocissimo, e, perché no, anche malato di mente, o almeno affetto da seri disturbi, e che lo fosse già prima o lo sia diventato solo dopo ormai fa poca differenza.

Sono colpevoli?

Dipende.

⁶² *Ibidem.*

Il concetto di colpevolezza su cui si fonda il diritto penale è sempre stato, oltre che naturalisticamente controvertibile e sempre più controverso – il libero arbitrio, questo grande e difficile concetto di matrice religiosa da sempre irriso dalla ragione filosofica –, anche strumento sin troppo plastico e deformabile secondo le convenienze sociali di chi decide chi è “libero” e chi no, come di chi decide che cosa è “sicurezza” e che cosa no e, quindi, che cosa è “crimine” e che cosa no.

È sempre stato così.

Chi è colpevole e chi no dipende *dall'immagine di uomo* che sta alla base del diritto penale, che a sua volta dipende *dall'idea culturalmente preesistente al diritto penale di chi è, o meglio può essere, delinquente e chi no*, e l'immagine d'uomo su cui il diritto penale si fonda è ancora l'immagine d'uomo del Codice Penale Rocco, entrato in vigore nell'anno **IX** dell'era fascista.

Un'immagine che non può non coincidere con l'*identikit* di cui sopra.

Questo argomento, *chi è l'uomo per il diritto penale oggi*, è quasi spaventoso nella sua difficoltà – epistemologia, psicologia e sociologia fanno una matassa difficile da districare che non è per questo meno urgente provare a districare – ma far finta di nulla, cioè far finta che il problema non esista, è troppo comodo.

Il diritto penale non è fatto per prendere nelle reti il pesce grosso.

24.

Tutti colpevoli oltre il ragionevole dubbio?

Ogni processo, anche per il fatto più ovvio e apparentemente semplice, può diventare complesso, talmente “difficile” da far fiorire dubbi da ogni parte, se così si vuole, ma solo pochi possono permettersi la difesa che s'impegni a coltivare l'arte del dubbio, una difesa che faccia “difficile” il processo altrimenti “facile”.

Per i più il processo è sin troppo “facile”, e al Giudice non saltano agli occhi nemmeno i dubbi più evidenti.

Che si sia condannati solo se la prova d'accusa è *Beyond A Reasonable Doubt* (nei tempi in cui è di moda l'abuso dell'acronimo, si dice BARD) *non è mai vero*, il Giudice decide sempre in condizione di maggiore o minore incertezza epistemica e il grado dell'incertezza dipende dalla esaustività dell'evidenza probatoria che non è mai... esaustiva.

Pensare equivale a dubitare.

Se, alla fine, dopo aver pensato e quindi dubitato, supero i dubbi che avevo, e condanno, non posso certo dire, poi, che i dubbi che ho superato erano *non ragionevoli*, altrimenti sarebbe come dire che io sono irragionevole per aver avuto quei dubbi.

Se, invece, non dubito perché qualunque dubbio mi pare da subito irragionevole, spesso vuol dire semplicemente che in qualche modo ho voluto *non pensare*, o non pensare abbastanza, per non dover far la fatica di affrontare i dubbi.

BARD è espressione equivoca: il Giudice di *common law* non spiega alla giuria che cosa significhi BARD perché sa che nessuna definizione sarebbe una buona definizione.

È naturale, allora, che anche da noi, quasi mai il Giudice, quando condanna, spieghi perché la prova d'accusa sia vera oltre il ragionevole dubbio.

Se i condannati ricorressero sistematicamente per Cassazione, adducendo la violazione di legge dell'art. 533 c.p.p. che comanderebbe al Giudice di assolvere se l'imputato non è colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio, *l'intera macchina giudiziaria si bloccherebbe di colpo*.

Nessun avvocato d'ufficio però si dà così tanto da fare e così non esiste – anche perché non può esistere – una giurisprudenza e una dottrina scientifica sullo *standard* di giudizio nel processo penale.

Strano ma vero.

L'art. 533 c.p.p. è quindi anche norma un po' ipocrita – è nata al tempo in cui i vertici politici facevano di tutto per difendersi dai processi penale dal diritto penale ai tempi delle leggi *ad personam* – e, in effetti, BARD può essere un orpello utile per il Giudice che voglia assolvere.

Tra fatti e opinioni c'è la differenza che corre tra opinioni più o meno corroborate dall'evidenza disponibile, che, come accennato, non è mai completa.

Lo spazio del libero convincimento è sterminato.

Nei processi dei deboli, l'evidenza acquisita nel processo è qualitativamente e quantitativamente inferiore a quella che avvocati ben pagati possono portare nel processo celebrato contro il potente, e anche questo è un gran problema.

Il processo accusatorio – che grava la parte, cioè la difesa, di oneri probatori che, come tutte le cose di questo mondo, hanno un prezzo che non tutti possono pagare – è davvero un processo che promuove la giustizia?

Tutti sanno che il processo accusatorio vale per chi se lo può permettere.

25.

Che il diritto penale e il diritto processuale penale siano razionali non è quindi così ovvio

La ragione della sentenza – si dice – sta nella motivazione, il luogo in cui il Giudice dà le ragioni del suo libero – e irrazionale – convincimento.

La motivazione, che è solo razionalizzazione a posteriori di una decisione sempre inevitabilmente irrazionale, non basta, bisogna pensare di più e meglio a come iniettare vera razionalità nel processo decisionale del Giudice.

La retorica di BARD serve anche a occultare il fatto che, nelle università e nelle scuole di specializzazione e formazione di avvocati, PM e giudici, *non si insegna più la logica del probabile*, cioè la logica dell'incerto, che sola aiuterebbe a iniettare vera razionalità nel processo penale.

La logica del probabile è difficile e contro intuitiva e se non viene insegnata né nelle Università nelle varie Scuole di formazione e specializzazione, non è un caso.

La logica del probabile – che è per definizione *logica dell'incerto* – non sarebbe compatibile con la falsa epistemologia del processo penale, con le sue irragionevoli pretese di certezza, che, però, non può non essere quel che è, cioè solo falsa illusione.

Il Giudice che condanni, cioè deliberatamente e freddamente infligga dolore a un suo simile, *deve poter credere* che tutti credano che la prova della colpevolezza del reo sia talmente certa che qualunque Giudice al suo posto avrebbe deciso allo stesso modo.

Non è quasi mai vero.

Il problema è allora se il diritto penale, con tutto il suo carico di spaventosa crudeltà reggerebbe davvero sotto il peso di una vera razionalità, che, come noto, è tale perché *accetta l'incertezza* del mondo e non la rimuove.

Quanti Giudici sono disposti a scrivere una sentenza di condanna al carcere, che la loro è solo un'opinione più o meno incerta, e che l'imputato potrebbe anche essere innocente?

La logica del probabile era assai più coltivata dai grandi giuristi medievali italiani: l'avvento del libero convincimento ha avvizzito una pianta che dava frutti di grande interesse.

Si legga, tra l'altro, il volume del filosofo e storico James Franklin, *The science of the conjecture*, o il libro del filosofo della scienza Larry Laudan⁶³.

⁶³ L. Laudan, *Scienza e relativismo. Controversie chiave in filosofia della scienza*, Armando, 1997.

Lo *standard* della “certezza morale” era più serio di BARD.

26. Quale è lo scopo del processo penale?

I giuristi discutono di verità e verità processuale come se davvero dovessero essere cose diverse ma, facendo spesso difetto le basi filosofiche per un discorso così difficile, finiscono con il lasciare nel non detto *che cosa sia d'altro dalla verità*, la verità processuale.

La verità processuale è quella che il Giudice dice con la sentenza?

Tutto qui?

La verità processuale deve essere... vera, o basta che il Giudice abbia risolto, in qualche modo, il conflitto tra le parti, e che la verità sia *pragmatica*, cioè utile compromesso?

Utile a chi, però?

Il processo è l'arena agonistica in cui il giusto è l'opinione di chi è più bravo a sostenerla?

O la verità non esiste, come dicono gli scettici, perché il Giudice è l'unica misura del vero e del falso?

È in gioco il non banale problema dello scopo stesso del processo.

Il libero convincimento del Giudice è il fortilizio imprevedibile dell'arbitrio della decisione e all'ombra di quell'ultimo sole si possono consumare giustizie e ingiustizie d'ogni tipo.

Il gigante del pensiero giuridico che fu Satta, riferì l'opinione di un altro grande, Carnelutti⁶⁴, secondo cui ogni sentenza di proscioglimento è, in qualche modo, la confessione di un errore giudiziario.

Ai tempi di Satta e Carnelutti i processi penali ai potenti erano, però, una esigua minoranza.

Il giudizio è fatto più d'emozione che di ragione⁶⁵.

La psicologia della decisione è una disciplina scientifica in progresso – oggi si avvale anche degli straordinari strumenti di *brain imaging* delle neuroscienze – e

⁶⁴ S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, 1994.

⁶⁵ A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, 2017.

aiuterebbe molto i Giudici a decidere meglio, ma – come la logica del probabile – essa non è materia usuale di studio nelle Università e negli altri luoghi di formazione del futuro Giudice, ma anche del futuro PM e del futuro Avvocato.

Il nostro apparato cerebrale della conoscenza – la tanto decantata ragione – è in realtà affetta da molteplici vizi sistematici, detti *bias*, uno dei quali ad esempio, il *bias* della conferma, ci porta naturalmente a non dar retta a chi ci propone argomenti che vanno in direzione opposta ai nostri pregiudizi, oggi si dice alle nostre precomprensioni dei fatti⁶⁶.

Se voglio condannare troverò sempre poco persuasivi gli argomenti per assolvere, ma il problema è capire perché voglio condannare.

La psicologia della decisione – che dà il peso necessario all'emozione che sta alla base di ogni decisione – dovrebbe essere materia obbligatoria nelle Facoltà di Legge, se vogliamo che il Giudice sia migliore di quel che è diventato.

Vale però la domanda di prima.

Più so di non sapere più farò fatica a condannare: meglio non sapere di non sapere, allora?

27.

Il diritto penale è uno, nessuno o centomila?

Il diritto penale è davvero uno o no?

La Società non è una, ma, come sapeva il Platone de *La Repubblica* – molti secoli prima di Marx – sono almeno due, la società dei ricchi e la società dei poveri.

Così c'è il diritto penale dei ricchi e quello dei poveri.

Chi parli di diritto penale – o di giustizia penale che non è la stessa cosa – dovrebbe sempre spiegare a *quali dei due* si riferisce.

Alla fine del 2019, in carcere c'erano 13.756 detenuti per furto, semplice ed aggravato, 990 detenuti per insolvenza fraudolenta, 2.012 per truffa e 399 per appropriazione indebita⁶⁷.

È facile che la somma del danno patrimoniale privato, causato da tutti loro, sia solo una frazione del danno patrimoniale pubblico causato dalla *elusione fiscale di*

⁶⁶ Per approfondimenti sul tema dei *bias* cognitivi e in particolare sull'analisi dei principali errori di ragionamento e delle relative cause, si veda in particolare A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, Vol. 85, 1974, pp. 1124 ss.

⁶⁷ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

*pochi grandi gruppi multinazionali*⁶⁸, e l'elusione fiscale è una forma sofisticata assieme di furto, appropriazione indebita truffa e insolvenza fraudolenta aggravata dal danno procurato allo Stato, cioè a tutti.

Si chiama elusione proprio perché non la si vuol chiamare evasione e quindi il fatto non è punibile.

Dal 2015 l'elusione fiscale non può essere più reato⁶⁹.

Della eliminazione della presunzione di ineducibilità a fini penali del pagamento a società residente nei Paradisi Fiscali, o Paesi a fiscalità privilegiata o dotati di un diritto commerciale più facile da eludere, si è già detto.

Non c'è una buona risposta alla domanda «perché chi ruba al supermercato è un criminale, e il CEO di una grande società che trasferisce i ricavi della sua impresa in un Paese che gli garantisce di non pagare le tasse è un benemerito della comunità?».

La dottrina e la giurisprudenza dottamente disquisiscono se l'atto di distrazione patrimoniale commesso dal *manager* ai danni della società che amministra sia o no appropriazione indebita, e, sulla base di un'encomiabile interpretazione del principio di stretta legalità nella declinazione di principio di tipicità, propendono per il no.

Se sei un *manager*, rubare conviene.

Il fatto di distrazione sarà penalmente rilevante – forse – se e solo se la società derubata cadrà in stato d'insolvenza, ma se si va a vedere il numero dei detenuti in carcere per bancarotta fraudolenta, si concluderà che il rischio penale è assolutamente accettabile per chi voglia correrlo.

Servirebbe ricominciare a studiare – come ormai non si fa quasi più – la criminologia dei cosiddetti colletti bianchi, così come essa si presenta nella moderna società capitalista del XXI secolo.

Ma se è vero che il diritto penale del carcere si sa che cosa sia, il diritto penale del non carcere è un oggetto oscuro: *diritto penale simbolico*?

Che cosa vuol dire?

⁶⁸ Secondo la ricerca condotta dagli economisti Zucman, Torslov e Wier, varrebbe ben 627 miliardi di euro la base imponibile nascosta al fisco da poche grandi multinazionali di Paesi come Germania, Francia, Italia e altri, solo nel 2015 (T.R. Tørsløv, L. Wier, G. Zucman, *€600 Billion and Counting: Why High-Tax Countries Let Tax Havens Flourish*, 2017).

Per quanto riguarda l'Italia, nel corso di quello stesso anno le multinazionali avrebbero trasferito circa 24 miliardi di dollari di profitti realizzati nel nostro paese in paradisi fiscali, europei e non; il che si sarebbe tradotto in un mancato gettito fiscale di 7,5 miliardi di dollari per le casse dello Stato, pari al 19% del totale derivante dall'imposta sulle imprese. I dati registrati negli anni successivi confermano il *trend* osservato nel 2015 (T.R. Tørsløv, L. Wier, G. Zucman, *40% of multinational profits are shifted to tax havens each year, in missingprofits.world*).

⁶⁹ Il riferimento è alla nota riforma operata dal D.lgs. 218/2015, sulla cui trattazione si rinvia a A. Bell, G. Falsitta, A. Valsecchi, *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in questa rivista, 17 luglio 2019

Che cosa sono, a che cosa servono i processi che si sa già da subito che non finiranno con la condanna al carcere?

A chi giova iniziare – con gran clamore di media – un processo, con avvisi di garanzia più che eccellenti, se il processo non arriverà mai in fondo perché spesso, in fondo, anche il PM teme la possibile falsificazione processuale dell'accusa e quindi non è così frustrato se dopo qualche tempo la sua indagine – che lo ha portato alla ribalta – finisce nel dimenticatoio?

Giova a molti.

Il processo, cioè la sentenza, diventa un rischio e spesso è preferibile non correrlo: viva la prescrizione, allora!

28.

Il falso dibattito sulla prescrizione

È di moda dire che il problema della giustizia è la lentezza dei processi, e, quindi, la prescrizione, fatale, si divora i processi facendo morire i reati.

Non s'indaga, però, sulle ragioni per cui tanti processi muoiono di eutanasia.

La chiave di lettura della doppiezza del diritto penale aiuta a capire.

È più facile, emotivamente e razionalmente, condannare un debole che un potente.

Quando si vuole, il treno della giustizia e dell'ingiustizia corre ad altissima velocità, *segno che può farlo*, ma, quando non si vuole, il treno è un trenino locale che si ferma il tempo che si vuole (i termini processuali diventano ad ogni stazione, anche la più inutile e remota, *segno inequivoco che così si vuole che sia*).

Il treno del processo, quando corre lento, lo fa perché *tutti gli attori del triangolo del processo*, imputato PM e Giudice, vogliono o *almeno tollerano* che così sia.

Ogni Giudice, come ogni PM e ogni avvocato, sa che il tempo passa e sa quanto il reato per cui si procede sia prossimo alla stazione finale della prescrizione, e, *se anche solo uno di loro decide o chiede che si decida che il treno acceleri, il treno accelera*.

È raro che un PM chieda con la dovuta insistenza la rapida fissazione di un'udienza.

Qualunque Presidente di Tribunale o di Corte d'Appello sa che, se solo lo volesse, potrebbe aggiustare la macchina della giustizia nella sua casa per farla marciare come si converrebbe.

Però non sempre lo fa.

Che gli avvocati scioperino per difendere la prescrizione è naturale, fanno – facciamo – il loro – nostro – mestiere, il più antico del mondo (o almeno il secondo più antico del mondo), perché una prescrizione sudata e alla fine raggiunta, di rinvio in rinvio, vale moneta sonante, non quanto un proscioglimento nel merito, ma quasi.

Il mio maestro – Federico Stella – soleva dire che il rinvio è la prova dell'esistenza di Dio.

Il problema della giustizia penale però non è la prescrizione ma è l'ingiustizia del diritto penale.

Dio non si presenta sempre allo stesso modo nei processi penali.

Quando l'imputato è almeno un poco potente e lo sono i suoi avvocati, il processo diventa opaco, i veri processi che producono la decisione diventano oscuri, *negoziati fuori e non dentro il processo*, e così può accadere che i tempi tra un'udienza e l'altra si dilatino quanto lo vogliano le fitte agende degli avvocati che difendono l'imputato.

Il giudice, spesso (non sempre, sia chiaro), china il capo e lascia che il tempo faccia quel che deve.

Col debole no, spesso il diritto penale mostra il lato arcigno e duro, quello che non si piega.

I processi penali *possono* durare un tempo definito e calcolabile, e se è necessario che siano fissate più udienze – perché una non basta – l'una udienza dovrà succedere all'altra senza soluzione di continuità.

Si può fare qui ed ora, basta volerlo davvero.

29.

Il diritto penale del lavoro esiste davvero? La tragedia diventa farsa

I familiari delle vittime dell'amianto Eternit non sanno ancora – dopo che la Cassazione ha dichiarato la morte del disastro sanitario per prescrizione – se i loro cari sono morti per qualche causa imputabile a qualcuno oppure no⁷⁰.

Come gli addetti ai lavori sanno – ma gli altri no – la Cassazione dichiarò la prescrizione di quel sedicente disastro sanitario solo perché sancì che il *dies a quo* della

⁷⁰ Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014 (dep. 23 febbraio 2015), n. 7941.

prescrizione coincideva con la chiusura dello stabilimento Eternit, avvenuta nel 1986, *prima che i PM iniziassero a indagare*.

Il fatto che chi chiuse l'impianto dimenticò di bonificarlo, non impedendo così che le fibre di amianto continuassero a svolazzare per l'aere adducendo infiniti lutti ancora agli sfortunati che le respirarono, fu considerato irrilevante.

Pare che morirono a migliaia, come mosche.

La sentenza Eternit fu un compromesso politico e non una soluzione giuridicamente necessitata (chi può credere che un PM, come Guariniello e il suo *team*, i Giudici del Tribunale e della Corte d'Appello che condannarono gli imputati, non conoscessero l'abc della catalogazione dei reati e le regole del *dies a quo* della prescrizione del disastro cosiddetto sanitario?).

Muiono d'amianto ancora ovunque, ma il diritto penale – nelle centinaia di processi penali che sono stati apparecchiati – mostra il volto più imbarazzante, *l'incertezza di una nuova ordalia*, perché non possiede il *know how* necessario per decidere se e quali datori di lavoro – tra i molti che si succedettero nella carica nel lungo tempo dell'esposizione lavorativa ad amianto – siano responsabili penalmente dell'evento.

Arturo Rocco, quando scriveva l'art. 40 del codice penale – il rapporto di causalità – non aveva la benché minima idea di come funzionasse l'epidemiologia – ovvero la statistica – e non gli si poteva far torto di questa ignoranza, perché allora l'epidemiologia non era ancora nata.

Il Giudice penale però tuttora non sa quasi nulla di scienze e di filosofia, ovvero di metodologia delle scienze empiriche.

Il problema è che il diritto penale – come accennato – non è fatto per linguaggi deboli e sofisticati come sono i linguaggi della probabilità e dell'incerto e quando ci capita dentro, affonda.

Talvolta il problema è più evidente.

Che il lavoro uccide deve essere vero, ma il diritto penale ancora non l'ha accettato fino in fondo, visti i ridicoli numeri dei detenuti in carcere per omicidio e lesioni colpose.

Il rischio è materia complessa, a un tempo fragile e impenetrabile: è richiesta una complessa e sfaccettata cultura interdisciplinare per capirci qualcosa.

È solo una farsa combattere perché il datore di lavoro risponda per dolo (almeno eventuale) della morte del lavoratore – come si è dottamente disquisito e poi elegantemente negato dalla Cassazione nel processo Thyssen⁷¹ – quando è evidente

⁷¹ Cass. pen., SS.UU, 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343.

che l'imputato condannato non risponde nemmeno per colpa dell'omicidio commesso, e difatti i condannati in via definitiva di quel processo sono a piede libero.

Le infinite norme del Testo Unico Sicurezza – ridicolmente sanzionate come reati contravvenzionali – agevolano nel datore di lavoro l'idea che la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro siano solo una matassa burocratica da sbrogliare in qualche modo col minor possibile costo economico.

Nessuno controlla se e come il datore di lavoro abbia adempiuto il dovere indelegabile di redigere il Documento di Valutazione dei Rischi sul luogo di lavoro, e il datore di lavoro, che lo sa, serenamente... delega l'impiccio a una qualche società di consulenza che spesso lavora solo col taglia e incolla perché di mestiere produce DVR come in una catena di montaggio.

Con il decreto 231 del 2001 vale lo stesso.

Il più delle volte, il rischio che il datore di lavoro ha giudicato accettabile, perché gli conviene, è *tout court* il rischio accettato e imposto a tutti, primi i lavoratori.

Quando poi c'è il processo, i nodi vengono al pettine e il Giudice, che non sa come sbrogliare la matassa, è tentato dalle soluzioni più comode e semplici, ma non sempre tagliare il nodo di Gordio è facile e semplice come pare.

La causalità della *condicio sine qua non*, con l'assurdità del suo corollario, l'equivalenza delle condizioni, impedisce di fare l'unica cosa che spesso si deve fare e cioè pesare le cause, perché esporre ad amianto un lavoratore non è la stessa cosa se l'esposizione è alta, altissima, bassa o bassissima.

Il pericolo non è il rischio e l'epidemiologia, scienza ignota al penalista, è solo un tassello del complessissimo *puzzle*.

La colpa è un fantasma perché l'unica colpa, che è il rischio non accettabile, richiede ponderazioni tra interessi in conflitto e il vecchio concetto medievale, e prima ancora romanistico, dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* funziona male applicato al datore di lavoro della moderna impresa capitalista.

Il risarcimento del danno al lavoratore, quando c'è, può essere inferiore alla parcella dell'avvocato che il datore di lavoro ha liquidato per farsi difendere.

Difficile che così si affermi una vera cultura della persona umana, ma, in fondo, a chi interessa?

30. Il rovescio del diritto penale dell'ambiente Tragedie che diventano farse

Nessuno può dire davvero d'aver capito che cosa stia succedendo a Taranto con l'ex Ilva ma un allibratore onesto non potrebbe accettare scommesse su quel che succederà, perché nessuno può saperlo né prevederlo.

Eternit fa temere il peggio (o il meglio, a seconda dei punti di vista).

Che anche su questo processo – come si è letto sulla stampa – si siano allungate ombre inquietanti non deve sorprendere.

Le numerose indagini in corso debbono approdare presto ad una decisione, *qualunque essa sia*, perché forse non è successo nulla, o invece è successo tutto e l'incertezza non è tollerabile, altrimenti resterà il sospetto che il sistema voglia auto-protegersi.

Il sistema, però, è talmente mal congegnato che pare fatto apposta per essere accomodato secondo l'interesse che di volta in volta è più potente degli altri.

È una farsa far finta di voler combattere la criminalità ambientale con le leggi penali del 2015 che sono state scritte da mani che non hanno consuetudine con la lingua italiana e hanno prodotto un cospicuo mucchio di parole alla moda (ecosistema, biodiversità, ecc.), quando tutti sanno o dovrebbero sapere che il diritto amministrativo dell'ambiente, in vigore da più di vent'anni, *non ha portato a casa forse nemmeno una bonifica o una messa in sicurezza delle migliaia di siti inquinati censiti come SIN cioè "Siti di Interesse Nazionale", tanto inquinati ed estesi da interessare più di una Regione.*

Che senso ha processare qualcuno per disastro ambientale se poi già si sa che non bonificherà mai il disastro vero o presunto?

In Italia – forse non tutti lo sanno – le soglie del rischio accettabile che debbono essere l'obiettivo della bonifica e della messa in sicurezza di un sito inquinato sono decise dallo stesso inquinatore, che prepara un'analisi del rischio *ad hoc*, su cui vigila una Conferenza dei Servizi, ove siedono il Ministero dell'Ambiente (per i SIN) e solo i pubblici amministratori del Comune, Provincia, Arpa, Asl e Regione (per i SIG cioè i Siti di Interesse Regionale).

Così recita il Testo Unico sull'Ambiente.

Le concentrazioni soglia di rischio (CSR) sono il rischio accettabile – cioè quel che la dogmatica chiama "pericolo" o "colpa" – ma che cosa sia il rischio accettabile è deciso da chi quel rischio ha creato e ha interesse a rendere più basso possibile.

Chi ha il potere nelle Conferenze dei Servizi?

Salvo precarie e isolate eccezioni, vige la legge del più potente, che non è la derelitta pubblica amministrazione, ed è così perché deve essere così, dato che è la stessa legge ad aver voluto così.

Non sempre è così, ma proprio questo è il problema: la giustizia ambientale si fa ogni giorno in modo diverso, da caso a caso, e magari nello stesso caso ora è indulgente e tollerante – e non fa nulla – ora diventa intransigente e intollerante – e fa troppo, per non essere accusata di far nulla.

Sono problemi per la dottrina giuridica, o no?

31. Chi inquina paga?

I processi civili intentati dal Ministero dell'Ambiente per ottenere il risarcimento del danno ambientale si contano sulle dita di due mani o forse di una mano sola.

Quando il disastro è davvero terribile – o tale pare – e non sia possibile o paia difficile ottenere lo scudo penale (e civile) per via giudiziaria o extra giudiziaria, almeno *in extremis* come nel caso Eternit, scatta la corsa allo "scudo" penale per via legislativa (Ilva *docet*).

Scudo contro che cosa?

Se sei innocente da che cosa vuoi essere scudato? Se sei colpevole perché devi essere scudato?

Non basta che il diritto penale nel suo insieme sia già un grande e comodo scudo?

La crescente domanda di scudo penale – quando non è manifestamente faziosa – cela la crescente sfiducia nella giustizia del diritto penale, e questo è il vero, grande problema.

32. ...O la farsa diventa tragedia Quando il diritto penale è grottesco prima che ingiusto

Il diritto penale, appena lo si guardi dalla parte del carcere, pare una macchina fuori controllo.

Al 31 dicembre 2019, in carcere c'erano 3.205 rei di *danneggiamento a cose, animali e terreni*⁷², e anche qui non è così intuitivo quali gravissimi fatti debbono aver commesso costoro, che sono così tanti di più degli omicidi per colpa e dei rei di lesioni colpose.

Dovrebbe indignare che in carcere ci siano così tanti danneggiatori di cose, animali e terreni e così pochi – nessuno? – colpevole d'inquinamento di aria terra e acqua di tutti.

C'è solo farsa – o una ben strana tragedia – nel fatto però che, sempre alla fine dello scorso anno, *i detenuti per delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti fossero 1.070*⁷³, più del quintuplo dei detenuti per omicidio colposo e quasi il doppio della somma degli omicidi e degli autori di lesioni colpose.

Il diritto penale rispetta e difende allora più il morto già morto del vivo che è stato ucciso o ferito per colpa?

Pare grave ma non troppo serio anche il fatto che, a fine 2019, il numero dei detenuti per *arbitraria invasione d'azienda* – ma che cos'hanno fatto, hanno provato a fare la rivoluzione proletaria contro il capitalismo e non ce ne siamo accorti? – fosse 312, e i detenuti contro la personalità dello Stato, ben 151, cosicché insieme queste due classi di criminali rivoluzionari o golpisti *superano i detenuti per omicidio e lesioni colpose*⁷⁴.

Come pare singolare che i venditori di sostanze alimentari non genuine fossero 2 – e un poco spiace per loro perché debbono essere stati ben sfortunati, almeno come gli 11 (!) detenuti per frode nell'esercizio del commercio⁷⁵!

Così come desta curiosità che 331 persone stessero in carcere per *ingiuria e diffamazione* (suppongo non a mezzo stampa), e sono più di coloro che sono reclusi per omicidio colposo⁷⁶; che cosa possono aver detto di così grave in una società come la nostra che è ormai fondata sull'odio della violenza comunicativa?

E appare non meno curioso che 6 (!), di questi tempi, si trovassero in carcere per *pubblicazione e spettacoli osceni*⁷⁷ e chissà che cos'hanno fatto nella società in cui la pornografia è largamente accettata e sfruttata in ogni dove per profitto, liberamente accessibile a chiunque di qualunque età e ovunque si trovi (la curiosità su che cosa abbiano mai fatto quei 6, solletica e non poco)?

Talvolta il diritto penale del carcere, che è il vero ed unico diritto penale che meriti d'essere oggetto di studio scientifico, rivela le sembianze del tragicomico, della tragedia che non si sa più come distinguere dalla farsa.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Si vedano i dati disponibili sul sito dell'ISTAT.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

Una strana creatura sociale, che dà letteralmente i numeri.

Perché?

33.

Riflettere di nuovo sulle cose prime del diritto penale

Dobbiamo tornare a riflettere sulle cose prime e *in primis* sulla storia del nostro diritto penale per capire le ragioni vere a causa delle quali siamo caduti così in basso.

Il passaggio dal diritto penale comune del medioevo al diritto penale illuminista e liberale doveva essere il passaggio da un diritto penale “negoziato” tra le parti, quindi imprevedibile, a un diritto penale oggettivo unico ed eguale per tutti fondato sulla inesorabile sovranità della legge.

Il Capitalista ha bisogno di un diritto prevedibile e calcolabile e allora, quando il Capitalismo ha cominciato a comandare nella società, la certezza del diritto è diventata un valore.

Il governo della legge – e il Giudice bocca della legge – però era una pia illusione, o meglio era *l'argomento ideologico* con cui la borghesia capitalista voleva liquidare l'assetto socio-politico feudale, frammentato in una miriade di poteri e fonti del diritto tra loro concorrenti.

Beccaria era un filosofo politico e non un giurista.

A questo secolare sistema che aveva prodotto il diritto comune radicato nella secolare tradizione romanistica, è succeduto un assetto socio-politico tutto nuovo – fondato su rapporti economici di produzione diversi – che si è riconosciuto nello Stato centralizzato e sovrano, molto più gradito al nuovo ceto dominante.

È cambiato il sistema delle fonti del diritto, che è stato imperniato sulla Legge, svalutando il Giudice e annichilendo il Giurista.

La conseguenza – spesso taciuta dalla retorica illuminista che ha beatificato Beccaria – fu che il diritto penale, creato con la Legge, si estese a dismisura nel campo sociale e fu asservito al potere dello Stato e usato come aspirapolvere sociale, o come *il giardiniere che deve eliminare le erbacce dal giardino*.

Alla giustizia del caso concreto abbiamo sostituito la certezza del diritto ma, in verità, non è affatto chiaro perché la seconda debba valere più della prima, e, soprattutto, non è affatto vero che il diritto penale sia realmente certo.

O meglio, è quasi certo che chi può scamperà sempre al diritto penale.

Se è vero quel che abbiamo appena scritto, è anche vero che il diritto penale è stato fatto dal... Capitalista, che ha fatto i suoi interessi e non gli interessi di tutti.

Che la legge dello Stato – o il provvedimento politico del Governo – possa essere iniqua – pare *un fatto nuovo e inesplicabile per la cultura giuridica tradizionale*, ma il problema è gigantesco e non ne può essere rinviata l'indagine, perché è in gioco la reale tenuta delle fondamenta stesse dello Stato sedicente liberale.

Si deve parlarne e subito e non possono farlo solo i giuristi.

34.

Può il Giudice penale far qualcosa contro il diritto penale ingiusto?

Può il Giudice penale far qualcosa contro il diritto penale ingiusto?

Il diritto penale del PM e del Giudice può sindacare la politica dell'immigrazione del Governo – o la politica del proibizionismo della droga – se essa, per quel diritto penale, produce fatti pienamente corrispondenti ad una fattispecie legale di un delitto?

Impedire l'attracco in porto di un barcone stracolmo di uomini e donne è, oggettivamente, un fatto che offende i beni giuridici, vita salute e libertà, dei cosiddetti migranti e integra indiscutibili fattispecie di reato.

È davvero però un fatto di reato?

Dove finisce il diritto penale e comincia la discrezionalità politica del Governo?

Può un Giudice penale arrivare a ipotizzare che una legge del Parlamento produca fatti che, oggettivamente, sono conformi a fattispecie di reato, e quindi non darvi applicazione perché non vuole commettere un reato?

Il Giudice che non applichi la legge criminosa commette a sua volta un reato?

Domande semplicemente impossibili un tempo, ma ora no.

Lo Stato declina nel tempo della internazionalizzazione e globalizzazione economica e finanziaria del potere e pare quasi che il diritto penale provi a divincolarsi dallo stesso Stato e vivere di vita propria col suo apparato.

Lo Stato non esiste quasi più come unità, deformato e polverizzato com'è in autonome istanze di potere, asservite a volontà di potenza e di riconoscimento sociale e a quello che abbiamo chiamato narcisismo di massa.

I Giudici però, a loro volta, non sono certo indenni dal nuovo virus.

Una imperdonabile ingenuità ha fatto credere a tutti che il sistema delle “correnti” sarebbe stato un passo avanti nel processo di democratizzazione, ma, invece, era fatale che ne nascesse quel che è nato e su cui non è il caso di intrattenerci qui.

La frammentazione della magistratura in correnti “politiche” ha reso evidente che *il diritto penale non è più unico per tutti i Giudici* perché ogni corrente politica, per necessità fatale, tende a costruire un diritto penale “politico” coerente con la visione del mondo – ammesso che ve ne sia una alla base dell’affiliazione – della corrente di riferimento.

Che cosa succede realmente oggi?

Politica e diritto sono solo Politica contro politica, “amici” contro “nemici”?

Nella società s’insinua il peggior possibile dei sospetti: la parzialità del Giudice che persegue il Politico.

Qualsiasi indagine di un PM – per un abuso d’ufficio, un traffico d’influenze o anche una corruzione – potrebbe essere stata *anche* per colpire il politico che sta da una parte che non è quella cui il PM, o meglio non è la “corrente” cui il PM appartiene.

Anche per questo il diritto penale sta morendo.

D’altra parte, l’atto che è esercizio di potere politico può *anche* integrare tutti gli elementi di una fattispecie di reato, e non è per nulla chiaro se e in che limiti il legittimo esercizio della discrezionalità politica scrimini il fatto.

Le leggi razziali – se fossero emanate oggi – sarebbero obbligatorie per il Giudice o il Giudice potrebbe esercitare l’azione penale contro il Governo e il Parlamento che abbia emanato provvedimenti oggettivamente delittuosi?

C’è – come non vederlo? – un enorme problema, cui è il caso di accennare.

35.

Il grande problema del rapporto tra diritto penale e politica

Il problema teorico è *generalissimo* – può il Giudice penale sindacare l’atto definibile come esercizio di discrezionalità politica che sia oggettivamente criminoso? – ma è troppo difficile e, soprattutto, se lo si vuol indagare, così com’esso si presenta davvero nella odierna prassi sociale, gli strumenti dell’analisi scientifica si rompono tra le mani di chi li usi.

L’obbligatorietà dell’azione penale e la discrezionalità dell’azione politica sono *istanze apparentemente in conflitto*, ma, in un ben regolato Stato liberale, il conflitto non c’è o se c’è resta invisibile.

Le stelle fisse dell'antico modello dello Stato Liberale, disegnato e favoleggiato nel XVIII secolo, brillavano forse nei tempi antichi, quando l'organizzazione dello Stato era meno complessa di oggi e il concetto di "servitore dello Stato" ancora non sembrava un'espressione vuota.

In quella società semplice, Giudice e Politico condividevano un *humus* culturale di fondo e il conflitto non c'era.

Ora quell'*humus* è marcito e tutto è cambiato.

Non c'è più divisione nitida tra i Poteri dello Stato che teorizzava Montesquieu, ma piuttosto guerra o guerriglia perpetua tra "amici" e "nemici" per controllare pezzi di spazio sociale, cioè per accrescere il proprio potere.

L'azione penale, difatti, non è più per nulla obbligatoria, ma discrezionale o meglio arbitraria, almeno quanto discrezionale o arbitraria è l'azione della politica.

I politici indagati dai PM gridano contro la politicizzazione dei PM stessi, e i PM si fanno scudo della legge che, però, fatalmente, usano per finalità che non debbono essere rivelate, anche solo nel momento in cui decidono contro chi puntarla e perché.

Oggi pare che il Politico abbia più potere politico dei Giudici, e, può influire e spesso influisce in mille modi su altri PM e altri Giudici, e di certo questo è un altro grande problema, come le inquietanti notizie di stampa su corruzioni o altri delitti che stanno inquinando l'apparato della giustizia penale lasciano temere.

Dire che il diritto penale non è anche politica è quindi difficile, ma ammetterlo sembra un sacrilegio.

È in gioco che cos'è realmente oggi lo Stato liberale e se sia davvero democratico, ovvero che *cosa significhi realmente* Stato liberale democratico nella crisi odierna.

Si sentono nell'aria i segnali premonitori dello scudo penale per i fatti di reato connessi alla morte di migliaia di uomini e donne durante la recente pandemia, e il pretesto che si fa ventilare è che il Giudice penale non potrebbe sindacare gli atti di esercizio della discrezionalità politica dello Stato e delle Regioni.

È vero?

Confesso di non saper rispondere: chi è più bravo di me, per favore, affronti il problema.

36.

**Che cos'è realmente Il *nullum crimen sine lege*
Giudice ha sempre creato diritto,
oggi come ieri, oggi ormai più di ieri.**

Il Giudice è soggetto alla legge o la legge è l'oggetto della creazione del Giudice?

Il problema è ancor più profondo.

È necessario ripensare *ab imis* i nostri dogmi, altrimenti continuerà a sfuggirci quel che accade davvero nella giustizia penale vivente.

Non è più chiaro come un tempo *che cosa significhi* che il Giudice è soggetto alla Legge, visto che è anche vero, e non può non esserlo, che la Legge è anche l'oggetto dell'attività interpretativa, e quindi *creatrice di diritto* dello stesso Giudice.

Il problema affligge la teoria del diritto *da sempre*, dacché esiste il diritto, perché separare che cosa è applicazione della legge mediante interpretazione e che cosa è creazione del diritto mediante interpretazione, è quasi impossibile, ma oggi il problema è più grave che mai.

Che il Giudice crei diritto, però, è vero – e resta vero anche nella nostra epoca culturale della storia del diritto – qualunque cosa si voglia credere in contrario.

Ogni conflitto ermeneutico su un qualunque principio di diritto è *un diverso diritto penale*, perché sfocia in una diversa e anche opposta conclusione se un certo fatto costituisce o no delitto: per l'uno, che interpreta la parola X nel modo A, quel fatto è reato, e per l'altro, che interpreta la stessa parola X nel modo B, quel fatto – lo stesso fatto – non è reato.

L'ultima istanza, le Sezioni Unite della Cassazione, intervengono di rado.

Comanda sempre l'uomo molto più che la legge.

Partire da qui, dalla discussione di questo dogma, invece, avrebbe un salutare effetto di onestà intellettuale.

Si pensi alla corruzione.

Ieri, ai tempi di "mani pulite", il Giudice pareva più forte del Politico mentre oggi pare vero l'opposto: nessuno studio scientifico sulla corruzione può fare a meno di mettere a fuoco il *set* e il *setting* sociali in cui si collocano i fatti che chiamiamo corruzione.

Alla scienza giuridica, però, questi problemi restano pressoché invisibili, e forse allora è necessario che cambi la scienza giuridica, se non vuol correre il rischio di parlare di un diritto penale diverso da quello che c'è.

Si potrebbe sperare che il problema si risolva da sé: basta che i Giudici applichino la Legge e non la cavalchino, ma per l'appunto questo è il problema e non la soluzione.

37. Scalare l'Everest?

Quando è iniziato il declino della scienza giuridica?

Difficile dirlo.

Forse da quando il grande filosofo del diritto Hans Kelsen inventò la teoria pura del diritto, secondo la quale il diritto deve essere studiato, per esser scientifico, solo come pura forma, sganciato dai valori – cioè dall'idea di giustizia – e dai fatti – cioè dall'effettività delle cause e conseguenze sociali del diritto stesso⁷⁸.

O forse anche prima, con l'illuminismo che ha fatto credere a tutti che il diritto fosse la legge e che la giustizia fosse necessariamente incarnata nella legge, e così tutti abbiamo dimenticato che la legge positiva è e sempre sarà *un atto di arbitrio*, il comando di chi può imporre la sua volontà nella società.

I penalisti hanno dimenticato l'antico mestiere del Giurista, l'opera eclettica di mediazione culturale tra leggi e società in cui consiste la loro – la nostra – peculiare arte e sono – siamo – tutti diventati penalisti positivi, e così hanno – abbiamo – potuto dedicarci alla purissima teoria generale del reato.

Il rapporto tra Giudice e Legge, però, non poteva essere quel che l'illuminismo aveva predicato, perché non c'è modo di non ammettere, se si vuol ragionare davvero, che *la Legge non parla da sola* e quindi non incarna mai un significato unico e oggettivo che il Giudice si limita ad applicare al caso concreto.

Le presunte regole dell'interpretazione – *voluntas legis e/o legislatoris*, argomento teleologico o argomento sistematico – sono divenute, con l'usura del tempo, poco più che affabulazioni, residuati di un passato remoto anche di secoli, che ormai servono solo a razionalizzare *ex post* la decisione cui il Giudice è pervenuto *aliunde*.

Cambiare si può.

Si tratta, però, di scalare l'Everest, perché quasi tutta la nostra cultura giuridica – che tuttora idolatra Beccaria, scordando forse che l'illuminismo del XVIII secolo possa essere diverso dall'illuminismo necessario nel XXI secolo – non ne vuol nemmeno sentir parlare.

Accettare l'evidenza del peso del Giudice e della società nella creazione del diritto avrebbe evidentemente una portata sovversiva sul sistema – innanzi tutto sulla reale portata delle garanzie costituzionali – e per questo si finge di non vederlo.

⁷⁸ V.H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000 (pubblicato per la prima volta nel 1934).

Quid iuris se cambia all'improvviso il corso della giurisprudenza?

Rendiamo retroattiva la sentenza delle Sezioni Unite che abbia risolto il conflitto?

E se le Sezioni Unite non hanno deciso?

Ma, ancor prima, *quid iuris* se, come detto, nella giurisprudenza c'è un conflitto di interpretazione?

La condanna o l'assoluzione diventa questione di buona o cattiva sorte, di buona o cattiva stella?

Tutti i principi di garanzia richiedono una profonda revisione se si guardi al diritto come opera creativa anche del Giudice.

Ma ci sono anche ampi spazi che si aprono perché il Giudice potrebbe essere l'attore di una progressiva e reale giustizia nel diritto, e se ora così non è, bisogna capirne le ragioni.

Per i deboli, però, non cambia quasi nulla e oggi gli stranieri sono i più deboli tra i deboli e troppo pochi li difendono.

38.

L'elettrodomestico sociale detto "spazzacorrotti" funzionerà? Regolare le *lobbies* è una buona cosa?

Il nuovo elettrodomestico sociale detto "spazzacorrotti" risolverà l'ingiustizia plateale del ridicolo numero di corrotti e corruttori nel carcere?

È lecito dubitarne, perché la legge, alla fine, è solo una proposizione del linguaggio, manipolabile a piacere da chi ne abbia il potere e da sola non basta.

Che sia così è talmente vero che nessuno, pur sapendolo, sarebbe disposto ad ammetterlo.

Il vero grande problema è che nasca per davvero una cultura contraria alla corruzione.

Alcuni – anche in buona fede – spingono per una legge che regolamenti le *lobbies*, e sperano che *l'istituzionalizzazione della pratica sociale del mercanteggiamento della cosa pubblica* favorirà davvero una cultura dell'anti corruzione.

Il lobbismo aiuta solo chi abbia denaro bastevole per pagare un lobbista e, quindi, sostenere che il lobbismo sia il cuore della democrazia è quantomeno un po' sospetto.

Si dice che la politica costa e che è inevitabile prenderne atto.

Non è affatto necessario invece che la politica debba essere contaminata dal denaro: dirlo conviene solo a chi di denaro ne ha molto, ma non conviene affatto a chi ne ha poco.

Provare a sostenere con convinzione il contrario – che la politica, la vera politica, non debba essere contaminata dal denaro – dovrebbe essere il fronte di una *grande etica collettiva condivisa* ma, allora, tutti coerentemente dovremmo opporci al lobbismo in qualunque forma.

Chi sta in carcere – questo è certo – non aveva e non ha una *lobby* che lo proteggesse e che ancora lo protegga, altrimenti in carcere non sarebbe finito mai.

Il diritto penale è molto più grande e complesso di quel che i penalisti credano.

Il diritto penale della corruzione non è quindi solo quello che è scritto nelle leggi ma è anche e forse soprattutto quello che è scritto nella cultura o meglio nell'ideologia volta per volta dominante nella società.

Parlare di lobby è indispensabile se si vuol parlare di corruzione, ma se lo si fa, lo si deve fare davvero fino in fondo.

39.

Il diritto penale è l'*extrema ratio* come si scrive nei manuali e nei commentari?

Molto si può fare ma non si fa quasi nulla e allora bisogna chiedersi il perché.

Il diritto penale è *davvero* l'ultima *ratio* della difesa dei valori primordiali della società, o no?

Non c'è bugia più grande: la teorica dei beni giuridici serve solo a legittimare lo *status quo*, come del resto l'intero edificio del diritto penale sedicente liberale, ma c'è anche di peggio.

Abbiamo quasi 30.000 fattispecie di reato, e almeno i 4/5 di esse sono del tutto inutili, molto fumo e niente arrosto.

Il sistema penale è solo una successione disorganica, cioè asistemica, di strati di norme sempre più confuse e mal scritte.

Perché non si pota finalmente il grande albero della giustizia, o meglio del diritto penale?

In tempi brevi si potrebbe ridurre il diritto penale a non più di 3.000 fattispecie di reato, o forse 300, ma nessuno lo vuole perché a nessuno conviene.

Un apparato giudiziario mastodontico e ingovernabile, una quantità di entropia interna ormai devastante, giova forse a molti degli attori dello spettacolo della giustizia penale, perché tutti, chi più chi meno, sanno di maneggiare un potere cospicuo e sanno che quando vige la legge del caos lo spazio del potere si dilata e fa presto a diventare arbitrio.

Gli avvocati ci sguazzano e anche i dottori, visto che il mercato dei pareri *pro veritate* – sublime ipocrisia! – è ancora florido, anche se non è chiaro quale privilegiato accesso alla verità giuridica abbia ormai il Giurista, visto che il diritto sta nella legge e non nella sua opinione.

Il diritto penale di oggi giova all'intero ceto professionale dei Giuristi dell'ingiustizia penale!

Il caos non giova invece a quelli che il gioco lo subiscono, che poi sono alla fine i soliti noti, ma non giova nemmeno alla società.

40.

Il nuovo medioevo del diritto penale è alle porte, anzi è già qui! È di nuovo il tempo della giustizia negoziata?

La stasi della cultura penalistica talvolta è palesemente patologica.

La legge penale è ancora il Codice Rocco e il meno che ci si possa aspettare è che il linguaggio di cui esso è fatto soffra ormai l'usura del tempo, visto che intorno ad esso la società si è trasformata e ancora si trasforma con ritmi incessanti.

Il Codice Penale Rocco rifletteva l'*ethos* morale e politico, ma anche ontologico ed epistemologico, della società autoritaria di allora, ma oggi, almeno speriamo, la società è mutata e quell'*ethos* – paternalistico e autoritario – non dovrebbe più funzionare.

Il diritto penale della droga riflette un *ethos* che, come abbiamo accennato, non ha nulla di liberale, ma è perfettamente consonante con lo *Zeitgeist* fascista degli anni '30 del secolo passato.

Per ragioni mai ben chiarite, ogni progetto di riforma del Codice Penale è stato però abortito e, così, tratti ideologici palesemente quasi autoritari continuano più o meno furtivamente ad avvelenare il diritto penale di oggi.

C'è anche un altro ovvio problema.

Il potere del Giudice – alle prese con un sistema di disposizioni legali necessariamente datate e quindi sempre meno adatte alla società in trasformazione –

oggi è necessariamente assai più lato di ieri e il Giudice conta assai più della Legge, e lo sa.

Avanzano le ombre.

Ci sono procedimenti che marciano veloci – chissà verso dove e perché – e procedimenti che rallentano fin quasi fermarsi e altri ancora che spariscono.

Chi sa perché?

Viviamo dentro un illuminismo liberal-democratico che è solo facciata, ma dietro c'è il vuoto.

Sarebbe ora di metter mano davvero a un nuovo Codice Penale ma nessuno pare d'accordo e la letteratura è piena di articoli e saggi da cui pare quasi che costruire un nuovo Codice Penale sia impresa titanica, disumana.

Tutte esagerazioni che, però, rivelano un fondo significativo: ancora crediamo nella mistica ideologica della Legge, ovvero del Codice Penale, più o meno come credevamo a Dio.

Vige una retorica un po' superficiale che – anche di fronte alle bocciature della CEDU (vedi il caso Contrada)⁷⁹ – ancora nega che il Giudice crei diritto perché è più comodo pensare che il diritto lo faccia solo la Legge, e così si lascia tutto com'è.

41. Il giudice burocrate

La cultura giuridica che da noi è tuttora egemone ha prodotto anche altri guasti.

Il Giudice è diventato un funzionario dello Stato, un burocrate, ed era fatale che, come ogni burocrate, da un lato cominciasse a soffrire di quell'insidioso male che è l'indifferenza e il *disimpegno morale* che è caratteristico di ogni burocrazia – Weber lo chiamava disincanto⁸⁰ – e dall'altra ha cominciato a coltivare *la passione dominante di fare carriera nell'apparato* e a cercare la strada migliore e più breve per raggiungere l'agognato posto di comando.

Il Giudice allora si iscrive alla "corrente" che gli paia più potente.

I favori ricevuti poi devono essere ripagati ed ecco servita a tavola l'attuale drammatica crisi della giustizia.

⁷⁹ Corte EDU, sez. IV, sentenza 14 aprile 2015, n. 66655/13.

⁸⁰ M. Weber, *La scienza come professione*, in *La scienza come professione. La politica come professione*, Mondadori, 2006, pp. 19 ss.

I sistemi di corruzione che affiorano dalle cronache probabilmente sono solo la punta dell'*iceberg* la cui parte sommersa non emergerà mai: l'abbiamo già detto, ma *repetita iuvant* visto che la cultura del sistema penale non vuole accorgersi dello stato di massimo degrado in cui è precipitato il diritto penale.

Il Giudice – non tutti, ma coloro che così non sono debbono farsi sentire di più! – entra in una rete di potere – una piccola mafia in lotta con altre piccole mafie – ed è ingenuo se pensa che, quando farà il Giudice, cioè eserciterà la giurisdizione, sarà davvero indipendente.

Nei nostri tempi, troppe volte è allora fin troppo evidente che il diritto penale è ridotto a *una giustizia negoziata tra le parti e il Giudice fa da arbitro, e si tratta di una giustizia parallela a quella visibile*, in cui l'obiettivo è approdare non all'esito naturale del processo, proscioglimento o condanna, ma ad un esito che ora premi l'uno e ora l'altro, talvolta è un esito compromissorio, un pareggio senza vinti né vincitori in cui tutti hanno vinto almeno un po', quel che basta.

Di qui il gran successo che, come già detto, riscuote la prescrizione, che alla fine garba a tutti quando il processo è "delicato" ed è sempre delicato quando alla sbarra c'è il potente.

Stiamo tornando indietro nel tempo, con la differenza che, nel diritto comune, la negoziazione a cui il diritto penale – giustizia o tentativo di giustizia del caso singolo – tendeva, con la colta elaborazione dei grandi giuristi, avveniva alla luce del sole; ora invece, che dovremmo finalmente vivere nel diritto penale dell'illuminismo, tutto avviene all'ombra della Legge eguale per tutti, nel buio della notte.

La questione morale quindi non è solo – e già sarebbe d'inaudita gravità – affare interno al CSM, perché le trame svelate in quel caso sono storia normale nella vita reale della giustizia penale che, evidentemente, non è più molto giusta.

Chi spera che basti cambiare le regole per l'elezione dei componenti del CSM non ha capito granché e se non ha capito è perché non vuol capire.

42.

Può cambiare qualcosa? Meno diritto penale, meno Giudici, meno processi

Oggi il Giudice ha perduto di credibilità nella Società.

Perché è accaduto?

Oltre alle ragioni esogene di cui abbiamo accennato – la decadenza morale complessiva ha infettato come un virus anche l'apparato burocratico dei Giudici – ci sono altre ragioni endogene.

Non siamo tra coloro che non credono agli Stati Generali del diritto penale, a meno che non siano davvero quel che l'espressione magniloquente vorrebbe suggerire: una grande Assemblea che riscriva il diritto penale dalla A alla Zeta.

La prima fondamentale missione è restituire al Giudice e alla sua attività, la giurisdizione *quell'aura di rispetto* che è andata perduta.

Un diritto penale davvero minimo – 300 reati? – consente di ridurre il numero dei Giudici – e anche dei PM e degli avvocati – e quindi di curare di più la loro formazione.

Si deve cominciare dai giovani, prima, durante (soprattutto) e poi anche dopo l'Università, quando si formano i nuovi avvocati, PM e Giudici.

Oggi *la cultura è sparita prima di tutto dalle Università*: nelle facoltà di legge, ormai lunghe cinque anni, proliferano come funghi i corsi di diritto, in cui si apprendono norme e sistemi di norme, ma non nasce più quasi nient'altro.

Perché si elevi il quoziente di moralità collettiva nella società e nell'apparato della giustizia penale è però necessario un grande balzo in avanti della cultura perché *il degrado della morale si alimenta col degrado della cultura*.

Non può bastare che il Giudice superi il concorso – in cui dà prova solo di un discreto grado di padronanza tecnica dello stile e del modo di far diritto che è in voga – perché, dopo un breve tirocinio, diventi Giudice.

Il Giudice deve essere molto di più.

Nel 1991, pochi mesi prima d'essere ammazzato, Falcone scriveva che il Giudice antimafia non deve saper solo di legge, ma deve avere una cultura interdisciplinare, senza la quale non può comprendere il nemico che ha davanti⁸¹.

Nessuno lo ha ascoltato.

43.

Il Giudice come incarnazione della miglior conoscenza e della più alta giustizia del suo tempo La rivoluzione impossibile?

Nulla s'insegna ai futuri Giudici, PM, Avvocati e Professori, di quelle culture che stanno trasformando a ritmi impressionanti la vita di tutti e che per forza di cose debbono trasformare anche il diritto e il diritto penale in particolare.

⁸¹ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, cit.

Se lo studente medio iscritto a giurisprudenza forse non conosce nemmeno la differenza tra logica deduttiva e logica induttiva, di certo non sa nulla di filosofia della mente, psicologia e psicoanalisi, filosofia morale, filosofia e metodologia basilare della scienza o di linguistica o di tant'altro, non sa nulla cioè di quelle discipline, scientifiche e umanistiche, che, nelle forme d'allora, nelle antiche scuole di diritto del medioevo, il futuro giurista non poteva non imparare.

Il penalista di oggi è, *mutatis mutandis*, molto meno colto del penalista dell'*ancien régime*, il che è desolante perché se, nel medioevo e nel rinascimento, era evidente che la formazione del giurista doveva essere ampia e approfondita, non è dato capire perché oggi non sia ancora vero.

Siamo nell'era delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale, nel bel mezzo delle rivoluzioni digitali dei nuovi *media*, ma nulla o quasi – salvo mirabili eccezioni – trapela dalle nostre Università.

Quando, dopo la laurea, il giovane laureato frequenterà le Scuole di Specializzazione di Avvocato o di cosiddetta alta formazione della Magistratura, continuerà a non sapere nulla o quasi dell'Uomo, né dal punto di vista filosofico né da quello scientifico, ma non sa nulla o sa pochissimo anche della Società in cui egli stesso vive.

Siamo anche nell'era di un Capitalismo che dispiega sempre maggior prepotente potenza nella società, spesso sovrasta in sovranità reale anche lo Stato (le grandi *corporation* multinazionali sono, o possono essere, il vero Contro-Stato) e non occulta certo il proprio *lato oscuro*, che la vulgata comune rifiuta di vedere per compiacente servilismo, per comodità e ignoranza.

I nuovi volti di un potere rapace, che può distruggere vite e natura e identità umana senza quasi più regole, sfugge sistematicamente al *radar* obsoleto del diritto penale.

Lo studente di giurisprudenza non può nemmeno capirlo, però.

Il Giudice, oggi, se ha una vera e profonda cultura, se l'è fatta da solo, il sistema non si è curato minimamente di provvederlo degli strumenti del difficile mestiere di pensare e di comprendere l'uomo e la Società, perché il sistema, fondato sulla Legge e non sul Giudice, è nato in fondo con l'obiettivo di fare del Giudice solo un fedele burocrate e quindi la cultura giuridica ha cominciato a isterilirsi in pseudo-sapere tecnocratico di consistenza sempre minore.

Non è più possibile accettare che un Giudice, che decida un caso di morte o lesione o inquinamento, non sappia nulla delle scienze tecniche – l'epidemiologia, ma non solo – senza le quali il fatto gli sarà sempre incomprensibile, ma non è più nemmeno possibile accettare che un Giudice condanni al carcere – e talvolta alla morte – un tossicodipendente senza saper nulla delle scienze psicologiche e psichiatriche sulla droga.

Un Giudice non può però saper tutto e difatti non deve occuparsi di tutto.

Il futuro sistema dovrà essere fondato su un'ampia cultura di base e poi su una specializzazione culturale del Giudice e degli altri attori del processo: dovranno nascere Giudici che sappiano davvero di droga e Giudici che sappiano davvero di mercati finanziari o di scienze dell'inquinamento, di *risk assessment*.

I Giudici debbono essere selezionati tra gli uomini e le donne migliori, un po' come pensava Platone che i filosofi dovessero occuparsi di politica.

44.

La Costituzione quel Libro Sacro che parla da sé!

C'è la Costituzione?

Abbiamo la Costituzione più bella del mondo, si dice, e forse è anche vero: ma idolatrare la Costituzione come se fosse un Libro Sacro, e non solo il precipitato culturale di un particolare e irripetibile momento della nostra storia giuridica, è far torto alla stessa Costituzione.

Se è vero, ma forse no, che una buona società non ha bisogno di eroi, è certo vero che una buona e giusta società non ha bisogno di Libri Sacri che diventano solo l'oggetto di una religione laica, che però è pur sempre una religione.

La religione è quel che i suoi sacerdoti la fanno divenire.

La *Grundnorm* kelseniana è un'entità nebulosa, priva di contenuto, pura forma.

La Costituzione parla innanzitutto con la bocca dei Giudici della Corte Costituzionale ma, almeno fino ad ora, non si può dire che la Consulta abbia osato incidere in profondità nel sistema per risanare le gravi malattie del nostro diritto penale.

La Consulta in questi tempi pare essersi votata ad una leale collaborazione istituzionale col Parlamento, ma non è questa la missione che compete al Giudice delle Leggi che, in quanto tale, è anche Giudice del Parlamento.

Quel che forse è interdetto al Giudice ordinario – sindacare la legge – non lo è al Giudice delle Leggi.

La Consulta però dice che quando c'è da fare un bilanciamento di interessi, tutti protetti dalla Costituzione, spetta al Parlamento e non alla Consulta decidere quale sia il punto di equilibrio.

Ci s'inchina alla discrezionalità sovrana del Legislatore.

Che cosa fa allora la Consulta, se crede di non poter sindacare la discrezionalità del Legislatore, cioè il modo in cui quella figura mitica, che non esiste, ha composto la matassa degli interessi in conflitto?

Che cosa significa realmente che la Consulta giudica le Leggi alla stregua della Costituzione?

Perché la Consulta crede di non poter decidere se il fatto della diffamazione deve essere punito col carcere⁸²?

Perché onore del diffamato e libertà personale del diffamatore sono diritti in conflitto e non tocca alla Consulta – ma bensì al Parlamento sovrano – deciderne il delicato equilibrio?

Ogni questione di legittimità costituzionale rimessa alla Consulta cela sempre un conflitto tra opposti diritti e interessi, in qualche modo tutti fondati sulla Costituzione, *la Costituzione non dice mai dove sia il punto di equilibrio e di giusto bilanciamento*, che infatti muta col tempo e con la cultura, e muta soprattutto da Giudice a Giudice.

La Consulta *crea* la Costituzione con le sue sentenze, perché sempre, quando decide, risolve conflitti tra diritti e interessi confliggenti e lo fa alla luce di *sistemi di valore* che sono inevitabilmente contaminati da soggettività morale e, quindi, dal grado di cultura e dalla visione del mondo dei Giudici che danno vita alla Costituzione.

Il Giudice Costituzionale deve impersonare una Giustizia.

Perché la disumanità del carcere è stata denunciata dalla Corte Europea di Strasburgo e non dalla Corte Costituzionale di Roma?

È una domanda che non ha risposta.

Perché i familiari di un giovane suicida detenuto in carcere in attesa di giudizio sono dovuti andare fino a Strasburgo per far valere il diritto alla vita del loro caro e ottenere dalla CEDU, e non dalla Consulta, il riconoscimento che lo Stato italiano poteva e doveva prevenire la morte di quell'uomo⁸³?

La Costituzione e la Corte Costituzionale non hanno impedito lo sfascio morale del sistema.

⁸² Il riferimento è alla recente ordinanza n. 132 del 2020, con la quale la Corte Costituzionale ha rinviato di un anno la decisione sulla questione di costituzionalità costituzionale della pena detentiva prevista in caso di diffamazione a mezzo stampa, sollevate dai Tribunali di Salerno e di Bari –con ordinanze emesse, rispettivamente, il 9 e il 16 aprile 2019 –, invitando il Parlamento a intervenire nel frattempo a disciplinare in via legislativa la materia (cfr. Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132).

⁸³ C. EDU, sez. IV, sentenza 4 giugno 2020, n. 50988/13.

45. Cenni all'affare Cappato

Si faccia l'ipotesi che accada qui ed ora un altro caso Cappato.

Il meritorio attivista, dopo la sentenza della Consulta e l'inerzia del Parlamento sulla materia del suicidio assistito, che cosa farà per aiutare l'uomo che voglia porre fine con dignità alla sua vita che ormai è solo crescente intollerabile dolore senza alcuna speranza di guarigione?

Se fa quel che la Consulta ha stabilito⁸⁴, perché non vuole essere punito a norma dell'art. 579 c.p., si deve rivolgere a un Ospedale Pubblico e poi al Comitato Etico di quell'Ospedale perché così ha statuito il Giudice delle Leggi: è chiaro a chiunque che con questo singolare *decisum* la Corte ha inventato, non solo creato, un diritto che non solo non c'era, ma che è anche un cattivo diritto, come è cattivo ogni diritto di fatto inapplicabile, o applicabile solo in modo non conforme a giustizia umana.

Cappato o chi per lui rivolgerà un'istanza al Comitato Etico dell'Ospedale in nome e per conto del morituro o vi provvederà egli stesso?

Che cosa può sapere un Comitato Etico della sofferenza di un uomo condannato ormai solo a soffrire sempre di più, senza più futuro, visto che *nessuno può dire di saperlo davvero*, a meno che si trovi in quella disperata situazione (il che è impossibile)?

Nessuno può davvero pensare di sapere che cosa si provi in quella tragica condizione ormai non più umana.

Proprio qui, in questa impossibile identificazione con uno stadio estremo e indicibile della condizione umana, sta *l'iniquità profonda* di ogni meccanismo burocratico di sindacato sulla volontà dell'uomo che chiede aiuto.

Il Comitato Etico magari deciderà che, in fondo, le sofferenze di quell'uomo non sono così insopportabili come l'uomo dice e *così lo umilierà una volta di più*, rigettando la sua istanza, o forse stabilirà che esiste qualche vaga *chances* di sopravvivenza o di parzialissima guarigione, che quell'uomo invece non vuole più, perché vi vede un'illusione ch'egli non vuol più avere, perché vi vede solo l'atroce protrarsi di una vita indegna.

Il peggio è, però, che forse nessuno nell'Ospedale Pubblico prenderà in carico una tragedia così scottante, e, con ogni probabilità, il Comitato Etico, se esiste – di certo ce ne sono pochi –, rifiuterà di occuparsene.

Chi glielo fa fare di prendersi in carico un problema così? Ricuserà la competenza. Oppure prenderà tempo. Rinvierà. Così è la burocrazia. O deciderà. Come? A maggioranza o all'unanimità? Basterà il dissenso di uno solo, magari motivato da

⁸⁴ Corte Cost., n. 242 del 22 novembre 2019.

qualche riserva di coscienza, della *sua* coscienza e non della coscienza dell'uomo che chiede di morire? Che cosa c'entra, però, la coscienza della persona, di quell'unica, che sta nel Comitato Etico e che dice «no» con l'uomo o la donna che chiede di morire?

46.

A quale etica s'è ispirata la Consulta?

All'etica della Costituzione? Quale è questa etica?

E il Comitato Etico a quale etica ispirerà le sue decisioni??

Il girone infernale della burocrazia, la vita umana derelitta a scartoffia burocratica.

L'uomo che vuole solo un aiuto per morire potrebbe dire «no, io non voglio diventare una pratica burocratica solo per alleggerire la coscienza di tutti».

Il nuovo Cappato allora organizzerà il viaggio del dolore verso la vicina Confederazione Elvetica.

Un PM italiano, però, a quel punto, forse non solo potrà ma dovrà esercitare l'azione penale per aiuto al suicidio perché, pur sussistendo le condizioni sostanziali indicate dalla Corte, *non si sono verificate le condizioni burocratiche formali* che la stessa Corte ha puntigliosamente precisato.

Quid iuris?

Il fatto è o non è scriminato?

A rigore, no, il fatto, quel fatto, costituirà ancora il delitto di aiuto al suicidio.

A che è servita in fondo allora questa sentenza?

Bisogna proteggere i più deboli? Che cosa vuol dire, al di là del suono comodo e tranquillizzante di queste parole? Chi è più debole dell'uomo che chiede di essere aiutato a morire perché non può fare nemmeno questo? Proteggerlo da chi? Da se stesso? Chi ha titolo per sapere che cosa vuol dire proteggere un uomo o una donna in quelle condizioni?

Siamo solo noi che vogliamo proteggere noi stessi perché non abbiamo abbastanza coraggio di sopportare il peso dell'atto di amore e di compassione che Cappato ha avuto il coraggio di mettere in atto.

C'è bisogno ovunque, in qualunque ramo della giurisdizione, di Giudici sempre più colti nel più alto significato della parola, possibilmente meno tecnocrati, meno trepidi e tiepidi moralmente, forse anche meno imparziali e distaccati, più sensibili all'intuizione morale della condizione umana per averla sentita dentro di sé, capaci del

coraggio della giustizia e non solo troppo timorosi d'essere criticati da qualcuno e voler quindi trovare l'impossibile quadra di un dilemma che non ha una soluzione buona per tutti, e che quindi deve avere l'unica soluzione che l'uomo o la donna ha chiesto per sé.

Se non si parte da qui non si arriva da nessuna parte.

BILANCI PROVVISORI

47.

Decresce la violenza e cresce la passione del punire

Proviamo un primo bilancio.

Nella società diminuisce la violenza – il tasso di omicidi volontari è sceso all'0.6 per 100.000 abitanti⁸⁵ e non è mai stato così basso in tutta la storia dell'umanità, ma il *trend* di decrescita vale per quasi tutti i delitti comuni – ma il numero dei detenuti cresce apparentemente senza sosta e senza una chiara ragione.

La più grande democrazia liberale del mondo – gli USA – detiene anche il *record* mondiale del tasso d'incarcerazione, nonché del numero assoluto di carcerati, e supera – e non di poco – la Russia e la Cina, che non sono democrazie liberali.

I detenuti sono quasi tutti di etnia e classe sociale facilmente identificata.

In Italia accade lo stesso, sebbene (ancora?) su scala minore.

In carcere certo ci stanno anche gli omicidi dolosi e i colpevoli, o presunti tali, di lesioni dolose, violenze sessuali, sequestri di persona, maltrattamenti in famiglia. Non sono ancora spariti, sebbene non siano più nemmeno la maggior parte dei delitti per cui oggi chi infrange il diritto penale sta in carcere.

Per lo più i detenuti anche per quei delitti sono miserabili, i soliti noti.

La passione di punire appassiona di più e cresce inesorabile, si soddisfa con velocità encomiabile quando alla sbarra *c'è il debole che non si difende* e, infatti, in 10 anni le condanne più severe sono aumentate di oltre il 50% e quelle più lievi sono diminuite del 30%, malgrado, come più volte ricordato, i delitti tendano costantemente a diminuire⁸⁶.

Perché accade?

Non c'è una risposta pronta e facile ma questa non è una buona ragione per non porre la domanda.

⁸⁵ ISTAT, *Le vittime di omicidio. Anno 2018*, 5 marzo 2020.

⁸⁶ Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione*, cit., sezione "Le pene si fanno più severe e la popolazione detenuta invecchia".

Oppure sempre trionfa

«*il piacere di far violenza*: piacere che come tale risulta apprezzato in misura tanto più alta quanto più bassa e umile è la condizione del creditore nell'ordinamento della società, e che può facilmente apparirgli come un boccone prelibato, anzi come pregustazione di un rango più alto»^{87?}

48.

La passione, però, diminuisce assai quando alla sbarra c'è il potente

Il sistema penale è profondamente iniquo.

Dobbiamo rimediare e sgravare la schiena di quelli cui la vita già grava fin troppo – i deboli – e vigilare con reale serietà ed efficienza su chi dalla società riceve i benefici maggiori – i potenti.

I potenti di oggi si lamentano per l'eccessivo carico del diritto penale, ma è tutta solo ipocrisia, o meglio è solo il gioco delle parti.

Il potente è, per definizione, più libero e *quindi deve essere considerato più colpevole del debole* che, come abbiamo rilevato dapprincipio, nella stragrande maggioranza dei casi non ha nemmeno finito la scuola dell'obbligo.

Il diritto penale deve ancora cominciare a fare i conti coi delitti dei potenti e, non essendo attrezzato per questo difficile compito, la scarsa cultura nelle materie in cui invece la cultura è decisiva per ben giudicare, agevola il processo di decadimento morale in corso che ha anche altre cause concomitanti – la burocratizzazione del ceto *in primis*⁸⁸.

Il Codice Rocco deve andare in pensione, ma non è affatto necessitato che debba succedergli un nuovo unico Codice Penale.

La separazione tra una parte generale – valida per tutti i reati – e una parte speciale – col catalogo dei reati – è iniziata nel XVI secolo con i lavori pionieristici di Tiberio Deciani e, nei secoli dopo, il processo di codicizzazione del diritto penale è stata un'opzione metodologica dettata *dall'ideologia della certezza* di cui il Capitalismo era portatore.

Ora l'ideologia deperisce anche perché l'idea che il linguaggio possa incapsulare in poche proposizioni l'inesauribile magma della realtà umana si è rivelata una illusione di una linguistica primitiva.

⁸⁷ F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, Adelphi, 2017, p. 53.

⁸⁸ E. Pazé, *Anche i ricchi rubano*, Edizioni Gruppo Abele, 2020.

L'esito è stato solo il feticismo della parola della Legge, dietro cui c'è il vuoto, o meglio la volontà del Giudice.

Dobbiamo entrare nell'era del *post* Codice Penale e invece abbiamo codificato il principio della riserva del Codice!

Non è detto affatto che servano una parte generale e una parte speciale.

Che il dolo del tossicodipendente sia la stessa cosa del dolo del datore di lavoro o dell'omicida passionale o del *boss* mafioso è davvero una bislacca opinione, e ancor più lo è l'opinione che la colpa del medico sia la stessa cosa della colpa del datore di lavoro o del pirata della strada.

Un diritto penale della droga è tutt'affatto differente da un diritto penale dell'impresa capitalista, ma anche il diritto penale dell'impresa capitalista che gestisce servizi finanziari è tutt'altra cosa dal diritto penale dell'impresa Capitalista produttiva di beni.

49.

L'urgenza della disciplina del Capitalismo

Il Capitalismo contemporaneo è, per ideologia divenuta, quasi religione nella Società, sempre più insofferente a lacci e lacciuoli, cioè alle norme che ne disciplinino l'attività volgendola al bene comune.

Non dovremmo più accettarlo.

Un nucleo chiaro e potente di norme capaci di regolare, in singole aree, il sempre più rampante e sregolato Capitalismo del nostro tempo, Mafia inclusa – perché anche essa è un prodotto del Capitalismo (anzi ne è una versione allo stato puro) – gioverebbe anche a quella parte di Capitalismo, che pure esiste, e sarebbe disponibile davvero, e non solo a parole, ad accettare le regole di uno Stato davvero liberale e democratico se questo Stato sapesse fare quel che deve.

Non è affatto scontato che al centro di questo nuovo diritto, che ancora non c'è, debba esserci ancora il carcere, odioso e arcaico strumento nato agli albori della Società capitalista per gravare sui poveri e sui derelitti che non potevano essere utilizzati dal Capitale.

L'arsenale delle possibili sanzioni è assai più ricco e lo sappiamo assai bene.

Il potente è sensibile quando lo si tocchi nel portafoglio e nella sua reputazione sociale: ci sono modi per ottenere effetti deterrenti reali senza necessità di fingere di minacciarli il carcere che già si sa che il potente riuscirà sempre a scampare.

Se il carcere non funziona per i potenti, inventiamoci qualcosa d'altro che funzioni davvero.

Ci vuole molto tempo, ma forse si può cominciare subito.

50. Quando il gioco è ignobile

Talvolta, però, il gioco è davvero ignobile e andrebbe smascherato subito.

Al 30 aprile 2019, c'erano 55 bambini di meno di 3 anni d'età che vivevano in carcere con le loro madri, 51 donne di cui 31 straniere e 20 italiane⁸⁹, alle quali non è stata concessa la possibilità di accedere alle misure alternative dedicate proprio alle madri detenute.

A metà 2018 le madri con i bambini in carcere erano 70⁹⁰.

La psicologia scientifica contemporanea possiede le prove che i primi tre anni di vita sono decisivi per il futuro sviluppo intellettuale ed emotivo del bambino⁹¹.

Tra vent'anni, forse, un altro Giudice, o lo stesso che negò alla madre la misura alternativa alla detenzione, punirà il figlio perché questi era colpevole e imputabile quando commise un delitto.

Quel figlio di buona donna, educato in carcere, era libero, o non troppo, di scegliere?

È necessaria la risonanza magnetica funzionale per arrivare ad una buona e umana risposta?

Una società davvero forte non ha paura di essere giusta, anche se essere giusti significa andare contro il forte che causa danni a tutti e guardare con più comprensione il debole che è *sempre* meno colpevole.

Il diritto penale che è debole è l'espressione di una società debole che quindi infierisce sul debole, lasciando che il forte spadroneggi.

Non è (tutta) colpa del Giudice, che condanna con straordinaria velocità l'indifeso e condanna poco, e pressoché mai al carcere, colui che, invece, è sin troppo difeso.

⁸⁹ Si vedano i dati riportati nella sezione statistica del Ministero della Giustizia.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ P.L. Harris, C.N. Johnson, D. Hutton, G. Andrews, T. Cooke, *Young Children's Theory of Mind and Emotion, in Cognition and Emotion*, 3, 1989, pp. 379 ss.; S. Quattrocchi Montanaro, *Comprendere i bambini. Sviluppo ed educazione nei primi tre anni di vita*, Di Renzo Editore, 2006; E. Brunati, *Lo sviluppo neuropsichico nei primi tre anni di vita: strategie di osservazione e di intervento*, Armando Editore, 1996.

La colpa è di tutti noi e della indifferenza morale con la quale parliamo di diritto penale o, forse, semplicemente *non potremmo parlare* di diritto penale senz'anche una qualche forma di indifferenza o di cinismo morale.