

Ottobre 2020

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
10/2020

Un progetto di Luca Santa Maria

EDITORE

Diritto Penale e Condizione Umana

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO EDITORIALE

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

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Aimi, Giuseppe Amarelli, Stefania Amato, Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Elio Romano Belfiore, Filippo Bellagamba, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Costanza Bernasconi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Patrizia Catellani, Stefania Carnevali, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Claudio Dalpiaz, Giulio De Simone, Paolo Della Sala, Patrizia Di Fulvio, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Giandomenico Dodaro, Tommaso A. Dragani, Paola Felicioni, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Giovanni Flora, Desiree Fondaroli, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Bruno Giordano, Fausto Giunta, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Carl L. Hart, Marco Iacoboni, Gaetano Insolera, Marina Lalatta Costerbossa, Silvia Larizza, Isabella Leoncini, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Letizia Mancini, Gianfranco Martiello, Franco Martelli, Carlo Melzi d'Eril, Enrico Mezzetti, Dario Micheletti, Lorenzo Milazzo, Marco Miletta, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Caterina Paonessa, Lorenzo Pasculli, Baldassarre Pastore, Stefania Pellegrini, Davide Petrini, Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, Nicola Pisani, Luca Pistorelli, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Risicato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Alessandra Sanna, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Domenico Siciliano, Piergiorgio Strata, Mario Tantalo, Persio Tincani, Valeria Torre, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Giulio Enea Vigevani, Tiziana Vitarelli, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

COMITATO DEI CONSULENTI

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

REDAZIONE

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



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

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

ISSN 2704-6516

Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo (DPU) – Criminal Law and Human Condition.

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



Conversazione

1 RIFLESSIONI SU DROGHE E ANTIPROIBIZIONISMO (OVVERO: NON SEMPRE IL SILENZIO È D'ORO)

Intervista a Persio Tincani

Susanna Arcieri, Persio Tincani

Riflessione

21 ORIGINE E GIUSTIFICAZIONE DELLA PENA DELL'ERGASTOLO

Fabrizio Cosentino

Conversazione

11 IL LINGUAGGIO DEL DIRITTO NELLA SOCIETÀ DELL'IMMAGINE – PT. 3

*Logos e mythos: immagine e
parole nelle aule giudiziarie*Alessandro Rudelli, Chiara Simonigh,
Paolo Heritier*Opinione*

32 INTERVISTA A MARCO IACOBONI – PT. 2

*Neuroni specchio, empatia
e altruismo*Susanna Arcieri, Giovanna Baer,
Matteo Vizzardi, Marco Iacoboni*Riflessione*

14 FIBRA ASSASSINA, UNA SILENZIOSA STRAGE DI STATO RIMASTA IMPUNITA ANCORA OGGI

*La favola del diritto penale a
guardia della vita, della salute
e della sicurezza del lavoratore*

Luca Santa Maria

Riflessione

36 LA LEZIONE DI MAX WEBER

Francesco Provinciali

Riflessione

60 IL MERCATO ILLEGALE DEI FARMACI

*La necessità di strumenti di
contrasto sovranazionali*

Alessandro Brigatti

Conversazione

39 IL PAPA DALLA PARTE DEGLI ULTIMI

*Il delitto e il perdono. Al di
là della retribuzione?*

Redazione

Riflessione

44 LA PENNA E LA FORCA. INTRODUZIONE

Antonio Salvati

Riflessione

48 I DECRETI “SICUREZZA”, L’IMMOBILISMO DEL PARLAMENTO, LA SUPPLENZA DEL GIUDICE

Maria Rosaria Donnarumma

76 NEUROSCIENZE COGNITIVE, AFFETTIVE E SOCIALI

*Ambiti di studio, ricerca
e applicazione nel contesto penale.
Una conversazione (a distanza)
con Michela Balconi*

Raffaele Bianchetti, Michela Balconi

Articolo

88 SUL CONCETTO DI “VULNERABILITÀ” SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA UE

*La “vulnerabilità”, e la sua
polisemia, in ambito sociale,
economico ed ambientale
nelle decisioni della CGUE*

Anna De Giuli

Riflessione

107 LE NUOVE REGOLE PENITENZIARIE DEL CONSIGLIO D'EUROPA

*Aspetti teorici e limiti pratici
di applicabilità*

Enrica Valente Sardina

*Conversazione**Riflessione*

124 AMIANTO/2: GIUDICI POCO CORAGGIOSI E UN ASSURDO DIRITTO ALL'OBLIO

Luca Santa Maria

148 IL LINGUAGGIO DEL DIRITTO NELLA SOCIETÀ DELL'IMMAGINE – PT. 4

*Giudicare tra "fermo-immagine"
e "immagine-flusso"*

Alessandro Rudelli, Chiara Simonigh,
Paolo Heritier

*Riflessione**Riflessione*

131 L'OBIEZIONE DI COSCIENZA DEL PERSONALE SANITARIO

*Interruzione volontaria
della gravidanza: Italia
e Svezia a confronto*

Alessia Strigini

152 NEUROSCIENZE E DIRITTO

*Intersezioni complesse
e nuove prospettive*

Giacomo Rizzolatti

Riflessione

158 **PERCEZIONE DEL
RISCHIO
E ATTRIBUZIONE
DI RESPONSABILITÀ**

*«Perché l'avvelenamento da
amianto è considerato più
spaventoso del fuoco?».*

*Gli studi dell'antropologa
Mary Douglas*

Susanna Arcieri

Fonte storica

175 **LA SELEZIONE TECNICA
DEI GIUDICI**

Bruno Meneghello

Conversazione

— Riflessioni su droghe e antiproibizionismo (ovvero: non sempre il silenzio è d'oro)

Intervista a Persio Tincani

*Reflections on drugs and antiprohibitionism (that is: silence isn't always golden)**Interview with Persio Tincani**di Susanna Arcieri, Persio Tincani*

Buongiorno Professore: nel suo libro [Perché l'antiproibizionismo è logico \(e morale\). Filosofia, diritto e libertà individuali](#) (Sironi Editore, 2012), Lei scrive che le leggi sulla droga, per quanto formalmente legittime, non sono legittime dal punto di vista morale. Può illustrarci meglio il suo punto di vista in proposito? In che senso possiamo fare una distinzione tra legittimità formale e morale?

Intendo dire che, dal punto di vista prettamente formale (al netto delle varie questioni di legittimità costituzionale che sono state sollevate negli anni con riguardo a singole disposizioni o a loro parti), le leggi in materia di droga sono a mio avviso legittime. È piuttosto la loro la legittimità sotto il profilo morale che io metto in discussione. In particolare, queste norme sono moralmente illegittime in quanto violano il fondamentale principio del danno, secondo il quale – per dirlo in poche parole – un'azione è illegittima se suscettibile di produrre un danno in capo ad altri. Un sistema giuridico può essere definito "liberale" solo se rispetta il principio del danno, e questo non avviene nel caso delle leggi sulla droga, perché proibiscono (direttamente o indirettamente) condotte che hanno effetti solo sulle persone che le pongono in essere. Ovviamente, quindi, definisco queste leggi moralmente illegittime da una prospettiva liberale.

A proposito di danno, nel suo libro sostiene inoltre che uno degli ostacoli a una riforma delle leggi antidroga risiede nella generale disinformazione, da parte del pubblico, in ordine ai reali effetti nocivi per la salute prodotti dalle singole sostanze.

Da cosa dipende questa disinformazione, secondo lei? E quali i possibili "antidoti" alla disinformazione, sia per gli adulti sia per gli adolescenti?

La disinformazione dipende in massima parte da una prospettiva morale che il legislatore si è dato. Vale a dire una prospettiva orientata ad allontanare quanto più possibile le persone dalle droghe, spaventandole.

Ricordo che quando ero ragazzo era molto frequente che a scuola venisse invitato il cosiddetto "esperto". L'esperto entrava in aula per tenere agli studenti una lezione sulla droga. La prima cosa che ci diceva era che la *cannabis*, l'*hashish*, ecc., danneggiano gravemente le cellule cerebrali. Sostanzialmente ci raccontava che, se una persona fa uso di *cannabis*, rischia di subire danni neurologici, di "bruciarsi il cervello".

Ricordo che, da ragazzino, non ho mai creduto a queste cose, nemmeno per un momento. Non perché fossi pratico dell'argomento, anzi: ero uno dei pochi della mia classe che non faceva uso di *cannabis*, e anche adesso, per quel che mi importa, potrebbero anche smettere tutti di coltivarla. Mi rendevo conto però del fatto che molti dei migliori tra i miei compagni di classe facevano abitualmente uso di *cannabis*. Per cui, pur non avendo alcuna conoscenza diretta del fenomeno e dei suoi effetti, guardandomi intorno constatavo che le cose non sembravano affatto essere come l'esperto ci raccontava: tanti di quelli che prendevano i voti più alti fumavano, ma l'esperto ci diceva che la *cannabis* produce quasi subito dei danni pesanti e irreversibili al cervello. Inoltre, nel parlarci dei danni prodotti dalla *cannabis*, l'esperto non citava mai alcuna fonte, ricerche o studi che fossero, a supporto delle proprie affermazioni. Il che è perfettamente ovvio, dal momento che, semplicemente, all'epoca (erano gli anni '80) non esisteva nulla del genere: i primi studi scientifici che mostrano effetti sulle cellule cerebrali della marijuana, infatti, sono molto successivi a quel periodo.

Così, l'esperto (gli esperti) hanno subito perso ogni credibilità ai miei occhi da studente, qualunque cosa ci dicessero. Soprattutto nella prospettiva di un ragazzo giovane, se la prima cosa che una persona dice è una bugia, ecco che quella persona viene immediatamente etichettata come "bugiardo". Non credevo più a nulla di ciò che gli esperti ci raccontavano, e come me molti altri compagni di classe, neppure laddove, invece, avremmo dovuto dar loro ascolto. Ad esempio, non li prendevo sul serio quando ci spiegavano (e questo è vero!) che il consumo di cocaina è molto pericoloso, in quanto può causare improvvisamente, anche a fronte di dosi modeste, un infarto del miocardio.

Ricordo che una volta, durante le scuole medie, incontrammo un esperto in qualche modo "diverso" dagli altri. Era un medico dell'ospedale della Spezia, esperto di sostanze stupefacenti. Esordì dicendo che non dovevamo pensare che la droga fosse "il diavolo", che non è vero che se avessimo provato ad assumere una qualunque sostanza una volta ne saremmo subito diventati dipendenti; tuttavia, allo stesso tempo ci ha informato anche dei pericoli derivanti dal consumo di sostanze, il tutto secondo un linguaggio adatto ai ragazzini di quell'età.

L'indomani, un gruppo di mamme si è presentato a scuola per protestare, sono usciti articoli sui giornali, e quel medico non è più stato invitato.

Quel che voglio dire, attraverso questi aneddoti, è che secondo la nostra cultura un esperto che non dica che «la droga uccide», non ha il permesso di dire nulla. Il problema è che questi “esperti” parlano a persone – gli studenti – che con buona probabilità fanno uso di droghe, o quantomeno (come era il mio caso) conoscono diverse persone ne fanno uso. I giovani sanno perfettamente che non tutti coloro che assumono droghe diventano imbecilli. Informare in questo modo per spaventare non funziona, specie – ripeto – quando si ha a che fare con gli adolescenti.

Un altro tema interessante sul quale prende posizione è quello del rapporto tra droghe e aumento dei tassi di violenza. Anche a tal proposito, sostiene che vi sia un grave problema di informazione, e che addirittura vengano talora diffusi «dati statistici falsi». A suo avviso, il motivo per cui vengono veicolate informazioni del genere è lo stesso? Lo scopo è sempre “spaventare”?

Io credo che in questo caso l'intento sia più che altro quello di “demonizzare”. È il modo perfetto per creare un nemico, che è una cosa molto utile per la stabilità dell'ordine politico. Si pensi a Carl Schmitt, che addirittura riconduceva la stessa esistenza del “politico” alla creazione della dicotomia *amicus-hostis* (tra tutti, si può guardare la sua ormai classica raccolta di saggi sull'argomento *Le categorie del politico*, pubblicata dal Mulino per la prima volta negli anni Ottanta)

Nella parte finale del mio libro, cito un autore, Thomas Szasz, il quale scrisse, nel suo libro [Our Right to Drugs](#) (Praeger, 2002), che la droga è il capro espiatorio perfetto. Questo perché è qualcosa che addirittura non esiste: infatti, “la droga” in sé non esiste, esistono semmai tante sostanze, anche profondamente differenti tra di loro. “La droga” è come il male: esistono tante azioni negative, ma non il male puro. Il male non lo vediamo, vediamo solo azioni cattive. Sotto questo profilo, con la droga il gioco funziona perfettamente, è un capro espiatorio meraviglioso.

Ad esempio, si sente spesso dire che, fra i criminali violenti, la maggior parte fa uso di eroina. Non ci viene però detto se queste persone fanno anche uso di tabacco, perché sappiamo tutti che la nicotina non ci rende aggressivi. Della “droga”, invece, diamo per scontato che sia così, quando semplicemente non è vero, almeno non è vero per tutte le sostanze proibite. Tra l'altro, solo per inciso, al giorno d'oggi si parla molto di eroina, ma se c'è una persona tranquilla al mondo è, quella il tossico che si è appena fatto una dose di eroina, che – ricordiamocelo – è un narcotico. Se parlassimo di cocaina, sarebbe già diverso. O di alcol, del quale però non parliamo se non quando si tratta di incidenti stradali.

Il problema è che si tende a mettere tutto sullo stesso piano, si parla di “droga” senza fare gli opportuni distinguo, e questo genera incomprensioni, confusione e paure ingiustificate. Tuttavia, come dicevo, credo che lo scopo in questo caso sia non tanto quello di “spaventare”, quanto quello di creare un capro espiatorio. Molto remunerativo, tra l'altro; ancora Tom Szasz, nel suo libro, lo spiega molto bene: «l'antidroga coincide con lo Stato».

Ora, io non voglio essere pessimista. L'antidroga, nel senso più ampio del termine, è senz'altro una buona cosa, non voglio dire che sia solo un *business*, però è senza dubbio un qualcosa attorno a cui girano molti soldi e che dà lavoro a molte persone. Persone che, spesso, sono in assoluta buona fede e fanno del bene alla nostra società. Tuttavia la cronaca, anche giudiziaria, ci parla talvolta di personaggi ambigui, che cavalcano la paura collettiva in materia di droghe e si presentano al pubblico come "guaritori", promettendo miracoli e truffando le persone. Parlando in generale, la stampa e le televisioni, in passato come adesso, ci presentano chiunque sia un personaggio in vista nell'antidroga come una figura specchiata, ma non è raro che la cronaca giudiziaria ne restituisca un'immagine molto diversa. Si pensi per esempio al caso di Vincenzo Muccioli, l'ex direttore della comunità di San Patrignano, che è stato condannato per favoreggiamento in omicidio, e per di più la vittima era una persona affidata alle cure della sua comunità; oppure a don Pierino Gelmini, fondatore della comunità Incontro, che aveva nella sua fedina penale una condanna a quattro anni e sette mesi di reclusione per truffa e che al momento della sua morte era imputato di reati molto gravi, tra i quali lo stupro, ai danni di ospiti della sua comunità. Colpevole o innocente che fosse, è obbligatorio qui sospendere il giudizio, di questa faccenda si parlò molto poco.

C'è però anche qualcosa di vero? In altre parole, come stanno realmente le cose, con riguardo al binomio droghe-violenza, anche e soprattutto dal punto di vista scientifico?

. Naturalmente, ci sono casi in cui il consumo di sostanze stupefacenti si associa a comportamenti aggressivi. Nel libro riporto un caso, noto come "il delitto del Canaro", nel quale era coinvolto un signore di Roma, Pietro De Negri (detto appunto "il Canaro"), un cocainomane che alla fine degli anni '80 torturò e uccise barbaramente un'altra persona, sotto l'effetto della cocaina¹. Durante il processo, il Canaro confessò l'omicidio e disse anche di aver assunto volontariamente la sostanza perché era consapevole del fatto che, altrimenti, non sarebbe riuscito portare a termine il suo progetto criminoso, perché temeva che non avrebbe avuto la necessaria determinazione a compiere tutte quelle crudeltà. E non voglio dire che non manchino altri esempi del genere, ma si tratta di casi davvero sporadici che sarebbe sbagliato prendere per la normalità o per il paradigma.

È senz'altro vero che possa esserci un legame tra droghe e violenza, ma andiamo a vedere quanti sono i casi di questo tipo: come ricordo nel libro, mentre lo stavo scrivendo nella lista dei ricercati più pericolosi dell'FBI, c'era un solo narcotrafficante, gli altri erano perlopiù terroristi che agivano per motivi di "intossicazione" religiosa, per usare una terminologia cara a Dan Dennett². Le persone religiose, anche molto religiose, nel mondo sono miliardi. Bin Laden o Eric Rudolph (l'antiabortista americano autore di decine di attentati dinamitardi, tra i quali il fallito attentato dello stadio di Atlanta durante la cerimonia inaugurale delle olimpiadi, dove aveva minato l'intero stadio per causare una strage) hanno messo delle bombe e hanno ammazzato tante persone per esclusivi motivi religiosi, ma questa non è assolutamente una ragione per mettere la religione fuorilegge e per impedire a mia madre di andare in chiesa domenica prossima. Però il Canaro e il mostro del Circeo sembrano buone ragioni per proibire a tutti di usare cocaina. Non mi pare un ragionamento molto robusto.

¹ C. Lucarelli, M. Picozzi, *La Nera. Storia fotografica di grandi delitti italiani dal 1946 ad oggi*, Mondadori, 2006.

² D.C. Dennett, *Rompere l'incantesimo*, Raffaello Cortina Editore, 2007.

Uno dei più famosi sostenitori dell'antiproibizionismo negli Stati Uniti, un docente universitario di diritto penale (repubblicano) Robert Hardaway, ha scritto un libro che si intitola *No Price Too High* (Praeger, 2003), in cui mette a confronto i dati delle statistiche reali con quelli riportati dai giornali. Mostra che, secondo i dati reali, il 98% degli stupri sono commessi da persone per le quali non c'era il minimo sospetto che durante il delitto fossero sotto l'effetto di stupefacenti. Sono dati impressionanti. Tra l'altro non è raro che negli Usa gli attacchi più radicali al proibizionismo provengano da destra. Negli anni Novanta, Dick Eldredge, grande finanziatore di Reagan, pubblica un libro dal titolo *Ending the War On Drugs* (Bridge Works, 1998), dove dichiara direttamente nel sottotitolo che questa è «la soluzione per l'America».

Quale potrebbe essere un possibile "antidoto" alla disinformazione, sia per gli adulti sia per gli adolescenti?

L'unica strada percorribile è quella di fare dell'informazione corretta, come accade ad esempio in Olanda. Lì è facilissimo trovare e acquistare la marijuana, eppure solo il 2% degli adolescenti olandesi ne fa uso. In Italia siamo invece a circa un quarto del totale, quindi il 25% dei giovani.

Perché questa differenza? In Olanda si è scelto di investire risorse importanti in politiche di informazione e sensibilizzazione nelle scuole, e il risultato si vede. Di tutti i ragazzi che provano a fare uso di marijuana – che magari sono molti più dei loro coetanei italiani –, solo il 2% di loro diventa consumatore stabile. Ciò dimostra anche che la politica del terrore, ossia la nostra, non serve al suo scopo: questa strategia infatti, specie quando si parla di adolescenti, in realtà non spaventa nessuno, semmai produce l'effetto contrario. Che è quello di cui parlavo prima, ossia che, a fronte della prima informazione falsa ricevuta, l'adolescente finisce col non credere più a nulla circa i danni provocati dalle droghe, anche quando invece dovrebbe farlo (e dovrebbe effettivamente spaventarsi).

A questo punto, verrebbe spontaneo chiedersi: come siamo arrivati a questo? Come è possibile, cioè, che nonostante il consumo di droghe accompagni la storia dell'uomo fin dalla preistoria, si sia col tempo instaurata una cultura tale per cui, oggi, le norme proibizionistiche sono considerate quasi intoccabili, indiscutibili (almeno nel nostro paese)?

Sono successe tante cose in mezzo. La mia idea di fondo è questa: con riguardo alla regolamentazione delle droghe, quel che abbiamo fatto non è stato tanto *proibire* le droghe, quanto tracciare un confine. Un confine normativo, tra droghe lecite e droghe illecite. Questo confine, però, non trova alcun equivalente nella pericolosità delle singole sostanze e nei relativi effetti.

Se prendiamo ad esempio il fumo – da quando abbiamo iniziato a parlare, sono già alla mia seconda sigaretta – e confrontiamo i dati sulla mortalità da fumo di sigaretta con quelli derivanti dal consumo di sostanze illegali, così come presentati dal Ministero della salute, scopriremo che, in un anno, le sigarette uccidono quaranta volte di più rispetto alle droghe proibite. Parlo di percentuali di decessi sulla popolazione dei consumatori. In termini assoluti, invece, sono circa 500 le persone che in un anno muoiono direttamente a causa della droga. Stiamo parlando quindi di cifre molto basse. Leggere la notizia che in Italia le overdose da eroina (una singola sostanza tra tutte) sono aumentate del 15 o del

20 per cento nell'ultimo anno può impressionare, ma davvero facendo due conti ci potremmo accorgere che stiamo parlando di poche unità in termini assoluti.

Nel corso della storia, alcune sostanze sono state bandite perché sono state etichettate come associate "al nemico" (così è accaduto negli Stati Uniti con l'LSD, per esempio, che era la droga degli *hippy* che mettevano in discussione la cultura del lavoro del "sogno americano"), mentre altre, che per ragioni culturali hanno sempre fatto parte delle nostre tradizioni, sono state sempre considerate lecite, fino addirittura a incoraggiare il consumo (pensiamo al culto del vino in Italia o in Francia, per esempio). Oltre alla cultura, però, sono anche le motivazioni politiche a incidere sul punto esatto in cui abbiamo tracciato il confine tra lecito e illecito.

Un confine che, una volta fissato, non può più essere messo in discussione.

Perché non può più essere messo in discussione? Perché, secondo Lei, è così difficile intavolare un dibattito serio, onesto e (soprattutto) scientificamente fondato, per discutere gli argomenti a favore e contro una eventuale politica antiproibizionista riguardo agli stupefacenti?

Guardi, le racconto un aneddoto a questo proposito. Lo scorso maggio, ho invitato a Bergamo Mike Vitiello, un penalista americano piuttosto noto, professore presso la University of the Pacific, McGeorge School of Law, dove attualmente detiene la cattedra del corso di *Marijuana Law* ed è autore, tra l'altro, di un volume che si intitola *Cases and Material on Marijuana Law* (American Casebook Series, 2019).

L'ho invitato per parlare della legge sulla legalizzazione della *cannabis* in California, entrata in vigore all'inizio del 2018³. Vitiello era già stato in Italia l'anno precedente, sempre su mio invito, per illustrare ai nostri studenti i contenuti della nuova legge, e ho voluto contattarlo nuovamente, a circa un anno di distanza dell'entrata in vigore della riforma, per discutere dei primi effetti della normativa nella società californiana.

La mia proposta, tuttavia, non è stata ben accolta all'interno del mio dipartimento: mi sono sentito dire, infatti, che «i seminari devono rispettare la politica del dipartimento». Erano tutti d'accordo su questo punto – anche alcuni colleghi che non aprono mai bocca durante le riunioni – e, di fatto, hanno tentato in ogni modo di dissuadermi dall'organizzare l'incontro. Qualcuno mi ha addirittura rivolto un'osservazione di questo tipo: «del resto, si tratta di un argomento di cui non ti sei mai occupato». Ora, quelli legati al proibizionismo e all'antiproibizionismo delle droghe sono problemi che studio da quindici anni. Ci ho scritto un libro e qualche decina di articoli. Si può senz'altro dire che me ne sono occupato male, ma non che non me ne sono occupato. Insomma, non volevano proprio lasciarmelo fare.

E come è finita?

È finita che il seminario l'ho organizzato lo stesso. Naturalmente, tutto è passato sotto silenzio, ma non importa.

³ Cfr., sul tema, l'articolo [Come funziona la marijuana legale in California](#), ne *Il Post*, 2 gennaio 2018.

È stato un episodio che mi ha colpito. Cosa c'è da aver paura, mi chiedo? È una legge. La preoccupazione, forse, era che potesse comparire qualche articolo di stampa intitolato "L'Università di Bergamo è a favore della droga!". Ma che cosa vuol dire "essere a favore della droga?". Assolutamente nulla. Se facciamo un seminario sugli effetti di una riforma fiscale stiamo invitando la gente a non pagare le tasse? Inoltre, siamo martellati dagli inviti a "internazionalizzare" le nostre lezioni e le nostre ricerche. Qui abbiamo una legge californiana della quale i giornali hanno parlato per mesi, perché non dovrebbe essere opportuno parlarne in una facoltà dove si studiano le leggi, e per di più con un luminare indiscusso?

Eppure, ho motivo di ritenere di non essere il solo a credere che gli argomenti di cui parliamo siano estremamente importanti, per tutti i motivi di cui stiamo discutendo. Quando è uscito il mio libro, *Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale). Filosofia, diritto e libertà individuali* (Sironi Editore, 2012), il mio Ateneo mi chiese di farne una presentazione in piazza; ho accettato e mi sono trovato davanti un pubblico di duecento persone, che di certo non si trovava lì perché gli sono simpatico; quelle persone erano lì perché erano interessate all'argomento trattato nel libro. A quella conferenza partecipò anche l'amico Massimo Corti, un medico che allora dirigeva un Sert e che si occupa stabilmente di dipendenze, e le nostre posizioni sulla proibizione erano identiche. La cosa non deve stupire, perché proprio con la Società di Medicina delle Dipendenze ebbi poi occasione di collaborare per anni, in tante occasioni, e fui invitato un paio di volte da Paolo Jarre, che allora ne era il direttore, a scrivere sulla loro rivista. Sostanzialmente, la posizione dei clinici non si discosta dalla mia.

Eppure, come dicevo, è molto difficile parlare di questi argomenti in Italia. E le ragioni, anche qui, sono in parte culturali e in parte (soprattutto) politiche.

Il meccanismo è simile a quello relativo al dibattito sulla pena di morte in America. La condanna capitale è ormai diventato un istituto "sostanzialmente americano", profondamente radicato nella cultura statunitense, che quasi concorre a costruire un senso di identità nazionale. Per questo motivo, è anche qualcosa di cui non si può parlare. Negli Stati Uniti, proporre l'abolizione della pena di morte in sede politica, significa immediatamente perdere le elezioni. In Italia è la stessa cosa con la droga. Questa è la ragione per cui manca un dibattito serio. Non vogliamo toccare un argomento che sappiamo essere intoccabile.

Il Prof. [Carl Hart](#), neuroscienziato americano e membro del Comitato Scientifico di DPU, ha scritto diversi articoli e libri per sostenere l'importanza della depenalizzazione del consumo di droga e la necessità di concentrare gli sforzi, piuttosto, nella promozione di interventi di tipo sociale, atti a colpire i determinanti sociali che favoriscono la diffusione e l'aumento dei consumi delle sostanze stupefacenti nella popolazione.

Quale è la Sua opinione in proposito?

Credo che Hart abbia perfettamente ragione. Tra l'altro, questo è un tema che si riallaccia a studi condotti già a partire dagli anni '40 sulla morfina, e poi ripetuti con varianti per praticamente tutte le sostanze. Nei primi studi, i ricercatori prendevano un gruppo di volontari e un gruppo di pazienti ospedalizzati, trattati abitualmente con la morfina, e somministrarono la sostanza in dosi uguali a entrambi i gruppi. Naturalmente c'è sempre

un terzo gruppo, di controllo, a cui invece fu somministrato un placebo. In nessun caso il gruppo di volontari sviluppava dipendenza. Nessuno dichiarò di trovare l'esperienza piacevole, a meno di intendere il piacere come assenza di dolore. Qualcuno disse: Beh, se ti piace la nausea allora puoi dire che è piacevole.

Questi studi indicano chiaramente che il contesto sociale esercita un'influenza determinante nello sviluppo della tossicodipendenza. La prima sigaretta che ho fumato mi è piaciuta un sacco, ma alla maggior parte delle persone non accade così. La prima sigaretta solitamente non piace, anzi, disgusta. Però esiste (esisteva, soprattutto in passato) una certa "cultura" del fumo; fumare fa sentire forti, contribuisce alla costruzione di un senso di identità. Ai tempi di mio padre, le sigarette venivano date dal genitore al ragazzino quando questi aveva tredici, quattordici anni, e questo significava che il figlio era diventato uomo. Oggi ovviamente non è più così, e meno male, perché fumare non è consigliabile. La diffusione del consumo di droghe ha una ragione simile, almeno in parte. Nelle *inner city* statunitensi, quello che gestisce il traffico è anche la persona più in vista, quella alla quale ti rivolgi per un lavoro. Assumere droghe è il passaggio nell'adulthood. Anche se questi sono casi tutto sommato estremi, non possiamo negare che in molte comunità, non necessariamente criminali, esista una cultura della droga per la quale, se usi per esempio cocaina, sei *cool*. Da noi, intendo, non in qualche condominio di Harlem.

Legalizzazione o liberalizzazione? Quale è la differenza, e quale delle due strade ritiene che debba essere seguita?

Io sostengo la legalizzazione. Per due ragioni: la prima è una ragione molto concreta. Le sostanze stupefacenti sono prodotti molto richiesti, dei quali in Italia circa cinque milioni di persone fa un uso più o meno stabile. Non vedo allora per quale motivo un prodotto così richiesto non debba essere considerato interessante dallo Stato. Anche per guadagnarci tassando i profitti.

C'è poi una seconda ragione. Vede, a me piace la grappa, non ne bevo più tanto spesso, ma mi piace. Ha presente la classica "grappa del contadino"? Quella che viene portata in dono alle cene tra amici, di cui vengono celebrate le qualità e il gusto speciale? Ecco, io la grappa del contadino la regalerei solo a qualcuno che mi sta veramente antipatico perché, in realtà, il contadino non sa fare la grappa. Non è un professionista, non sa distillare, e spesso finisce col distribuire, anche inconsapevolmente, un prodotto pericoloso perché è normale che contenga metanolo (la "testa" della distillazione).

Qualche anno fa in Italia successe un fatto molto grave: un'azienda piemontese mise sul mercato un vino di bassa qualità a cui era stato aggiunto del metanolo per alzare il tasso alcolico. Si poteva fare con lo zucchero, ma il metanolo costa molto di meno. Nel solo mese di marzo del 1986, quando venne scoperta questa adulterazione, morirono per avvelenamento da metanolo più di trenta persone, e decine di altre riportarono danni permanenti agli occhi e ad altri importanti organi.

Pensiamo ora all'overdose da sostanze. Se io decidessi di assumere una dose di eroina, è molto probabile che sbaglierei qualcosa, ad esempio potrei calcolare il quantitativo in modo errato, ed è altrettanto probabile che finirei col farmi del male. Al tossico esperto questo non accade; lui sa benissimo "come farsi" e, se muore di overdose, non è perché ha sbagliato qualcosa, è solo perché *non sa* quanto principio attivo contiene

la dose che si sta iniettando. Né sa che cosa c'è davvero dentro. Chi analizza le dosi commerciali, trova letteralmente di tutto. Non di rado, anche ossa di pollo tritate. Lo stesso Hoffman, l'inventore dell'LSD, dichiarò di aver analizzato per conto del governo una sessantina di partite di LSD commerciale e di non aver mai trovato in quel prodotto la minima traccia di acido lisergico. Spesso, quel che trovava era semplicemente stricnina, un alcaloide molto tossico. Non dico che l'eroina faccia bene, ma dico che la maggior parte degli effetti nocivi per la salute dell'eroinomane non sono causati dal diacetato di morfina ("Eroina", *Heroin*, è il nome commerciale che diede la Bayer, quando la sostanza era lecita, per il mercato statunitense) ma dalle decine di sostanze inquinanti che si trovano nell'eroina che si compra in giro.

Se io ho al cuore la salute delle persone, devo evitare che si verifichino cose di questo tipo. Sequestriamo partite di mozzarelle perché forse in quel terreno c'è la diossina, ma non ci preoccupiamo dei milioni di ragazzi che fumano *hashish* che non sappiamo come sia stato coltivato. Liberalizzare significa non prevedere che le sostanze siano sottoposte a dei controlli di qualità e che debbano rispettare precisi standard igienici, come invece avviene per tutte le cose che sono in commercio. La legalizzazione comporta invece che lo Stato possa controllare quello che le persone comprano per farne uso, e questo avrebbe effetti estremamente positivi sulla salute della gente, fermo restando che la proibizione non ha avuto mai nessun effetto di rilievo sui consumi. Negli Usa, durante il proibizionismo si beveva tanto alcol quanto prima. Adesso, in Italia e in tutti gli altri posti del mondo in cui le droghe sono fuorilegge, ciascuno di noi sa perfettamente dove andare per comprarne un po'. Lo sanno quelli che le usano e lo sanno quelli che non le usano. E lo sanno anche le forze dell'ordine, immagino anche molto meglio di noi. Ma sanno anche che fare arresti in quel bar o in quella discoteca o in quel parco avrebbe come solo risultato quello di spostare altrove lo spaccio, ed è comprensibile che si preferisca avere "la situazione sotto controllo" a non sapere, almeno per un po', dove si svolge il mercato nero.

Se la proibizione non toglie le droghe dal mercato, ha invece l'effetto di mettere sul mercato prodotti molto pericolosi. Negli Stati Uniti c'è uno studio molto bello di Mike Vitiello in cui si dimostra che l'inquinamento della falda acquifera è dovuto in maniera non irrilevante alle coltivazioni clandestine di *cannabis* presenti negli Stati Uniti. Ovviamente, dal momento che è vietato coltivare la *cannabis*, non esiste alcun controllo sui concimi e sui diserbanti utilizzati nelle coltivazioni. E così, i produttori abusivi sono liberi di impiegare qualunque sostanza, anche le più nocive, pur di veder crescere le loro canne di canapa belle e rigogliose. Se arriva la polizia, non mi chiede di certo di vedere quali fertilizzanti o quali diserbanti uso, ma mi arresta perché coltivo *cannabis*, ovviamente. E stiamo parlando di una delle droghe considerate, e a ragione, di per sé meno pericolose.

Quando sento dire che, se decidessimo di legalizzare, vorrebbe dire che lo Stato "sta alzando le mani", quasi mi arrabbio. È vero l'opposto, lo Stato sta alzando le mani adesso. Legalizzare vuol solo dire che lo Stato, finalmente, prende in mano le cose e si assume l'onere di regolamentare. Se vogliamo sconfiggere la criminalità, l'unica cosa che ha senso fare è toglierle l'ossigeno, toglierle i soldi.

Citando ancora Thomas Szasz, Lei afferma nel Suo libro che «la guerra alla droga è un *business* formidabile». Ci spiega meglio questo concetto? In che misura i discorsi che stiamo facendo incidono su questo legame tra droghe e profitto economico?

Incidono molto. Tanti criminologi affermano che la mafia sta progressivamente spostando il proprio *business* verso mercati legali, come trasporti e costruzioni; tuttavia il grosso del bilancio della criminalità organizzata ancora oggi viene da lì, dalla droga (molto meno dalla prostituzione). I sequestri che periodicamente avvengono possono sembrare impressionanti, a volte. Si parla di qualche tonnellata di eroina sequestrata in questo o in quel porto e ci sembra un colpaccio ai danni dei trafficanti, ma non è così. Chi studia da vicino il fenomeno del consumo ci dice, invariabilmente, che la droga sul mercato nero è sempre disponibile, e che i sequestri non hanno nemmeno l'effetto di ridurre la quantità al punto di farne salire il prezzo di vendita. Quello che arriva ogni giorno è il flusso continuo di un fiume in piena.

Quello che intende dire Szasz, però, è una cosa diversa, e cioè che l'antidroga, oltre a essere la causa dei grandi guadagni del *business* criminale, è un *business* in sé. Lui esagera quando scrive che l'antidroga coincide con lo Stato, perché lo Stato fa tante altre cose; ma non sbaglia quando ci fa notare che l'antidroga, presa come attività complessiva, è la fonte di reddito principale o esclusiva per tantissime persone, che lavorano a vario titolo nelle istituzioni. Il suo pessimismo arriva a fargli dire che questa è la ragione per la quale la "guerra alla droga" non finirà mai (del resto, che non sia proprio una *Blitzkrieg* è evidente): significherebbe far perdere il lavoro a tanta gente, addirittura (ma come ho detto, io non la penso così) vorrebbe dire che lo Stato dovrebbe trovare qualcos'altro da fare, perché non avrebbe più giustificazione.

Al di là di queste iperboli, alle quali ogni lettore di Szasz si abitua subito, credo che proprio la pervasività dell'antidroga e il suo alto costo, a fronte di risultati inesistenti, dovrebbe però farci pensare, per esempio per domandarci se non esistano modi migliori per spendere tutto quel denaro e per impiegare le competenze di tutte queste persone. Magari per informare correttamente, oppure per indirizzare chi non ha intenzione di smettere verso modalità di consumo più salubri. Anche adesso, con il proibizionismo, le varie strutture di prossimità svolgono un lavoro splendido nella riduzione del danno. La semplice distribuzione gratuita di siringhe sterili ha fatto drasticamente calare, nei luoghi in cui avviene, la diffusione dell'Aids nella comunità dei tossicodipendenti.

Conversazione

— Il linguaggio del diritto nella società dell'immagine – Ch. 3

Logos e mythos: immagine e parole nelle aule giudiziarie

The language of law in the society of images – Ch. 3

Logos and mythos: images and words in the courtroom

di Alessandro Rudelli, Chiara Simonigh e Paolo Heritier

Alessandro Rudelli

Lei, professoressa Simonigh, cosa dice a proposito della irruzione delle immagini nella società della comunicazione e delle sue conseguenze nell'ambito del diritto?

Innanzitutto ringrazio perché mi sembra che siano state poste questioni importanti per comprendere dove siamo e come operiamo¹.

Viviamo in tutta evidenza in una società nella quale le immagini predominano dal punto di vista quantitativo come mai è accaduto in passato.

¹ Si vedano le domande poste dalla stessa Chiara Simonigh nel capitolo 1 ("[Diritto e immagine nella società della comunicazione](#)") a proposito della differenza tra interpretazione e comprensione nell'uso degli strumenti mediatici, e il discorrere con Paolo Heritier nel capitolo 2 ("[Immagine della giustizia, immagine del processo](#)") riguardante il rischio della pornificazione dell'immagine del diritto.

Sono state fatte delle stime interessanti a questo proposito che ci fanno capire la sproporzione, l'abisso che ci separa dalle generazioni precedenti all'avvento della fotografia e del cinema: si stima che nel Medioevo un uomo di norma vedesse nell'arco della sua vita circa 25-30 immagini tra pale d'altare, affreschi eccetera.

Oggi noi vediamo quotidianamente centinaia, migliaia di immagini.

Ora, a fronte della familiarità che ormai abbiamo con le immagini, non abbiamo però sviluppato una adeguata capacità di interpretare le immagini stesse.

Allora che cosa succede? Succede che negli ambiti più disparati, ad esempio il giuridico e il sanitario, sovente non siano messi in campo degli strumenti di interpretazione delle immagini che siano appropriati al contesto in cui esse vengono usate e invece, quasi paradossalmente, si faccia ricorso agli strumenti consueti che si impiegano nell'ambito della cultura mediale.

Cioè l'impressione è che ci sia uno snaturamento forzato dell'immagine e un suo impiego che non è né funzionale né tantomeno *l'optimum* nel contesto in cui viene effettuato.

Ossia, anche nel contesto giuridico è emersa una sorta di impiego coatto, forzato dell'immagine, lo avete detto anche voi nel corso di questa nostra conversazione, con uno snaturamento per un suo impiego che non è funzionale al contesto in cui viene effettuato.

Assistiamo talvolta ad un impiego sensazionalistico dell'immagine volto a supportare un ragionamento, un sillogismo, una tesi, ma con tutto un portato di forzatura interpretativa e quindi di impiego dal punto di vista spettacolaristico che è il più comune o il più corrente o il più **corrivo** se si vuole nel panorama mediale consueto.

Ecco, senz'altro sotto questo profilo non posso che plaudere al lavoro preziosissimo quanto raro che compie Paolo Heritier utilizzando in maniera **transdisciplinare** le immagini e le parole, coniugandole in un processo nel quale la spiegazione del *logos* si coniuga alla comprensione del *mythos* e diviene interpretazione.

Su questo non è il caso di chiamare in causa Gadamer, Ricoeur e il circolo ermeneutico, ma questa capacità di porre in relazione dialettica e dialogica, spiegazione e comprensione, *logos* e *mythos*, immagine e parole, è molto molto rara.

Questo stupisce chi come me si occupa di cultura visuale perché so quanta fruizione di immagini ci sia e dunque ritengo che davvero la consapevolezza per un'interpretazione appropriata delle immagini sia quanto mai necessaria.

Penso che questo sia il nostro compito oggi: una delle sfide del nostro tempo.

Renderci consapevoli degli strumenti che utilizziamo fino in fondo, in maniera quanto più approfondita possibile.

Paolo Heritier

L'allineamento del discorso giuridico all'ambito clinico e medico che Chiara Simonigh ha messo in campo è a mio avviso fondamentale.

Sto pensando all'utilizzo delle immagini della scienza e anche alle neuro-immagini, cioè alle immagini del cervello nei processi come sintomo diretto di colpevolezza, come produzione di elementi di prova che per fortuna non incontra ancora un grande credito, se non sui giornali e sui *media*.

Io credo che ci rapportiamo a un uso strumentale dell'immagine per farle dire, per farle significare cose che l'immagine stessa non dice; si pensi all'immagine a colori del cervello: i colori sono costruiti, non sono certo naturali, sono dei segni, dei simboli normativi significanti rispetto alle emozioni e a quello che si deve provare.

È un elemento a mio avviso di grande rilievo oggi, secondo me una forma di pornografia vera e propria.

È interessante che da questo punto di vista Damásio² nei suoi ultimi scritti abbia unificato la sua terminologia oscillante tra "emozioni" e "sentimenti" e parli proprio del problema della costruzione delle immagini dal punto di vista della sua prospettiva neuroscientifica: cioè l'immagine è il modo stesso in cui pensiamo.

Questo è di straordinario interesse e ci porta alla critica di un certo an-iconismo dell'ermeneutica.

Credo davvero che accanto all'ambito giuridico gli ambiti medici e scientifici siano i luoghi che apparentemente sono produttivi di sapere ma che in realtà spesso sono direttamente produttivi di grandissima confusione nei sistema dei *media*.

[continua]

² António Rosa Damásio è un noto neuroscienziato portoghese che ha compiuto studi, anche con l'uso del *neuroimaging*, sulle basi neuronali della cognizione e del comportamento, sostenendo l'importanza delle emozioni nei processi decisionali. Il suo ultimo lavoro edito in Italia è *Lo strano ordine delle cose*, Adelphi, 2018.

Riflessione

— Fibra assassina, una silenziosa strage di Stato rimasta impunita ancora oggi

La favola del diritto penale a guardia della vita, della salute e della sicurezza del lavoratore

Killer fiber, a silent state massacre that has remained unpunished to this day

The fable of criminal law to safeguard the life, health and safety of the worker

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in *Il Fatto Quotidiano*, [il 3 settembre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

Quali sono i valori primordiali, *rectius* i beni giuridici, per la cui difesa gli uomini hanno stretto tra loro il contratto sociale su cui la società umana si fonda e che tocca al diritto penale difendere?

La vita?

Viviamo nella società del rischio, secondo la celeberrima metafora di Ulrich Beck.

Nella società del rischio, l'omicidio per colpa è molto più frequente – e quindi molto più dannoso – dell'omicidio volontario, che invece dominava la fenomenologia patologica della società premoderna e moderna e, infatti, segno dei tempi che cambiano, mentre il

secondo decresce vistosamente, si deve credere che il primo cresca e si diffonda a macchia d'olio come un virus nella società.

Andate però a vedere le statistiche dei delitti per cui, fino a qualche settimana fa, c'erano 61.000 uomini e donne detenuti in carcere. **I detenuti per omicidio colposo sono pochi in assoluto e anzi sono talmente pochi che neppure è parso necessario suddividerli in sotto classi** – la morte per colpa è una materia amplissima per il diritto penale, va dalla medicina sedicente colposa al pirata della strada – e quindi non è possibile sapere, tra i pochi, quanti sono i pochissimi datori di lavoro condannati e detenuti (sempre che ve ne siano, beninteso) per la morte di un lavoratore.

Non è vero che per il diritto penale la vita è un valore senza prezzo, un valore che sempre e comunque prevale su qualunque altro diritto, o almeno non è vero nel diritto penale di una società capitalista, e chi dice l'opposto fa spesso più retorica che altro.

Non è nemmeno vero che quando sia in gioco la vita umana nessun rischio sia lecito.

Che io sappia, **il problema della tutela penale del lavoro entra realmente nel diritto penale assai tardi**, forse con il libro di Guariniello, *Se il lavoro uccide* (R. Guariniello, *Se il lavoro uccide. Riflessioni di un magistrato*, Einaudi, 1985).

La vita ha il prezzo che la società – con o senza il diritto penale – a essa assegna, e a quanto ammonti il prezzo è materia che decide chi può decidere, e il prezzo varia col variare del tempo.

La vita di un operaio morto sul lavoro non valeva quasi nulla per il diritto penale nei tempi in cui il codice penale fascista nasceva e cresceva, e ha continuato a valer poco anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che pure tutela il lavoro e la salute.

La vita del lavoratore, quando la sua tutela entra in conflitto (e il conflitto è realmente significativo) con altri valori, quali sono gli interessi dell'impresa, cioè il profitto, tende a cedere il passo al più forte, e anche oggi quella vita forse vale poco o molto meno di quanto la retorica imperante lascia credere.

Il Capitalismo industriale ha commesso «peccati originali di rapina» – l'espressione è di Hannah Arendt che come si sa non era marxista (D. Sassoon, *Sintomi morbosi. Nella nostra storia di ieri i segnali della crisi di oggi*, Garzanti, 2019) – apparentemente assai gravi.

Forse era inevitabile, forse no.

Quel che è certo è che **la cultura giuridica – tutta imperniata sul mito della legge che altro non è se non la volontà del più forte – non se n'è accorta**, e ha lasciato che le cose andassero come andavano.

Non può quindi vantare pretese di innocenza.

Una cultura giuridica realmente rinnovata e all'altezza dei tempi dovrebbe cominciare a riflettere sui temi trattati dal prof. Paolo Grossi, massimo storico del diritto in Italia, ed ex Presidente della Corte Costituzionale, nel suo ultimo libro dal titolo *Oltre la legalità* che significa solo prender atto che la realtà del giuridico è assai più complessa di quanto i giuristi vorrebbero far credere.

È un discorso duro e difficile ma ineludibile.

Il rischio zero non esiste perché dire rischio e dire zero è pronunciare un ossimoro.

Il rischio è una probabilità – o meglio un rapporto tra probabilità – e non è mai zero, altrimenti non sarebbe probabilità ma semplicemente impossibilità logica e ontologica: ciò che è empiricamente possibile perché non è impossibile è anche probabile, più o meno probabile.

La distinzione che conta è un'altra.

C'è un rischio – cioè la misura di una probabilità – accettabile e un rischio non accettabile.

Il sociologo Ulrich Beck, in un altro libro, meno famoso, intitolato *Condicio humana*, ha scritto che i rapporti per la definizione delle misure del rischio accettabile nella società post moderna sono l'omologo dei conflitti per la definizione dei rapporti economici di produzione nella società della modernità industriale.

Conflitti di classe post moderni. La domanda da fare allora è come sono regolati dalla legge questi conflitti immanenti alla società.

Nel lessico della lingua giuridica legislativa del diritto penale la parola "rischio" è un ospite indesiderato: si fa finta che non ci sia ed è ben chiaro che sia così perché la parola "rischio" porta con sé problemi, primo tra tutti quello della definizione della sua "accettabilità", problema come nessun altro intimamente "giuridico" ma impossibile da addomesticare senza l'ausilio di saperi e culture – scientifiche e sociali – molto più complesse di quelle cui il "giuridico" si è abituato e di cui è fatto il suo obsoleto linguaggio.

La scienza del rischio è una cultura che in Italia non è nemmeno nata ancora.

Chi decide che cosa è rischio accettabile e che cosa no nel nostro sistema giuridico?

Lo Stato, con la Legge?

No, o almeno non sempre.

Sebbene di rado i giuristi ne parlino, nel nostro sistema giuridico – almeno nei settori chiave della tutela della salute e della sicurezza del lavoro e dell'inquinamento – è **l'imprenditore che decide quale rischio gli pare di dover far correre ai lavoratori e alla comunità** per effetto dell'attività d'impresa di cui raccoglie il profitto.

Lo Stato talvolta vigila, come, in materia di inquinamento, nelle Conferenze dei Servizi dove approva l'analisi del rischio con la definizione delle CSR, cioè il rischio accettabile per la salute e l'ambiente, che è stata fatta... dall'inquinatore e abbiamo già visto quanto poco e quanto poco bene vigili: **le Conferenze dei Servizi spesso e volentieri sono cantieri dove l'inquinamento non si risana e cresce altro inquinamento, spesso corruttivo o quasi corruttivo.**

Talvolta lo Stato fa meno ancora, come quando di regola nemmeno è informato della valutazione dei rischi che possono correre i lavoratori sul luogo di lavoro che è stata fatta dal... Datore di Lavoro.

Che l'abdicazione dello Stato e della legge sia o no una buona cosa è o dovrebbe essere materia di riflessione.

L'imprenditore ha la non resistibile tentazione di burocratizzare ambiente e sicurezza e la cultura che ha intorno lo asseconda, perché spesso troppo facilmente ci si tranquillizza con la falsa illusione consentita dai reticoli di norme burocratiche spesso illeggibili e inapplicabili che spuntano come funghi e che celano solo il complessivo *vacuum* della cultura vera dell'ambiente e della salute e della sicurezza nella società contemporanea.

Chi abbia pratica di come i datori di lavori spesso fanno le loro analisi dei rischi, sa come da prassi, nell'affidare la commessa al consulente terzo, spesso una società di dubbissima levatura nata tra le molte per soddisfare la crescita della nuova domanda pseudo giuridica sul mercato, privilegia il consulente che garantisce il minor costo rispetto alla reale qualità del documento.

Da un lato nessuna legge e dall'altro troppa legge.

I rischi allora restano lì dove evidentemente debbono stare.

Noi penalisti però non ci riflettiamo perché non la vediamo come la vede Beck, e difatti usiamo con molta parsimonia una parola difficile e semanticamente sfaccettata come "rischio" che è per definizione una finestra aperta sulla società e sulle tensioni che sommuovono la società.

Il giurista penale ammaestrato nella sua cultura secolare non apre di regola finestre sulla società ma se ne sta ben chiuso nella sua torretta d'avorio.

Noi penalisti usiamo altre parole, non "rischio", e sosteniamo che queste nostre vecchissime parole – causalità, pericolo e colpa con gli alambicchi concettuali che proveremo qui a disvelare – siano davvero quel che promettono, cioè regole di responsabilità imparziali oggettive ed eguali per tutti, saggiamente amministrare dai Giudici con il solerte aiuto dei Dottori, ma non è vero.

È la grande illusione del diritto penale, quella che altrove ho chiamato l'ipocrisia collettiva di cui i giuristi sono i custodi.

Come funziona davvero il diritto?

È un gioco in cui si finge che la politica, coi suoi conflitti, sia stata incapsulata nel secondo, cioè appunto neutralizzata, dentro la cornice di concetti definiti appunto giuridici cioè muniti di pretese di autonomia e imparzialità addirittura scientifica.

Causa, pericolo e colpa. Non rischio.

Se hai causato con colpa la morte di una persona, sarai punito, che tu sia debole o forte poco conta.

Non è mai stato vero che quelle parole costituissero un diritto penale oggettivo, ma oggi è meno vero più ancora di ieri.

Quelle parole un tempo, quando riflettevano fatti della realtà ed erano coerenti con il sapere di sfondo della cultura umana, servivano a garantire la credibilità della funzione del diritto, cioè il fenomeno che da Solone in poi chiamiamo isonomia, cioè la sedicente eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

È sempre stato comunque un gioco ideologico perché quelle parole – *causa pericolo colpa*, ma lo stesso vale per tutte le parole delle regole della responsabilità – non erano mai quel che apparivano o erano fatte apparire, e occultavano da sempre alla vista la politica, cioè i reali rapporti di forza che vigono in qualunque società e in qualunque tempo e che per forza di cose condizionano i contenuti delle reali regole di responsabilità, ma almeno, prima, il gioco pareva credibile.

Ora che quelle parole sono quel che resta di una ontologia e di una epistemologia desueta e arcaica, che porta sulle spalle il peso di secoli di colta (e talvolta meno colta) elaborazione, ora che la società è divenuta troppo più complessa di prima, di quanto sia mai stata in passato, **esse non servono più, risuonano vuote di significato, sono troppo semplici per governare i fenomeni che in essa accadono**: la cornice del giuridico si è rotta in mille pezzi e il politico, con tutta la sua carica eversiva dell'ordine che il diritto dovrebbe garantire, è venuto fuori a occupare tutta la scena.

Oggi la funzione del diritto è sempre più una finzione con l'aggravante che non la si può più nascondere come prima.

Forse la legge è eguale per tutti, ma di certo la giustizia no.

Questa è la crisi culturale del diritto contemporaneo, che, inevitabilmente, si porta dietro la crisi morale che è sotto gli occhi di tutti.

La strage silenziosa dell'amianto

Parlare di **diritto penale e amianto** è, allora, altamente istruttivo di come realmente funzioni il diritto penale oggi.

Il d.c.m. 308/2002 ha istituito presso l'INAIL il Registro nazionale dei mesoteliomi ReNaM e a settembre 2018 è stato pubblicato il sesto rapporto ReNaM che analizza i dati diagnostici compresi tra il 1993 e il 31 dicembre 2015.

In tale periodo 1993-2015, i casi di mesotelioma con diagnosi "certa", "probabile" e "possibile" sono 27.356, di cui 25.450, pari al 93%, sono casi di mesotelioma pleurico (e nell'80% dei casi la diagnosi è "certa").

Nel rapporto si legge inoltre: «L'Italia è attualmente uno dei paesi al mondo maggiormente colpiti dall'epidemia di malattie amianto-correlate. Tale condizione è la conseguenza di utilizzi dell'amianto che sono quantificabili a partire dal dato di 3.748.550 tonnellate di amianto grezzo prodotto nazionalmente nel periodo dal 1945 al 1992 e 1.900.885 tonnellate di amianto grezzo importato nella stessa finestra temporale».

Poiché il registro ReNaM è stato istituito solo nel 2002, andare indietro nel tempo per stimare il numero dei morti per mesotelioma pleurico, è impresa ardua.

I dati, pochi e grezzi e non per caso, non sempre coincidono.

Quelli raccolti dall'Istituto Superiore di Sanità nel rapporto Istisan 00/9 mostrano che, tra il 1988 e 1994, si sono registrati 6.201 decessi a causa di tumore maligno della pleura.

Pur con una stima all'ingrosso, non è quindi troppo azzardato dire che dal 1988 al 2015 si sono verificati in Italia più di 30000 morti per mesotelioma della pleura.

L'ordine di grandezza è confermato dalle stime elaborate dall'Organizzazione Mondiale della sanità (WHO) citate negli "Atti della II Conferenza governativa sull'amianto e le patologie asbesto-correlate Venezia, Fondazione Cini, 22-24 novembre 2012" e da studi autorevoli dell'Istisan.

Poiché l'amianto è stato utilizzato dall'inizio del secolo XX ma in modo più massivo e ubiquitario dopo la fine della seconda guerra mondiale, **si pone il problema di stimare il numero dei mesoteliomi della pleura che hanno causato la morte di operai e operaie in quegli anni.**

Limitando l'arco temporale al periodo 1948 – 1988, se stimiamo un numero di decessi per mesotelioma pari a 1000 all'anno, il numero globale sale a circa 70000 casi.

Che cosa ci attende nel futuro?

Gli esposti ad amianto continuano a morire e continueranno a morire.

Due studi, del 2019 elaborati dall'Associazione Italiana Oncologia Medica (AIOM) "linee guida mesotelioma pleurico edizione 2019" aggiornato al mese di ottobre 2019; e lo studio elaborato dall'Associazione Italiana Registro dei Tumori (AIRtum) in collaborazione con la stessa AIOM «i numeri del Cancro in Italia 2019» danno stime impressionanti.

Gli studi mostrano che: «dai dati AIRTUM emerge che **il Mesotelioma maligno è responsabile del 4% delle morti totali**» e che «sono 1.800 i nuovi casi di mesotelioma attesi nel 2019 (1.300 in soggetti di sesso maschile e 500 nei soggetti di sesso femminile, pari a 1% e 0,2% di tutti i tumori incidenti, rispettivamente)»; a fronte di una media, negli anni 2013-2015, di 1.496 mesoteliomi della pleura (1.594 mesoteliomi comprensivi non solo della pleura).

Il picco della mortalità per mesotelioma pleurico da amianto non è ancora arrivato e lo aspettiamo in questa seconda decade del XXI secolo o nella prossima.

«Diversi modelli concordano nel prevedere un picco di incidenza del mesotelioma maligno sul territorio nazionale nel periodo compreso tra la seconda e la terza decade degli anni 2000, in relazione all'andamento nel tempo dell'esposizione ad amianto, il cui uso industriale è stato massimo negli anni 70 e fino alla età degli anni 80 e poi è cessato dal 1994».

Si dice peraltro che «le previsioni sull'andamento dell'epidemia di mesotelioma da amianto in Italia sono in corso di revisione sulla base dei dati più recenti di incidenza».

«Per avere un'idea dell'entità del problema dell'amianto basti pensare che **nel periodo dal 1945 al 1992 in Italia sono state prodotte 3.748.500 tonnellate di amianto grezzo e 1.900.885 tonnellate sono state importate**. L'Italia è uno dei paesi al mondo maggiormente colpiti dall'epidemia di malattie amianto-correlate».

La stima di 70000 casi, quindi, va rivista al rialzo.

In verità è scientificamente assodato che l'amianto non causi solo mesotelioma della pleura. Soprattutto nel passato, quando le esposizioni alle fibre del minerale erano altissime, furono osservati migliaia di casi di asbestosi, malattia dei polmoni, che può essere fatale.

C'è poi un'evidenza epidemiologica di correlazione – più debole di quella relativa al mesotelioma – tra **amianto e tumore del polmone**, che, come si sa, è la più frequente patologia oncologica che colpisce la popolazione.

I tumori del polmone da amianto restano invisibili perché sono socialmente attribuiti anche ad altre cause (come il fumo) anche se secondo alcuni quelle altre cause sembrano avere effetto causale sinergico con l'esposizione ad amianto.

Le stime della mortalità da amianto, allora, facilmente arrivano a numeri quasi apocalittici di fronte ai quali i numeri del Covid impallidiscono.

100.000? 200.000? O anche di più e magari molto di più?

(1/Continua)

Riflessione

— Origine e giustificazione della pena dell'ergastolo

*Origin and justification of life sentence**di Fabrizio Cosentino*

Abstract. La pena dell'ergastolo rappresenta uno degli aspetti più discussi della disciplina penitenziaria. In questo elaborato viene analizzato il concetto della pena perpetua partendo dalle sue origini storiche fino alle recenti inversioni di rotta da parte del legislatore.

Abstract. Life sentence is one of the most discussed aspects of penitentiary discipline. In this essay the concept of perpetual punishment is analyzed starting from its historical origins up to recent changes of direction by the legislator.

SOMMARIO: 1. Alle radici della pena perpetua. – 2. Ergastolo: fine pena mai. – 3. Le recenti inversioni di rotta. – 4. Può essere anche peggio.

SUMMARY: 1. To the roots of perpetual punishment. – 2. Life sentence. End of the conviction: never. – 3. The recent roundabouts. – 4. It can be also worse.

«Sotto questa parola carcerazione comprendo ogni restrizione di movimento causata da un ostacolo esterno, sia esso una dimora chiamata con il nome generale di prigione, o un'isola, come quando si dice che gli uomini vi sono confinati, o il luogo in cui gli uomini sono posti a lavorare, come nei tempi antichi gli uomini che erano condannati alle cave di pietra, e in questi tempi, alle galere, o una catena, o qualunque altro impedimento».

Thomas Hobbes, *Leviatano*

1. Alle radici della pena perpetua

Inizio con una immagine:



È l'immagine del profeta Geremia, ritratto da Michelangelo (forse con il volto di sé stesso), nella cappella Sistina (Fonte: Wikipedia – pubblico dominio).

Nella storia biblica, la prima descrizione di un carcere è quella contenuta nel libro di Geremia¹, lì dove il profeta viene arrestato e condotto in prigione, una prima volta nella casa di Gionata lo scriba, trasformata in carcere – «Geremia entrò in una cisterna sotterranea a volta e rimase lì molti giorni» (Ger, 37:16) -, una seconda volta nella cisterna del principe Malchia, piena non di acqua ma di fango (Ger 38:6).

Il carcere è dunque un luogo chiuso e inaccessibile, dove si moriva di fame e di stenti. Non a caso, il pozzo di Geremia è evocato dalle riflessioni condotte nel carcere per ergastolani di Porto Azzurro sull'Isola d'Elba²

¹ Nella Genesi, troviamo Giuseppe rinchiuso in prigione dopo la calunnia mossa nei suoi confronti dalla moglie del suo padrone, ma il carcere non è descritto e le parole ebraiche *beta sohar* (casa del *sohar*), forse derivate dal babilonese e ancora non esattamente decifrate, sono tradotte con *fortezza*, luogo fortificato.

² V. redazione WEB, *Il pozzo di Geremia dal carcere di Porto Azzurro*, in *Missio Toscana*, 2 marzo 2018.

L'evoluzione storica vede ancora protagonista la Chiesa. È su influenza del cristianesimo che la pena viene vista come emenda e che vengono introdotte pene alternative al bando, all'esilio, ad altre pene infamanti o al supplizio. Il diritto penale chiesastico, accanto alla *poena medicinalis*, introduce le c.d. *poenae vindicativae*, come il carcere, la reclusione in convento, la privazione di sepoltura sacra, ecc.

È nei *Libri poenitentiales*, in particolare della chiesa irlandese e anglosassone del settimo e ottavo secolo che compaiono le prime avvisaglie di un modo diverso di concepire la pena. Chi commette una violazione commette un peccato ed è privo della grazia, per cui è necessario correggere l'uomo e restituirlo migliorato alla società.

È con i tribunali ecclesiastici, quindi, che viene superato il diritto germanico, basato sulla faida e sul "guidrigildo" o pagamento in danaro, in cui il diritto penale veniva ricondotto in sostanza ad una mera vicenda privata.

Ed è noto come le prime carceri istituite dalla rivoluzione francese e sostenute dal movimento filosofico illuminista, fossero le abbazie e i monasteri dell'*Ancien Régime*³.

2. Ergastolo: fine pena mai.

Sebbene l'etimo rimandi ad un concetto alquanto diverso (lat. *Ergastulum*, gr. *Ergasterion* = casa di lavoro; *èrgon* = opera; *ergazomai* = io lavoro) e quindi al locale – solitamente sotterraneo – dove nell'antica Roma, durante la notte, venivano rinchiusi gli schiavi o i condannati ai lavori forzati (da cui il significato comune del termine ergastolano)⁴ oggi per ergastolo si intende la pena perpetua, che non si differenzia più dalle altre pene nelle modalità di reclusione⁵, come in passato, bensì per mancanza di un limite alla sua durata.

Modalità di pena alternativa alla condanna a morte, l'ergastolo ha costituito in passato una forma di sanzione largamente utilizzata per i delitti di omicidio, ma anche per delitti minori quali furti reiterati, falso in moneta, e nel caso di più condanne alla pena dei "ferri"⁶ qualora il cumulo oltrepassasse i trent'anni di reclusione. Nel regno di Napoli, l'ergastolo fu introdotto nel 1819 quale "innovazione", per superare la pena dei "ferri in vita" e le varie tipologie di condanna ai lavori forzati (derivate dalla antica c.d. "galera" o

³ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018, p.69. Per il passaggio dal "carcere" al "penitenziario" cfr. la terza immagine di G. Mannozi, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra storia, diritto ed arte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 febbraio 2018.

⁴ "Ergastolo", infatti, veniva chiamato l'edificio destinato ad ospitare i condannati alla pena della reclusione perpetua.

⁵ L'attuale art. 6 del regolamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354), prevede per il condannato alla pena dell'ergastolo, in via preferenziale, la possibilità di ottenere il pernottamento in camere a un posto, «ove non richieda di essere assegnato a camere a più posti». Salve le differenti soglie di accesso ai benefici, e i divieti per chi è sottoposto al c.d. 41bis, il trattamento penitenziario rimane quello uniforme, previsto per tutti gli altri detenuti.

⁶ La pena dei ferri è un istituto che comportava lunghi periodi di reclusione in cui i detenuti erano sottoposti a fatiche, spesso disumane, finalizzate al solo profitto dello Stato e non al recupero morale e sociale del "servo di pena".

condanna al remo)⁷. Molte condanne a morte venivano commutate – per provvedimenti di grazia – nella pena dell’ergastolo⁸.

In sostanza, si introduce l’ergastolo per creare una alternativa alla pena capitale, attraverso un’altra forma di pena “eliminativa” - come si diceva, all’epoca - o segregativa a vita, che non lasciasse al reo alcuna possibilità di reinserimento sociale.

Nel tempo, poi, l’ergastolo è stato in qualche modo depurato da alcune caratteristiche della sua esecuzione, ritenendo inutilmente crudele la previsione originaria di un minimo di sette anni di totale isolamento, introducendo l’ammissione al lavoro all’aperto, strumento ritenuto (dall’impianto fascista del codice Rocco) ancora utile all’epoca in cui imponenti settori del territorio costiero venivano sottoposti ad opere di bonifica⁹.

Oggi la pena dell’ergastolo è ancora presente nell’ordinamento italiano, anzi, in qualche modo è stata rivalutata e rafforzata, con le ipotesi di c.d. **ergastolo ostativo**, nonostante alcuni ordinamenti, pur espressione di società meno evolute della nostra dal punto di vista economico, ne richiedano la disapplicazione (lo ricorda la vicenda del terrorista Battisti¹⁰, estradato dal Brasile, con il patto che l’ergastolo venga commutato in anni trenta di reclusione).

Contro l’ergastolo militano, anzitutto, le stesse ragioni fatte valere contro la pena di morte. Non è sanzione che abbia maggior efficacia deterrente, rispetto ad una condanna a trenta anni di reclusione.

È una sanzione priva di umanità, perché preclude al reo ogni speranza di redenzione e lo condanna ad una sorta di *damnatio memoriae*.

È una sanzione contraria al principio costituzionale dell’emenda, perché non si prevede, *a priori*, un preciso programma riabilitativo, mentre le pene devono per necessità costituzionale – e già in partenza – tendere alla rieducazione del condannato¹¹. È sin

⁷ La condanna ai remi era una tipologia di pena che costringeva i prigionieri alla voga su una “galea” (nave militare leggera, assai diffusa nel Mediterraneo fin dal basso Medioevo), per un numero determinato di anni.

⁸ Per una esauriente ricostruzione delle origini, dell’introduzione e dei successivi sviluppi della pena dell’ergastolo in Italia cfr. C. Danusso, *Patibolo ed ergastolo nell’Italia liberale del fascismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 febbraio 2018.

⁹ Nel codice Zanardelli la pena dell’ergastolo «si sconta in uno stabilimento speciale, dove il condannato rimane per i primi sette anni in segregazione cellulare continua, con l’obbligo del lavoro. Negli anni successivi egli è ammesso al lavoro insieme con altri condannati, con l’obbligo del silenzio». Nella relazione al codice Rocco si sottolinea come la pena dell’ergastolo sia stata «spogliata di ogni inutile afflizione e di ogni superflua intensità dolorifica» considerando la segregazione cellulare continua «fonte di abbruttimento anziché di redenzione morale e cagione perenne di morbi che distruggono, con le forze fisiche, le forze intellettuali e morali dei condannati».

¹⁰ Cesare Battisti, ex terrorista dei Proletari Armati per il Comunismo (Pac), dopo trentasette anni di latitanza in Francia, Messico e Brasile è stato catturato a Santa Cruz de la Sierra in Bolivia. Le autorità italiane e brasiliane avevano accordato l’extradizione a condizione della commutazione della pena.

¹¹ È vero che il codice prevede l’accesso alla liberazione condizionale per il condannato all’ergastolo dopo ventisei anni di pena (art. 176, secondo comma, c.p.), e che l’ordinamento penitenziario consente che il condannato all’ergastolo possa essere ammesso al regime di semilibertà, quando abbia scontato almeno

troppo palese che non esiste una rieducazione fine a sé stessa, dovendo necessariamente conseguire all'avvenuta risocializzazione un risultato pratico¹². L'odierna totale chiusura di fronte alla c.d. "grande criminalità" è in linea teorica ingiustificata, nella misura in cui concede al reo di crimini organizzati la sola alternativa della collaborazione¹³, concetto che non combacia necessariamente con quello di pentimento.

È una sanzione contraria alla Convenzione sui diritti dell'uomo, perché in contrasto con l'art. 3 del trattato («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o a trattamenti inumani o degradanti»)¹⁴.

Sebbene sia sempre possibile riparare il danno di eventuali – neanche tanto infrequenti¹⁵ – errori giudiziari, l'ergastolo segregativo rende particolarmente doloroso

vent'anni di pena, e che possa altresì fruire di permessi premio dopo dieci anni, ma si tratta di una minima "flessibilità" della pena, peraltro contraddetta da tutte le limitazioni previste dall'art. 4 bis.

¹² L'argomento della emenda per così dire "interna", che l'ergastolo offrirebbe al condannato, posto in grado riflettere – anche grazie all'isolamento – sulla propria condotta è stato largamente utilizzato, incredibilmente, anche da avvertita dottrina: «C'è, invero, una rieducazione "interiore" dell'uomo, una conversione dal male al bene che trova proprio nell'isolamento la condizione più adatta al suo manifestarsi e al suo consolidarsi in termini di spiritualità» (G. Bettiol, *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, p. 891). Vedi ancora le disarmanti – anche nella pochezza degli argomenti – analoghe considerazioni della Corte Costituzionale, con la sentenza 21 novembre 2011, n. 264.

¹³ Il sistema coordinato dagli artt. 4 bis e 58 ter dell'ordinamento penitenziario, nell'originario assetto preclusivo, è incorso nelle reprimende della Corte EDU e in alcune modifiche da parte della Corte costituzionale: la Cedu, con l'*affaire Viola* (sentenza pronunciata a Strasburgo il 13 giugno 2019), ha ritenuto il nostro regime del c.d. ergastolo ostativo (ai benefici penitenziari) in contrasto con l'art. 3 della Convenzione, in quanto eccessivamente limitante la dignità umana. Il giudice delle leggi (con la sentenza n. 253 del 4 dicembre 2019) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui la collaborazione è considerata "*condicio sine qua non*" per la concessione dei permessi premio ai condannati per reati di mafia e per quelli ad essi correlati. Non sarebbe irragionevole, da parte del legislatore, presumere il mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione criminale da parte del condannato non collaborante; è tuttavia irragionevole che tale presunzione «non possa essere vinta da prova contraria». Insomma, l'incostituzionalità sta nell'assolutezza della presunzione, per le sue «conseguenze afflittive ulteriori» poste a carico del detenuto non collaborante e per la conseguente impossibilità di «valutare il percorso carcerario del condannato», anche da parte della magistratura di sorveglianza.

¹⁴ La giurisprudenza CEDU è sostanzialmente orientata verso una compatibilità con i principi convenzionali della sola idea di una «pena perpetua riducibile»: E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018, § 5 e v. più avanti, nel testo.

¹⁵ I più recenti casi – non di condanna all'ergastolo, ma comunque a pene di lunga durata – di cui si ha notizia sono il caso Gullotta e il caso – trattato proprio a Catanzaro – Massaro. Giuseppe Gullotta aveva 18 anni quando venne prelevato e portato nella caserma dei Carabinieri di Alcamo come sospettato dell'omicidio di due militari dell'Arma. Venne picchiato e seviziato per ore finché non confessò quello che non aveva fatto. Poi ritrattò invano. Il processo nel '90 con la condanna a vita. Nel 2007, con il pentimento di uno dei carabinieri che parteciparono all'interrogatorio, si pose mano alla revisione del processo. Massaro, accusato dell'uccisione di un amico, venne intercettato dai Carabinieri mentre parlava al telefono con sua moglie. In quella conversazione Massaro, tenuta in stretto linguaggio dialettale, si era ricavata l'impressione che lui stesse trasportando con la propria auto il cadavere dell'amico morto, mentre invece si faceva riferimento al trasporto di un mezzo meccanico.

La breve nota redazionale *Anziani, malati e all'ergastolo: situazione difficile nel carcere di Parma*, ne *La Repubblica*, 5 settembre 2018, evidenzia i casi di ergastolani ristretti presso l'istituto penitenziario di Parma (istituto specializzato nelle cure mediche), affetti da gravissime malattie o morti in carcere: Giuseppe, incompatibilità carceraria "certificata", in carcere da 27 anni; Salvatore, 85 anni affetto di aneurisma, trombosi e cardiopatia; Maurizio, in carcere da 23 anni, invalido al 100% con accompagnatore; un altro 72enne affetto da leucemia e da cecità, un altro ergastolano affetto da due tumori, ecc.

riparare la ferita, spesso ad una intera vita di reclusione, attraverso il mero risarcimento pecuniario. Vale in buona misura anche per l'ergastolo l'osservazione secondo cui l'esecuzione della pena, «*est irrévocable et peut etre infligée à un innocent*»¹⁶⁻¹⁷.

Per queste ragioni, si può dire che la sanzione dell'ergastolo condivide con la pena di morte l'accusa di rappresentare una pena crudele, inumana, degradante e che viola il diritto alla vita.

3. Le recenti inversioni di rotta.

Recenti segnali, se da una parte insistono per un incremento dello strumento carcerario per la repressione del crimine, dall'altro lasciano intravedere aperture circa la possibilità di inquadrare almeno diversamente la forma attualmente più estrema di sanzione punitiva presente nel nostro ordinamento.

A tal proposito, è noto come Città del Vaticano¹⁸ abbia rivisto il proprio ordinamento espungendo dallo stesso la pena dell'ergastolo, sostituita con la detenzione da trenta fino al massimo di trentacinque anni, e Papa Francesco da tempo non perde occasione di richiamare l'attenzione sulla incongruità di una sanzione, definita alla stregua di una «morte nascosta», una sanzione che toglie al condannato ogni speranza, una pena senza futuro, insomma «un problema da risolvere»¹⁹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con il caso *Marcello Viola c. Italie* (Strasburgo, 13 giugno 2019) ha stabilito che una condanna a vita non soggetta a riduzione di pena ha violato la Convenzione, specificando che «la dignité humaine, qui se trouve au coeur meme du système mis en place par la Convention, empeche de priver une

¹⁶ *Rapport sur l'abolition de la peine de mort dans la Communauté européenne*, 17 aprile 1980, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1981: la pena di morte «è irrevocabile e può essere inflitta ad un innocente».

¹⁷ Secondo alcune voci elevatesi all'indomani della abolizione della pena di morte da parte del codice penale Zanardelli, con l'ergastolo il rischio di errori giudiziari, invece di diminuire, sarebbe aumentato: proprio perché la sanzione – diversamente dalla pena capitale – non è irreparabile, i giurati che normalmente non hanno idea della «crudeltà del modo di espiazione» avrebbero meno remore a condannare (C. Danusso, *Patibolo ed ergastolo*, cit., p. 62).

¹⁸ *Motu Proprio* papale, pubblicato l'11 luglio 2013 dall'*Osservatore romano*, che richiama la legge dello Stato della Città del Vaticano n. IX dell'11 luglio 2013 (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*).

¹⁹ «Mi pare urgente una conversione culturale, dove non ci si rassegni a pensare che la pena possa scrivere la parola fine sulla vita; dove si respinga la via cieca di una giustizia punitiva e non ci si accontenti di una giustizia solo retributiva; dove ci si apra a una giustizia riconciliativa e a prospettive concrete di reinserimento; dove l'ergastolo non sia una soluzione ai problemi, ma un problema da risolvere», scrive nel 2017 Francesco Bergoglio a Marco Pozza, cappellano del carcere di Padova, in vista di un convegno, e poi ancora, in occasione della visita ad un carcere femminile in Cile, nel 2018: «una pena senza futuro, una condanna senza futuro non è una condanna umana: è una tortura. Ogni pena che una persona si trova a scontare per pagare un debito con la società, deve avere un orizzonte, l'orizzonte di reinserirmi di nuovo e quindi di prepararmi al reinserimento. Questo esigetelo, da voi stesse e dalla società. Guardate sempre l'orizzonte, guardate sempre avanti verso il reinserimento nella vita ordinaria della società». Durante la sua visita alla prigione di Palmasola in Bolivia, il 10 luglio 2015, il Papa ha ricordato come «la detenzione non è la stessa cosa dell'esclusione», e non perde occasione per ammonire: non bisogna voltare le spalle alla speranza. Prima di lui, il cardinal Martini si era speso con forza in favore delle condizioni dei detenuti affermando «l'uomo è recuperabile» (dal libro *Non è giustizia*, Mondadori, 2004, p. 48).

personne de sa liberté par la contrainte sans oeuvre en meme temps a sa réinsertion ed sans lui fournir una chance de recouvrer un jour cette liberté» [§136]²⁰.

Le neuroscienze promuovono le teorie “ottimistiche” della pena, sottolineando gli effetti positivi della *restorative justice*, sottoponendo a critica la psicologia comune retributiva (c.d. “punizione altruistica”, il cui sostrato è formato da primordiali bisogni punitivi rimasti insoddisfatti²¹.

Da noi il campo di battaglia è rappresentato attualmente dal settore dei benefici carcerari, sempre più estesi a situazioni caratterizzate dall’applicazione dell’ergastolo: basti ricordare il recente intervento della Corte costituzionale in relazione ai condannati per i delitti di sequestro di persona – cui è conseguita la morte del sequestrato – di cui agli artt. 630 e 289 *bis* c.p., che ha colpito il divieto di applicazione a tali detenuti, prima del termine di ventisei anni di pena scontata, o degli specifici benefici di cui all’art. 58 *quater* comma 4 dell’ordinamento penitenziario (assegnazione al lavoro esterno, permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale)²² e l’ancora più recente questione sollevata dalla Corte di Cassazione sulla mancata possibilità di riconoscere benefici ai condannati per l’art. 416 *bis* c.p. che non abbiano collaborato con la giustizia²³.

Il tema, in realtà, risulta adeguatamente esplorato da tempo sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale.

Come spesso accade – vedi la non punibilità per irrilevanza o difetto di offensività di cui all’art. 131 *bis* c.p., in relazione alla figura del perdono giudiziale o la procedura di messa alla prova – è nel campo del diritto minorile che sono giocate d’anticipo alcune delle riforme più significative del diritto penale. Con l’ordinanza n. 160 del 1994²⁴ (pres. Casavola, est. Cheli) la Corte Costituzionale, pur ribadendo in linea di principio la compatibilità di una pena all’ergastolo “temperata” dalla previsione di determinate misure premiali rimesse alla valutazione non dell’amministrazione penitenziaria, ma dell’autorità giudiziaria, ha escluso – in forza del combinato disposto di cui agli artt. 27 e 31 comma 2 della Costituzione, trasformando in qualche modo il principio “rieducativo”, in principio “educativo” – l’applicabilità ai minori di pene perpetue quali l’ergastolo.

Certamente la distinzione tra minori e adulti soggetti a condanna per reati comportanti la massima pena rimane, ma l’apertura a forme di trattamento non definitivo dei condannati per i reati più gravi, pur se circoscritta al caso dei soli minorenni, consente di lasciare aperto il discorso ad una diversa considerazione per tutti i soggetti venuti in contatto con la giustizia. Oggi ulteriori novità sono anticipate dal decreto legislativo 2

²⁰ V. Corte Edu, sez. I, *Marcello Viola c. Italie (n° 2)*, Ricorso n. 77633/16, 13 giugno 2019 : «la dignità umana, che è al centro del sistema istituito dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà per coercizione senza allo stesso tempo lavorare per il suo reinserimento senza dargli la possibilità di recuperare un giorno questa libertà».

²¹ M.B. Magro, *Neuroscienze e teorie “ottimistiche” della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 ottobre 2018.

²² Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, pres. Lattanzi, est. Viganò. Vedila con il commento di T. Travaglia Cicirello, in *Diritto penale e processo*, 3/2019, p. 363.

²³ Cass. pen. ord. 20 novembre 2018 (dep. 20 dicembre 2018) n. 57913; la questione è stata risolta con il citato intervento parzialmente correttivo da parte di Corte Cost., n. 253 del 2019, cit. *supra*, nota 13.

²⁴ Il testo dell’ordinanza è disponibile [a questo indirizzo](#).

ottobre 2018, n. 121, con il quale si promuovono percorsi di giustizia riparativa, svolgimento di attività di utilità sociale, anche a titolo gratuito, o di volontariato.

In realtà è l'intero sistema della carcerizzazione ad essere coinvolto nella esigenza di revisione del sistema delle pene²⁵⁻²⁶, secondo istanze di revisione normativa più generali, al cui interno il tema dell'ergastolo occupa una sua posizione particolare, nella prospettiva non di abolire, ma di rendere umano il carcere, che era poi in definitiva anche quella – da posizioni ideologiche “di sinistra” - del suo massimo detrattore, Michel Foucault²⁷.

Sappiamo uscire dall'*impasse*?

Come nei casi più scottanti di confronto tra diritto e opinione pubblica, la soluzione è spesso a portata di mano, e già raccolta nelle riflessioni del passato di studiosi del calibro di Nuvolone o Carnelutti, che non hanno avuto dubbi a ritenere l'ergastolo contrario alla Costituzione. Insegna Nuvolone che il concetto di rieducazione non si identifica né con quello di pentimento né con quello di emenda, ma è un concetto **di relazione**, che presuppone la vita dell'uomo in società, «il suo ritorno in comunità, da cui è estraniato»²⁸. Non contrasta perciò con la norma costituzionale una pena **in concreto** perpetua, mentre contrasta indiscutibilmente con essa una pena **editualmente** perpetua, la pena detentiva può durare tutta la vita, se la rieducazione non è stata raggiunta, ma deve poter essere sempre temporanea, per cessare quando la rieducazione del condannato è stata attuata²⁹.

²⁵ Si parla – e non da poco – di «crisi del carcere», come istituzione in grado di regolare efficacemente i conti con chi riceve una condanna penale, distinguendo ad esempio tra crisi di contenimento (tema della sicurezza), crisi di disponibilità (*overcrowding*), crisi di condizioni di vita all'interno delle strutture penitenziarie, crisi di controllo (ripetersi di episodi di rivolta). Crisi di autorità (reperimento e formazione del *management*), crisi di visibilità (mancanza di trasparenza e di adeguate informazioni sulle condizioni di vita all'interno delle carceri), crisi di legittimità (circa il trattamento dei detenuti, e il percepito senso di ingiustizia da parte dei detenuti e delle loro famiglie); trago i concetti dalla approfondita indagine di M. Cavadino e J. Dignan, *The Penal System*, SAGE Publications, 1997. Da noi, cfr. l'efficace sintesi di F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, p. 521.

²⁶ D'altro canto, a fronte di una generale recrudescenza nell'uso della pena carceraria in funzione repressiva, si sottolineano i risvolti psicologici dell'esigenza di “punire”, come risposta irrazionale, dettata da un «impulso, più o meno represso, di cui la società delega gli effetti a determinate istituzioni e professioni» (D. Fassin, *Punire*, cit., p. 101).

²⁷ Cfr. le considerazioni di V. Scordamaglia, in generale ed a margine del libro *Abolire il carcere*, Chiarelettere, 2015, in *La Giustizia Penale*, 2015, I, pp. 299 e 346. Già Voltaire aveva avvertito che «la prigionia è comunque un tormento per quanto possa essere breve: è un tormento intollerabile quando si è visti condannare a vita» (*Prix de la justice et de l'humanité*, 1777). Filippo Turati, in un famoso discorso presentato alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904, definiva il carcere «il cimitero dei vivi». Calamandrei, nella seduta al senato del 27 ottobre 1948 descrive la situazione delle carceri, identificandole come luogo di tortura. Per un approfondimento dal punto di vista filosofico, diventa indispensabile a questo punto attingere alle riflessioni di Simone Weil, nei *Quaderni*, che sottolinea a più riprese come, se non interviene un principio di “purificazione”, la detenzione carceraria non è altro che trasferire il male dall'apparato carcerario al condannato, anche quando la pena non è sproporzionata (cito dal volume III dei *Quaderni*, nell'edizione della Biblioteca Adelphi, 1988, p. 360). Per ulteriori riflessioni, si veda ampiamente il recente libro di P. De Angelis, *Catarsi e giudizio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

²⁸ P. Nuvolone *Norma penale e principi costituzionali*, discorso inaugurale dell'anno accademico all'università di Pavia, apparso nel primo anno di pubblicazione della rivista *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 1253. Di Nuvolone v. anche *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 1.

²⁹ P. Nuvolone *Norma penale*, cit. p. 1253.

Nello stesso periodo, si pone la riflessione di Francesco Carnelutti, secondo cui rieducazione del condannato e pena perpetua sono inconciliabili: una rieducazione penale, quando la pena è perpetua, sarebbe una rieducazione «a vuoto»; l'ergastolo è un trattamento contrario al senso di umanità, perché la libertà dell'uomo è anche quella di «liberarsi», potenza dello spirito sulla materia, e riconoscere nell'altro un uomo vuol dire riconoscere in lui questa potenza, che può essere impacciata, attenuata, assopita, ma «non mai spenta». Il meno che la pena deve riconoscere nel condannato è, «secondo l'espressione del Vangelo, un lucignolo fumigante. La pena se è rieducativa è fatta, appunto per ravvivarne la fiamma. Solo a questa condizione la pena è umana»³⁰.

4. Può essere anche peggio.

Un capitolo a parte merita il tema dell'isolamento diurno, sanzione aggiuntiva alla pena dell'ergastolo, anacronistica, oltre che assolutamente illogica e ingiustificata.

Nei commenti al codice del 1930, se da un lato si sottolineava favorevolmente l'avvenuta eliminazione della segregazione cellulare continua³¹, apprezzando il carattere umanitario dell'innovazione legislativa, richiamando il costo e l'inutilità di una misura che è fonte solo di abbruttimento del reo e giudicando ingiustificato l'inasprimento di una pena che per la sua perpetuità è di per sé stessa estremamente afflittiva e intimidatrice, dall'altro si insisteva ancora sull'opportunità di mantenere la previsione dell'isolamento in funzione di pena nel caso di concorso con delitti che importassero pene detentive temporanee, «essendo necessario far sentire al colpevole il peso della responsabilità per gli altri delitti (altrimenti sarebbe favorita la ulteriore delinquenza di chi avesse già commesso un reato punibile con l'ergastolo)³².

Come già detto, l'isolamento diurno è misura **anacronistica**, perché l'odierna sensibilità non tollera che ai detenuti siano imposte misure umilianti e trattamenti contrari all'umanità³³. È misura **illogica**, perché, come già notato all'epoca, non aggiunge alcunché alle finalità di una pena perpetua, in termini di prevenzione speciale, risultando semmai controproducente, ed è altresì **ingiustificata**, poiché già si hanno altri casi nell'ordinamento di pene per così dire "mozzate", in cui una volta raggiunto il massimo della retribuzione non si dà corso ad aumenti di pena per eventuali ulteriori delitti commessi in concorso materiale, formale o per continuazione: basti pensare alle disposizioni di cui agli artt. 74 e

³⁰ P. Nuvolone *La pena dell'ergastolo*, cit. p. 1.

³¹ Il codice penale del 1889, sotto la denominazione di segregazione cellulare continua prevedeva l'isolamento del condannato all'ergastolo per la durata di anni sette, quale forma di esecuzione della pena: durissimo trattamento di rigore, soppresso dal codice del 1930.

³² Carlo Saltelli, sostituto procuratore generale e Enrico Romano-De Falco, consigliere di corte d'appello, licenziato alle stampe il 6 novembre 1930, anno IX, edito da UTET, 1931, all'indomani del nuovo codice penale, con tanto di dedica al Guardasigilli Alfredo Rocco.

³³ Nel 1927, ai verbali della Commissione consultiva sulla riforma del codice penale, istituita dal capo del governo, per una valutazione del progetto dell'on. Rocco, Ferri rivendicava di aver sin dal 1885 lanciato un grido d'allarme contro l'isolamento diurno, da lui definito «un'aberrazione del secolo XIX».

78 c.p., che pongono per i delitti – anche in concorso con eventuali pene contravvenzionali – il limite insuperabile di anni trenta di reclusione³⁴.

5. Osservazioni conclusive.

Un'ultima annotazione: sia consentito rilevare quanto la razionalità del sistema delle pene sia stata fortemente compromessa dall'introduzione dei riti alternativi.

L'omicidio semplice è punito con una pena nel massimo a ventiquattro anni (art. 575 c.p.). Quello contro parenti o affini nel massimo fino a trent'anni (art. 577 comma 2 c.p.). Quello aggravato con la pena dell'ergastolo (art. 576 c.p.). Il sistema entra in crisi con la necessità di diminuire la pena, nel caso di rito abbreviato, dove la pena dell'ergastolo diventa trent'anni, quella di trenta e tutte le intermedie, sino al minimo di ventuno (o ventiquattro, nel caso di cui all'art. 577 comma 2 c.p.) si abbassano di un terzo secco. Nelle prassi giudiziarie, non è infrequente leggere motivazioni in cui si oppone resistenza all'eliminazione di un'aggravante discrezionale (motivi abietti o futili, premeditazione, sevizie e crudeltà) o al riconoscimento di circostanze attenuanti per evitare il brusco abbassamento della pena, da trenta (pena sostitutiva dell'ergastolo) a sedici anni (massimo della pena per l'omicidio semplice, nel caso di giudizio abbreviato).

È il frutto di un evidente vuoto legislativo: il giudice non è lasciato libero di stabilire una pena intermedia, tra i trenta e i sedici anni di reclusione e viene costretto a scelte assolutamente irrazionali, del tipo "o tutto o nulla".

Giudici popolari, opinione pubblica e lo stesso imputato sono posti di fronte a scelte che non trovano alcuna logica giustificazione: è troppo sensibile il salto tra un omicidio aggravato, magari purgato dal semplice riconoscimento di attenuanti generiche, in cui la pena non potrà superare il massimo di ventiquattro anni di reclusione, e quello in cui la contestazione dell'aggravante permane in pienezza, con la conseguenza che la pena finale non potrà scendere sotto i trent'anni.

Una soluzione ragionevole poteva essere quella di allargare la forbice a disposizione del giudice, lasciando tutti gli omicidi volontari – compresi i casi di uccisione di un parente, di un figlio adottato, o di un affine – puniti con una pena da ventuno a trent'anni di reclusione: solo apparentemente l'inasprimento della sanzione sarebbe *in malam partem*, poiché negli effetti pratici chi sceglie di essere giudicato nelle forme del rito abbreviato beneficia di una minor resistenza da parte dei giudici ad applicare la pena dell'ergastolo, in favore di una sanzione temporanea, e la pena finale potrebbe essere così molto più agevolmente graduata e rapportata alle circostanze del caso concreto.

³⁴ Senza tener conto degli effetti distorsivi che la disposizione sull'isolamento pone nel caso di giudizio abbreviato, ove alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno si sostituisce quella dell'ergastolo semplice (art. 442 c.p.p.), minimizzando il beneficio della scelta del rito da parte dell'imputato (che invece, in ipotesi di ergastolo semplice, ottiene la diminuzione ad anni trenta di reclusione, mentre nel caso di anni trenta, la pena scende per effetto della scelta del rito ad anni venti: tutte ipotesi in partenza ugualmente plausibili, nel caso di omicidio aggravato).

Ma il legislatore ha preferito evitare ogni problema, ordinando il ripristino del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo, a partire dal 20 aprile 2019 (legge n. 33 del 12 aprile 2019): un enorme passo indietro, incurante dei moniti della Corte costituzionale e in evidente violazione dei valori di eguaglianza.

Per concludere queste brevi riflessioni, desidero riportare le parole di una delle più lucide menti del meridione d'Italia, mandato nel 1851 a Santo Stefano per scontare la pena dell'ergastolo, per delitti politici; napoletano, ma vissuto - da giovane docente di eloquenza - in Calabria, a Catanzaro:

«se io potessi alzar la voce, ed essere ascoltato, io direi: abolite la pena dell'ergastolo, la quale è ingiusta perché perpetua: rendete utili a se stessi ed allo stato tutti i condannati ai ferri...» (Luigi Settembrini)³⁵.

Ringraziamenti.

Ringrazio per la collaborazione alla stesura dell'articolo la d.ssa **Federica Russo**.

³⁵ L. Settembrini, *Opere scelte*, UTET, 1955, p. 429.

Opinione

— Un ponte tra noi e gli altri grazie alle neuroscienze – Ch. 2

Trascrizione dell'intervista a Marco Iacoboni¹

2. Neuroni specchio, **empatia** e **altruismo**

Neurologicamente parlando, è possibile rafforzare le nostre capacità empatiche?

Semplicemente fare i giochi imitativi potrebbe essere un *bottom-up approach to improve empathy*². Poi ci sono anche tanti altri modi, tecniche di immaginazione, immaginarsi qualcuno che attraversa un momento difficile e cercare di capire o di immaginare come poter aiutare questo personaggio fittizio, sono tutte tecniche, strategie ed esercizi che possono aiutare ad aumentare l'empatia.

La scansione cerebrale (*brain imaging*) può rivelare una scarsa capacità individuale di controllare gli impulsi?

Al momento direi ancora no, nel senso che non siamo bravissimi ancora a fare *individualized neuroscience*³.

¹ Prof. Marco Iacoboni, Neuroscienziato e Professore in Psichiatria e Scienze comportamentali presso la University of California di Los Angeles.

² «Un approccio *bottom-up* per potenziare l'empatia».

³ «Neuroscienza individualizzata».

Vorrei arrivare a quel livello, si parla molto di *precision medicine*⁴, ma *precision neuroscience*⁵... è un po' più difficile al momento.

Ancora dobbiamo fare studi di gruppo dove studiamo diversi soggetti così possiamo ridurre il livello di rumore, aumentare il segnale e fare delle conclusioni che sono conclusioni generalizzate piuttosto che a livello di individuo.

“Nella vita di tutti i giorni, la voglia di fare qualcosa può essere indotta da svariate sollecitazioni sociali, come nel caso di un soggetto dipendente dal fumo che veda altri fumare. Per i fumatori che cercano di smettere [...] l'interazione CON [...] è infatti uno degli elementi che più frequentemente anticipano una ricaduta”

(M. Iacoboni, *I neuroni specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Bollati Boringhieri, 2008, p. 185)

Il funzionamento del sistema mirroring potrebbe aiutare a far luce anche sui meccanismi della recidiva in ambito penale?

Direi di sì, l'esempio del fumo è un ottimo esempio perché cosa fa il fumatore? Si accende un sacco di sigarette al giorno, quindi ripete quell'atto in continuazione, quindi da un punto di vista semplicemente anche motorio, quest'atto viene ripetuto talmente tante volte e diventa molto più difficile sopprimerlo. Se una persona violenta è stata addestrata ad essere violenta, ha fatto atti di violenza ed è stata insieme a gente violenta, in un sistema violento per tanti anni diventa molto più difficile intervenire e cambiare il comportamento.

I comportamenti imitativi hanno un'influenza anche sull'atteggiamento nei confronti dell'autorità? La disobbedienza “si impara”?

Intanto, a livello sociale, probabilmente abbiamo tutta una serie di situazioni conflittuali, nel senso che io

“mi trovo intorno a tante persone e posso decidere chi limitare e chi non imitare”

Direi che l'imitazione è importante in una situazione appunto di ribellione, nel senso che chi si ribella ha bisogno anche di osservare altri che lo fanno con lui ci si sente di appartenere ad un certo gruppo.

⁴ «Medicina di precisione».

⁵ «Neuroscienza di precisione».

“Chi si ribella ha bisogno anche di osservare altri che lo fanno con lui”

Facciamo un esempio.

Ci troviamo di fronte due persone: una si comporta correttamente, l'altra ha un atteggiamento violento.

Chi tenderemo ad imitare, con chi delle due ci identificheremo?

Penso che ci siano una serie di variazioni individuali che decidono chi uno decide di imitare. Prevalentemente e statisticamente direi molte persone decideranno di imitare le persone che si comportano in modo corretto, ma non necessariamente.

Neuroni specchio e malattia mentale: il trattamento della schizofrenia

Siamo bravissimi dal punto di vista farmacologico a trattare certi sintomi. Sono paziente schizofrenico, vengo da te che sei uno psichiatra, sento voci che mi parlano in testa, tu mi dai certe pasticchine e le voci spariscono, quindi il sintomo va via. Ciononostante, da un punto di vista di funzionamento sociale, questi pazienti vanno malissimo in società nella vita reale. L'idea è che uno dei problemi che hanno è quello che si chiama appunto un difetto di *social cognition*, di cognizione sociale. Quindi capire come funziona il sistema *mirror*, che è considerato alla base ovviamente dei meccanismi empatici, e la mia empatia è considerata alla base della cognizione sociale, è importante perché nel momento in cui sappiamo se certi sottogruppi di pazienti hanno quel tipo di disturbo allora in quel caso è importante fare interventi di tipo più CBT – *Cognitive Behavior Therapy*, per cercare di migliorare l'empatia piuttosto che semplicemente dare la pillolina.

Empatia e altruismo

Per noi quest'idea che è abbastanza diffusa adesso, soprattutto dopo il lavoro di Dan Kahneman – *Thinking, Fast and Slow*, e l'esempio, più drammatico direi, di Paul Bloom, che è una persona intelligentissima che ha scritto questo libro, *Against Empathy, Contro l'empatia*, il sottotitolo è Il caso per la compassione razionale, come se queste due cose fossero completamente separate. In realtà, per noi non è così, siamo partiti soprattutto da considerazioni basate sulle neuroscienze, e quello che stiamo facendo è dimostrare la connessione tra la tendenza ad empatizzare e la tendenza ad essere altruisti.

“Stiamo cercando di dimostrare una connessione tra la tendenza ad empatizzare e la tendenza ad essere altruisti”

Generalmente abbiamo due tipi di esperimenti che abbiamo fatto, uno appunto sulla generosità e uno sui dilemmi morali. Si svolgono in due tappe, all'inizio il soggetto viene nel laboratorio e fa uno studio di *brain imaging*, gli mostriamo degli stimoli e fa dei *task* che appunto dovrebbero attivare la sua capacità, la sua tendenza ad empatizzare, vedere qualcuno che sta soffrendo, vedere facce che esprimono emozioni, imitare quelle facce, vediamo l'attività cerebrale e poi al di fuori dello *scanner*, in un'altra stanza, spesso in un'altra seduta, i soggetti fanno un gioco economico, è un gioco che gli economisti chiamano di *costly altruism*.

È pura generosità. E quello che riusciamo a vedere è che l'attività del cervello, quando il soggetto vede qualcuno che sente dolore o vede il soggetto esprimere un'emozione positiva o negativa predice quanti soldi il soggetto è disposto a dare, ad elargire ad altri individui.

Come si dimostra l'esistenza di un rapporto causale tra ciò che si vede tramite la scansione cerebrale e il comportamento tenuto dalla persona sottoposta a *brain imaging*?

Il bello dell'*imaging* è che ti permette di vedere attività su tutto il cervello, ma quello che vediamo sono appunto aree del cervello che si attivano o no durante certi compiti, ma non ci permettono di dire se quell'attivazione è necessaria per il comportamento del soggetto. Abbiamo adesso una serie di tecniche che chiamiamo in generale, *Non Invasive Brain Stimulation*, stimolazione cerebrale non invasiva, che ci permette di interferire con l'attività di certe aree del cervello e vedere se il comportamento cambia.

In particolare: la stimolazione cerebrale nell'ambito degli studi sull'altruismo

Dopo aver mappato le aree che erano importanti per predire la generosità nei soggetti, abbiamo stimolato queste aree in modo che alcune aree, che erano le aree che possiamo dire più di controllo, quindi riducevano la generosità, sono state in qualche modo messe a dormire per un certo periodo di tempo e abbiamo visto che i soggetti erano appunto più generosi.

Siamo "buoni per natura"?

Non voglio dire che necessariamente siamo tutti così, la natura umana è così necessariamente buona alla Rousseau, ma in realtà il nostro esperimento fa pensare qualcosa del genere, nel momento in cui riduciamo il controllo cognitivo, quello che emerge è appunto questa tendenza ad essere generosi.

[continua]

Riflessione

— La lezione di Max Weber

Max Weber's lesson*di Francesco Provinciali*

Contributo originariamente apparso sulla Rivista [Mente politica](#), 3 ottobre 2020 e qui ripubblicato, con lievi modifiche apportate dall'Autore.

Parafrasando un pensiero di Marguerite Yourcenar e usandolo come metafora calzante, addentrarsi nel “granaio” della sterminata produzione del grande pensatore «è come mettere da parte riserve contro l'inverno dello spirito, che da molti indizi mio malgrado vedo arrivare»¹.

Ci ha pensato recentemente il filosofo Massimo Cacciari a rievocare questa figura carismatica con la sua opera *“Il lavoro dello spirito”*, che implicitamente risponde al timore della scrittrice francese².

Più modestamente qui basterebbe richiamare – nella mole densa e feconda delle sue riflessioni – le due conferenze tenute dal Weber tra il 1917 e il 1919 all'Università di Monaco: *“La scienza come professione”* e *“La politica come professione”*, accorpate – nell'edizione a mie mani del 1971 – con la pregevole e insuperata traduzione di Antonio Giolitti e la prefazione di Delio Cantimori, in un libro che le riassume sotto il titolo de *“Il lavoro intellettuale come professione”*.

Come acutamente osservato da Cacciari il senso delle due lezioni weberiane, oltre ad offrire fermenti di pensiero importanti alla Germania uscita sconfitta dalla I guerra mondiale e a tracciare il profilo dello scienziato e del politico secondo categorie

¹ M. Yourcenar, *Memorie di Adriano*, Richter, 1953 – Einaudi, 1988.

² M. Cacciari, *Il lavoro dello spirito*, Adelphi, 2020.

concettuali utili a tracciarne le caratteristiche del “lavoro professionale”, si esprime nella visione del processo di parlamentarizzazione-democratizzazione come dell’unica forma possibile di governo delle potenze del *Gestell* (“impianto, sistema”) tecnico-economico-finanziario. In sostanza la sociologia di Max Weber è il tentativo di dare un’analisi della formazione sociale – storicamente definita e determinata ma aperta all’astrazione di una sociologia formale – dell’età moderna in Europa. Gettando le basi teoriche del pensiero scientifico e politico moderno come modalità di espressione e di elaborazione della loro dimensione di esercizio di una professione intellettuale.

Con tutti i codici etici, deontologici, esperienziali, di competenza che stanno alla base della costituzione di un modello di Stato, giunto spurio e inquinato dai fatti della Storia, dai conflitti intrinseci al capitalismo e all’influenza delle religioni, oltre che dagli accomodamenti contingenti del relativismo, fino ai nostri giorni.

Rileggere Max Weber e questo suo imponente tentativo di sintesi e di definizione ci riporta alle radici della sua fondativa e paradigmatica elaborazione teorica. In questa sede – dissimulando l’arduo compito di una “ricapitolazione” complessiva del pensiero weberiano – piace soffermarsi brevemente su alcune intuizioni che dovrebbero riproporsi sul piano culturale ma che appaiono ribaltate sul piano pragmatico e prassico da alcune prevalenti e distorsive visioni della scienza e della politica che ci sono contemporanee.

Colpisce l’idea centrale di quel *Beruf* più volte evocato nelle due conferenze e che vale tanto per la scienza che per la politica: *Beruf* come professione ma anche come vocazione (nella duplice traduzione letterale), che non si chiarisce nella prassi se non è sorretta da una forte e rigorosa motivazione etica.

Inutile dire che i concetti di democrazia e bene comune dovrebbero derivare da una intima convinzione, ciò che potremmo definire come *Erlebnis*, esperienza interiormente vissuta più che mercenario mestiere assoldato dagli interessi della convenienza.

Basterebbero questi brevi cenni per misurare il declino e le degenerazioni di una concezione disinvolta del potere e della politica e dei suoi modelli sociali, unite al travisamento della democrazia parlamentare del nostro tempo, per comprendere il decadimento della politica da “professione” a “mestiere”, nel senso deteriore del termine e dei politici a mestieranti, non di nobile professione ma di facili, disinvolute carriere.

Si aggiunga il concetto di razionalizzazione come progressivo disincantamento del mondo: non conoscenza totalizzante e pervasiva della condizioni di vita che ci circondano, bensì inteso come prevalenza della ragione e dell’uso del pensiero critico in ogni approccio esperienziale con la realtà.

Siamo agli antipodi della globalizzazione, dell’omologazione culturale, dell’uso della tecnica e delle macchine come surrogati esterni che sostituiscono i processi di emancipazione interiore.

Siamo anche agli antipodi dello sviluppo delle potenzialità creative che sono generate dalla libertà del pensiero pensante a favore degli stereotipi e dei luoghi comuni. Per non parlare – a proposito dei vizi del politico – della vanità, dell’istinto di potenza come

oggetto dell'autoesaltazione individuale che ci ricordano le derive di personalizzazione della politica che generano oligarchie alternative alla democrazia come processo autenticamente "aperto" al progresso e al bene comune se premia il merito certificato all'apparire del vero.

Ricordando il valore che Weber attribuiva alla burocrazia come impianto solido di un sistema istituzionale efficiente, non possiamo esimerci dal constatare l'odierna degenerazione oppressiva della burocrazia come apparato costoso, inutile ed autoreferenziale, strumento in mano alla politica o da essa delegato ad azioni di supplenza che non gli appartengono.

Senza dimenticare – per concludere queste breve rivisitazione – il valore dell'*ethos* della politica e della ricerca della verità, della "giustificazione dei mezzi" per il raggiungimento dei fini, della compresenza tra etica della convinzione ed etica della responsabilità.

La «politica si fa con il cervello ma non solo», affermava Max Weber in ciò richiamando le regole del rigore morale: «Non posso far diversamente e da qui non mi muovo. Non importa, continuiamo»³.

«Solo un uomo siffatto ha la vocazione (*Beruf*) per la politica»⁴.

La conclusione della sua seconda conferenza è premonitrice e non difetta di lungimiranza: «Ebbene cari amici, su questi punti vorrei riparlare con voi da qui a dieci anni»⁵.

Ne sono passati cento – non solo dieci – e si ha la sensazione che su molti aspetti di come oggi sono intese e praticate scienza e politica, bisognerebbe avere il coraggio di ripartire dalla lezione di Max Weber.

³ M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione. Parte seconda. La politica come professione*, Nota introduttiva di D. Cantimori (traduzione di A. Giolitti), Einaudi, 1971.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

Riflessione

— Il Papa dalla parte degli ultimi

Il delitto e il perdono. Al di là della retribuzione?

The Pope on the side of the last

Crime and forgiveness. Beyond retribution?

di Redazione

Estratto dal capitolo settimo dell'enciclica di **Papa Francesco**, *Fratelli tutti. Lettera Enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale*, Libreria Editrice Vaticana, 5 ottobre 2020.

Soprattutto con gli ultimi.

233. La promozione dell'amicizia sociale implica non solo l'avvicinamento tra gruppi sociali distanti a motivo di qualche periodo storico conflittuale, ma anche la ricerca di un rinnovato incontro con i settori più impoveriti e vulnerabili. La pace «non è solo assenza di guerra, ma l'impegno instancabile – soprattutto di quanti occupiamo un ufficio di maggiore responsabilità – di riconoscere, garantire e ricostruire concretamente la dignità, spesso dimenticata o ignorata, dei nostri fratelli, perché possano sentirsi protagonisti del destino della propria nazione»¹.

234. Spesso gli ultimi della società sono stati offesi con generalizzazioni ingiuste. Se talvolta i più poveri e gli scartati reagiscono con atteggiamenti che sembrano antisociali, è importante capire che in molti casi tali reazioni dipendono da una storia di disprezzo e di mancata inclusione sociale. Come hanno insegnato i Vescovi

¹ *Discorso alle Autorità, alla società civile e al Corpo diplomatico, Maputo – Mozambico* (5 settembre 2019): *L'Osservatore Romano*, 6 settembre 2019, p. 6.

latinoamericani, «solo la vicinanza che ci rende amici ci permette di apprezzare profondamente i valori dei poveri di oggi, i loro legittimi aneliti e il loro specifico modo di vivere la fede. L'opzione per i poveri deve portarci all'amicizia con i poveri»².

235. Quanti pretendono di portare la pace in una società non devono dimenticare che l'inequità e la mancanza di sviluppo umano integrale non permettono che si generi pace. In effetti, «senza uguaglianza di opportunità, le diverse forme di aggressione e di guerra troveranno un terreno fertile che prima o poi provocherà l'esplosione. Quando la società – locale, nazionale o mondiale – abbandona nella periferia una parte di sé, non vi saranno programmi politici, né forze dell'ordine o di *intelligence* che possano assicurare illimitatamente la tranquillità»³. Se si tratta di ricominciare, sarà sempre a partire dagli ultimi [...].

Le lotte legittime e il perdono.

241. Non si tratta di proporre un perdono rinunciando ai propri diritti davanti a un potente corrotto, a un criminale o a qualcuno che degrada la nostra dignità. Siamo chiamati ad amare tutti, senza eccezioni, però amare un oppressore non significa consentire che continui ad essere tale; e neppure fargli pensare che ciò che fa è accettabile. Al contrario, il modo buono di amarlo è cercare in vari modi di farlo smettere di opprimere, è togliergli quel potere che non sa usare e che lo deforma come essere umano. Perdonare non vuol dire permettere che continuino a calpestare la dignità propria e altrui, o lasciare che un criminale continui a delinquere. Chi patisce ingiustizia deve difendere con forza i diritti suoi e della sua famiglia, proprio perché deve custodire la dignità che gli è stata data, una dignità che Dio ama. Se un delinquente ha fatto del male a me o a uno dei miei cari, nulla mi vieta di esigere giustizia e di adoperarmi affinché quella persona – o qualunque altra – non mi danneggi di nuovo né faccia lo stesso contro altri. Mi spetta farlo, e il perdono non solo non annulla questa necessità bensì la richiede.

242. Ciò che conta è non farlo per alimentare un'ira che fa male all'anima della persona e all'anima del nostro popolo, o per un bisogno malsano di distruggere l'altro scatenando una trafila di vendette [...].

Il vero superamento.

244. Quando i conflitti non si risolvono ma si nascondono o si seppelliscono nel passato, ci sono silenzi che possono significare il rendersi complici di gravi errori e peccati. Invece la vera riconciliazione non rifugge dal conflitto, bensì si ottiene *nel* conflitto, superandolo attraverso il dialogo e la trattativa trasparente, sincera e paziente. La lotta tra diversi settori, «quando si astenga dagli atti di inimicizia e

² V Conferenza Generale dell'Episcopato Latinoamericano e dei Caraibi, *Documento di Aparecida* (29 giugno 2007), 398 (ed. it. EDB, Bologna 2014).

³ Esort. ap. *Evangelii gaudium* (24 novembre 2013), 59: AAS 105 (2013), 1044.

dall'odio vicendevole, si trasforma a poco a poco in una onesta discussione, fondata nella ricerca della giustizia»⁴.

245. Più volte ho proposto «un principio che è indispensabile per costruire l'amicizia sociale: l'unità è superiore al conflitto. [...] Non significa puntare al sincretismo, né all'assorbimento di uno nell'altro, ma alla risoluzione su di un piano superiore che conserva in sé le preziose potenzialità delle polarità in contrasto»⁵. Sappiamo bene che «ogni volta che, come persone e comunità, impariamo a puntare più in alto di noi stessi e dei nostri interessi particolari, la comprensione e l'impegno reciproci si trasformano [...] in un ambito dove i conflitti, le tensioni e anche quelli che si sarebbero potuti considerare opposti in passato, possono raggiungere un'unità multiforme che genera nuova vita»⁶.

La pena di morte.

263. C'è un altro modo di eliminare l'altro, non destinato ai Paesi ma alle persone. È la pena di morte. San Giovanni Paolo II ha dichiarato in maniera chiara e ferma che essa è inadeguata sul piano morale e non è più necessaria sul piano penale⁷. Non è possibile pensare a fare passi indietro rispetto a questa posizione. Oggi affermiamo con chiarezza che «la pena di morte è inammissibile»⁸ e la Chiesa si impegna con determinazione a proporre che sia abolita in tutto il mondo⁹.

264. Nel Nuovo Testamento, mentre si chiede ai singoli di non farsi giustizia da sé stessi (cfr *Rm* 12,17.19), si riconosce la necessità che le autorità impongano pene a coloro che fanno il male (cfr *Rm* 13,4; *1 Pt* 2,14). In effetti, «la vita in comune, strutturata intorno a comunità organizzate, ha bisogno di regole di convivenza la cui libera violazione richiede una risposta adeguata»¹⁰. Ciò comporta che l'autorità pubblica legittima possa e debba «comminare pene proporzionate alla gravità dei delitti»¹¹ e che garantisca al potere giudiziario «l'indipendenza necessaria nell'ambito della legge»¹².

265. Fin dai primi secoli della Chiesa, alcuni si mostrarono chiaramente contrari alla pena capitale. Ad esempio, Lattanzio sosteneva che «non va fatta alcuna distinzione: sempre sarà un crimine uccidere un uomo»¹³. Papa Nicola I esortava: «Sforzatevi di liberare dalla pena di morte non solo ciascuno degli innocenti, ma anche tutti i

⁴ Esort. ap. *Evangelii gaudium* (24 novembre 2013), 228: AAS 105 (2013), 1113.

⁵ *Discorso alle Autorità, alla società civile e al Corpo diplomatico, Riga – Lettonia* (24 settembre 2018): *L'Osservatore Romano*, 24-25 settembre 2018, p. 7.

⁶ Cfr. Lett. enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), 56: AAS 87 (1995), 463-464.

⁷ *Discorso in occasione del 25° anniversario del Catechismo della Chiesa Cattolica* (11 ottobre 2017): AAS 109 (2017), 1196.

⁸ Cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Lettera ai Vescovi circa la nuova redazione del n. 2267 del Catechismo della Chiesa Cattolica sulla pena di morte* (1 agosto 2018): *L'Osservatore Romano*, 3 agosto 2018, p. 8.

⁹ *Discorso a una delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale* (23 ottobre 2014): AAS 106 (2014), 840.

¹⁰ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, 402.

¹¹ S. Giovanni Paolo II, *Discorso all'Associazione Nazionale Magistrati* (31 marzo 2000), 4: AAS 92 (2000), 633.

¹² *Divinae Institutiones* VI, 20, 17: *PL* 6, 708.

¹³ *Epistula* 97 (responsa ad consulta bulgarorum), 25: *PL* 119, 991.

colpevoli»¹⁴. In occasione del giudizio contro alcuni omicidi che avevano assassinato dei sacerdoti, Sant'Agostino chiese al giudice di non togliere la vita agli assassini, e lo giustificava in questo modo: «Non che vogliamo con ciò impedire che si tolga a individui scellerati la libertà di commettere delitti, ma desideriamo che allo scopo basti che, lasciandoli in vita e senza mutilarli in alcuna parte del corpo, applicando le leggi repressive siano distolti dalla loro insana agitazione per esser ricondotti a una vita sana e, tranquilla, o che, sottratti alle loro opere malvage, siano occupati in qualche lavoro utile. Anche questa è bensì una condanna, ma chi non capirebbe che si tratta più di un beneficio che di un supplizio, dal momento che non è lasciato campo libero all'audacia della ferocia né si sottrae la medicina del pentimento? [...] Sdegnati contro l'iniquità in modo però da non dimenticare l'umanità; non sfogare la voluttà della vendetta contro le atrocità dei peccatori, ma rivolgi la volontà a curarne le ferite»¹⁵.

266. Le paure e i rancori facilmente portano a intendere le pene in modo vendicativo, quando non crudele, invece di considerarle come parte di un processo di guarigione e di reinserimento sociale. Oggi, «tanto da alcuni settori della politica come da parte di alcuni mezzi di comunicazione, si incita talvolta alla violenza e alla vendetta, pubblica e privata, non solo contro quanti sono responsabili di aver commesso delitti, ma anche contro coloro sui quali ricade il sospetto, fondato o meno, di aver infranto la legge [...]».

C'è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate, che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose. I meccanismi di formazione di queste immagini sono i medesimi che, a suo tempo, permisero l'espansione delle idee razziste»¹⁶. Ciò ha reso particolarmente rischiosa l'abitudine sempre più presente in alcuni Paesi di ricorrere a carcerazioni preventive, a reclusioni senza giudizio e specialmente alla pena di morte.

267. Desidero sottolineare che «è impossibile immaginare che oggi gli Stati non possano disporre di un altro mezzo che non sia la pena capitale per difendere dall'aggressore ingiusto la vita di altre persone». Particolare gravità rivestono le cosiddette esecuzioni extragiudiziarie o extralegali, che «sono omicidi deliberati commessi da alcuni Stati e dai loro agenti, spesso fatti passare come scontri con delinquenti o presentati come conseguenze indesiderate dell'uso ragionevole, necessario e proporzionato della forza per far applicare la legge»¹⁷.

268. «Gli argomenti contrari alla pena di morte sono molti e ben conosciuti. La Chiesa ne ha opportunamente sottolineato alcuni, come la possibilità dell'esistenza dell'errore giudiziario, e l'uso che di tale pena fanno i regimi totalitari e dittatoriali, che la utilizzano come strumento di soppressione della dissidenza politica o di persecuzione delle minoranze religiose e culturali, tutte vittime che per le loro rispettive legislazioni sono "delinquenti". Tutti i cristiani e gli uomini di buona volontà sono dunque chiamati oggi a lottare non solo per l'abolizione della pena di morte, legale o illegale che sia, e in

¹⁴ *Epistula ad Marcellinum*, 133, 1.2: PL 33, 509.

¹⁵ *Discorso alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale* (23 ottobre 2014): AAS 106 (2014), 840-841.

¹⁶ *Ibid.* AAS 106 (2014), 842.

¹⁷ *Ibid.*

tutte le sue forme, ma anche al fine di migliorare le condizioni carcerarie, nel rispetto della dignità umana delle persone private della libertà. E questo, io lo collego con l'ergastolo. [...] L'ergastolo è una pena di morte nascosta»¹⁸.

269. Ricordiamo che «neppure l'omicida perde la sua dignità personale e Dio stesso se ne fa garante». Il fermo rifiuto della pena di morte mostra fino a che punto è possibile riconoscere l'inalienabile dignità di ogni essere umano e ammettere che abbia un suo posto in questo mondo. Poiché, se non lo nego al peggiore dei criminali, non lo negherò a nessuno, darò a tutti la possibilità di condividere con me questo pianeta malgrado ciò che possa separarci.

270. I cristiani che dubitano e si sentono tentati di cedere a qualsiasi forma di violenza, li invito a ricordare l'annuncio del libro di Isaia: «Spezzeranno le loro spade e ne faranno aratri» (2,4). Per noi questa profezia prende carne in Gesù Cristo, che di fronte a un discepolo eccitato dalla violenza disse con fermezza: «Rimetti la tua spada al suo posto, perché tutti quelli che prendono la spada, di spada moriranno» (Mt 26,52). Era un'eco di quell'antico ammonimento: «Domanderò conto della vita dell'uomo all'uomo, a ognuno di suo fratello. Chi sparge il sangue dell'uomo, dall'uomo il suo sangue sarà sparso» (Gen 9,5-6). Questa reazione di Gesù, che uscì spontanea dal suo cuore, supera la distanza dei secoli e giunge fino a oggi come un costante richiamo.

¹⁸ S. Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), 9: AAS 87 (1995), 411.

Riflessione

— La penna e la forca. Introduzione

The pen and the gallows. Introduction*di Antonio Salvati*

Estratto dall'introduzione del volume [La penna e la forca](#), di Antonio Salvati, pubblicato da Intrecci Edizioni, 2020, pp. 30 ss.

«... Anche il libro è una cosa, lo si può mettere su un tavolo e guardarlo soltanto, magari per tener su un tavolino zoppo lo si può usare o per sbatterlo in testa a qualcuno: ma se lo apri e leggi diventa un mondo; e perché ogni cosa non si dovrebbe aprire e leggere ed essere un mondo?»¹.

Leonardo Sciascia

«La pietà è la legge principale,
forse l'unica vera legge dell'esistenza umana»².

Fedor Dostoevskij

«Quando diventarono criminali,
allora istituirono la giustizia
e si imposero interi codici per difenderla,
e per garantire l'osservanza dei codici inventarono
la ghigliottina»³.

Fedor Dostoevskij

¹ Cfr. Leonardo Sciascia, *Gli zii di Sicilia*, Adelphi Milano, 1992.

² Cfr. Fedor Dostoevskij, *L'idiota*, Einaudi Torino, 1991.

³ Cfr. Fedor Dostoevskij, *Il sogno di un uomo ridicolo*, in Fedor Dostoevskij, *Racconti*, Mondadori, Milano 2001, p. 827.

Certamente l'esigenza – sollevata da diversi scrittori – di una **riprogettazione** dei sistemi penali resta attuale, come ha con forza sostenuto autorevolmente anche il papa Giovanni Paolo II (i giuristi sono chiamati «a riflettere sul senso della pena e ad aprire nuove frontiere per la collettività»), assegnando portata fondamentale al fine del recupero di chi abbia trasgredito la legge («Siamo ancora lontani dal momento in cui la nostra coscienza potrà essere certa di aver fatto tutto il possibile ... per offrire a chi delinque la via di un riscatto e di un nuovo inserimento positivo nella società»).

Nel pensiero del Papa emerge altresì una critica molto netta della centralità tradizionalmente assegnata alla detenzione («I dati che sono sotto gli occhi di tutti ci dicono che questa forma punitiva in genere riesce solo in parte a far fronte al fenomeno della delinquenza. Anzi, in vari casi i problemi che crea sono maggiori di quelli che tenta di risolvere. Ciò impone un ripensamento in vista di una qualche revisione»), critica con la quale viene, dunque, accolta la prospettiva di un ricorso al carcere in termini di rigorosa sussidiarietà (o *extrema ratio*) e promossa l'introduzione di pene alternative⁴.

Senz'altro alcuni degli autori presi in considerazione possono essere annoverati nel filone della "letteratura impegnata". Si tratta di uomini di lettere che hanno desiderato esprimere una letteratura strettamente legata alla politica e alle sue battaglie. Lo scrittore impegnato desidera che il suo impegno appaia nella letteratura stessa, anzi che la letteratura sia parte integrante del dibattito politico. Assai emblematico è il caso francese con scrittori "engagés" come Sartre, Camus, Malraux e Bernanos che si preoccupavano della loro epoca e combattevano a colpi di "pamphlet" e di manifesti per difendere le loro idee e i loro ideali.

Diversi studiosi hanno sottolineato come l'"impegno" espresso da alcuni letterati francesi nel periodo che immediatamente precede e segue la seconda guerra mondiale è il risultato di un lungo percorso, che ha avuto le sue figure tutelari (filosofi e scrittori che vanno da Pascal a Victor Hugo) e i suoi momenti fondatori. Un'opera importante, *Se questo è un uomo* di Primo Levi, resta a tutti gli effetti un capolavoro, con le sue incalcolabili e benefiche implicazioni pedagogiche, proprio perché in quel libro, vi sono una lingua e un'idea della verità come testimonianza⁵, seppur l'autore precisa che

«per la prima volta ci siamo accorti che la nostra lingua manca di parole per esprimere questa offesa, la demolizione di un uomo».

Se analizziamo con uno sguardo complessivo questi scritti, vediamo che tutti gli autori considerati assumono, verso la pena, verso la legge penale, verso le istituzioni giuridiche, un atteggiamento quanto meno critico: un approccio che va da forme di diffidenza, di scetticismo, di critica moderata in vista di una riforma, a modalità più decise di condanna radicale (è il caso, ad esempio, di Tolstoj).

⁴ Cfr. *Messaggio del sommo Pontefice Giovanni Paolo II per il Giubileo nelle carceri*, 9 luglio 2000, Libreria Editrice Vaticana 2000, p. 8.

⁵ Cfr. Massimo Onofri, *Tra la letteratura e il potere, la forza d'urto della verità*, Avvenire, 1 maggio 2011.

Alcuni degli autori trattati hanno fatto esperienza del carcere maturando rabbia e nello stesso tempo voglia di raccontare, come ben esprime uno dei maggiori poeti russi Osip Mandel'stam:

«Togliendomi i mari, la corsa e il volo e dando al piede l'appoggio di una terra coatta, che cosa avete ottenuto? Bel calcolo: non potevate amputarmi le labbra che si muovono».

Come nel caso di Pasternak, la vita e le opere di Mandel'stam, nato nel 1891, hanno testimoniato le difficoltà della vita al tempo di Stalin. La poesia suddetta è stata scritta durante un periodo di confino. È stato condannato a diversi anni di lavori forzati per "**attività controrivoluzionarie**". Muore nel 1938 durante il trasferimento verso un campo di lavoro in Siberia. Non a caso, del suo tempo, del suo secolo scrisse:

«Mio secolo mio, mia belva, chi potrà/guardarti dentro gli occhi/ e saldare con il suo sangue/ le vertebre di due secoli?»⁶.

In realtà i toni, i modi, gli accostamenti al tema del diritto e della pena di morte sono diversi nei vari autori, ma a tutti è comune una visione e una preoccupazione di fondo: si tratta della preoccupazione per la difesa della dignità umana, troppo spesso nella storia conculcata in molti sistemi penali e indifesa di fronte l'arbitrio politico. Inoltre, l'accettabilità morale e la ragionevolezza della risposta ai reati è fatta chiaramente dipendere da una valutazione dei loro contenuti e dei loro fini, escludendo qualsiasi riferimento a una pretesa giustizia intrinseca della pena retributiva, cioè concepita, in sostanza, come riproduzione per analogia del male commesso.

Purtroppo, da alcuni anni le percezioni sulla giustizia sono attraversate da ondate emozionali: processi spettacolarizzati, morbosità sui dettagli di cui la stampa è piena, magistrati o avvocati come star televisive, dibattiti accesi sulle sentenze. Il bisogno di sicurezza appare come la nuova medicina davanti allo spaesamento e alla paura. Anche il dibattito sulla pena di morte soffre di tali eccessi, e qualcuno prova a rievocarla. Sicuramente non appare più così scandalosa come solo qualche anno fa [...].

Pascal si soffermò a lungo sull'irriducibilità totale fra giustizia e diritto. Anzi, l'esistenza stessa del diritto sembra essere prova dell'impossibilità per l'uomo di realizzare la giustizia. L'incapacità della nostra cultura, giuridica ma non solo, di fare i conti con questi temi fondativi è testimoniata dalla sfasatura evidente fra le risposte insufficienti che vengono date allo statuto della pena e l'attività giurisdizionale, che procede come se tutto fosse già stabilito. Il modello correzionalista e quello preventivo sono in crisi, vittima di quella che Nietzsche definì l'origine economica e contrattualista della legge e della pena, da ricercarsi nel rapporto fra creditore e debitore e nella promessa della restituzione.

Una ricostruzione genealogica che alla fine si basa sul piacere della sofferenza dell'altro, nel momento in cui chi contrae il debito offre come pegno il proprio corpo, la propria donna o la propria libertà e finanche la propria vita. Secondo la pensatrice francese Simone Weil il rischio è quello di considerare l'imputato non un essere umano ma un

⁶ Cfr. Osip Mandel'stam, *Quaderni di Voronež, Ottanta poesie*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2009.

oggetto. Cosa che capita se si prescinde da un'impostazione religiosa: senza un riferimento a Dio la prospettiva che si delinea non può essere altro che infernale⁷.

Queste preoccupazioni, che stanno al fondo del pensiero di tutti gli autori trattati, ci mostrano che i giuristi possono avere spesso da imparare dai letterati: l'insegnamento che molti scrittori possono dare ai giuristi consiste nell'indicazione che troppo spesso le istituzioni giuridiche (e di riflesso l'opinione pubblica nel suo complesso) ottengono il risultato opposto a quello che si prefiggono, che la difesa della certezza del diritto e della dignità dell'uomo deve essere oggetto di una continua e gelosa attenzione, e che è cosa assai difficile costruire il diritto – soprattutto il diritto penale – in modo che sia realmente a misura dell'uomo.

Del resto nessun sistema creato dall'uomo è perfetto, e il sistema dell'oppressione non fa eccezione. E alcune pagine sembrano mostrare che l'inferno è creato dall'uomo e che è l'uomo stesso a governarlo, come sostiene il poeta iraniano Reza Baraheni:

«Essendo uscito da quell'inferno, so che non ha nulla di soprannaturale. È un inferno creato da un uomo per un altro uomo, e dovrebbe essere distrutto dall'uomo»⁸.

⁷ Vedi Roberto Righetto, *Da Pascal a Simone Weil. Il dilemma della giustizia*, Avvenire del 15 novembre 2019.

⁸ Il brano è riportato in AA.VV., *Scrittori dal carcere*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 19.

Riflessione

— I decreti “sicurezza”, l’immobilismo del parlamento, la supplenza del giudice

*The "security" decrees, the immobility of the parliament and the role of substitution exercised by judges**

di Maria Rosaria Donnarumma

Abstract. *I decreti "sicurezza" n. 113 del 2018 e n. 53 del 2019, varati dal governo Movimento 5 Stelle – Lega (in carica dal 1° giugno 2018 al 5 settembre 2019) e voluti fortemente dall'allora ministro dell'interno Matteo Salvini, hanno segnato un'ulteriore e grave involuzione della politica italiana dell'immigrazione, e pongono in risalto ancora una volta, di fronte all'immobilismo del parlamento, la supplenza dei giudici.*

Supplenza non solo della Corte costituzionale, di cui si esaminano nel presente studio le sentenze n. 194 e n. 195 del 2019 e la recente sentenza n. 186 del 2020, ma anche della magistratura ordinaria che, prima dell'intervento di quest'ultima sentenza, ha cercato di superare l'ostacolo al riconoscimento del diritto dei richiedenti asilo all'iscrizione anagrafica mediante una lettura non rigida dell'articolo 13 del primo decreto "sicurezza". Si aggiunga l'importantissima sentenza del Tribunale civile di Roma n. 22917 del 2019, riaffermante il principio del non respingimento, nel solco della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

C'è da augurarsi che, anche sotto l'impulso delle decisioni dei giudici, la politica italiana e, quindi, il legislatore recuperino una visione più rispettosa dei diritti umani nei confronti del fenomeno migratorio, il che contribuirebbe a restituire all'Italia credibilità e autorevolezza per le sfide da affrontare nell'Unione europea.

Abstract. *The "security" decrees no. 113 of 2018 and no. 53 of 2019, that were enacted by the 5 Stars Movement and League Government (in office from 1 June 2018 to 5 September 2019) and strongly supported by the then Minister of the Interior Matteo Salvini, marked a further and serious involution of the Italian immigration policy, and highlight once again, in the face of the inaction of parliament, the role of substitution exercised by judges.*

The substitution role was exercised not only by the Constitutional Court, whose judgments no. 194 and no. 195 of 2019 and the recent judgment no. 186 of 2020 are examined in this study, but also by the ordinary judiciary which, before the intervention of this last judgment, tried to overcome the obstacle to the recognition of the right of asylum seekers to register through a non-rigid reading of article 13 of the first "security" decree. Add to this the very important judgment of the Civil Court of Rome no. 22917 of 2019, reaffirming the principle of non-refoulement, in the wake of the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

It is hoped that, even under the impulse of the judges' decisions, Italian politics and, therefore, the legislator will recover a more respectful vision of human rights towards the migratory phenomenon, which would restore Italy's credibility and authority for the challenges to be faced in the European Union.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le sentenze della Corte costituzionale n. 194 e n. 195 del 2019 e la tematica della "ridondanza". – 3. La sentenza n. 186 del 2020 e l'illegittimità costituzionale della norma sull'esclusione dall'iscrizione anagrafica. – 4. Il principio del non respingimento. La sentenza del Tribunale civile di Roma n. 22917 del 2019 e la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo – 5. Considerazioni conclusive. Per un approccio solidale, pragmatico e intelligente alla problematica dell'immigrazione.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The judgments of the Constitutional Court no. 194 and no. 195 of 2019 and the issue of "redundancy". – 3. The judgment no. 186 of 2020 and the constitutional illegitimacy of the rule on exclusion from registration. – 4. The principle of non-refoulement. The judgment of the Civil Court of Rome no. 22917 of 2019 and the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. – 5. Concluding considerations. For a supportive, pragmatic and intelligent approach to the immigration problem.

1. Introduzione.

A distanza di un anno dalla caduta del governo Movimento 5 Stelle - Lega, nel cui ambito erano stati adottati i decreti "sicurezza e immigrazione"¹, voluti dall'allora ministro dell'interno Matteo Salvini, assistiamo all'immobilismo del legislatore, cui fanno da controcanto, come spesso è oggi dato constatare, il giudice costituzionale² e la magistratura ordinaria.

* Saggio messo a punto il 15 settembre 2020.

¹ Precisamente il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 ("Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"), convertito in legge 1° dicembre 2018, n. 132, e il decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53 ("Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"), convertito in legge 8 agosto 2019, n. 77.

² Per citare un caso recente di supplenza del giudice costituzionale ricordiamo la storica sentenza n. 242 del 25 settembre 2019 sul suicidio medicalmente assistito, alla quale è stato dato ampio spazio su questa rivista: cfr., Redazione, *Fine vita: quando non è punibile l'aiuto al suicidio. Depositare le motivazioni sul caso Cappato*, 27 novembre 2019, nonché le successive opinioni pubblicate sul tema del fine vita (*interviste a Massimo Reichlin* – 4 marzo 2020 –, a *Paolo Della Sala e Alessia Palumbo* – 18 dicembre 2019 –, a *Carlo Melzi d'Eril e Giulio Enea Vigevani*, a *Mario Tantalò*, a *Marina Lalatta Costerbosa* – 27 novembre 2019). Cfr., in dottrina, M.R. Donnarumma, *Il suicidio medicalmente assistito. Una scelta responsabile della Corte costituzionale di fronte all'immobilismo del parlamento*, in *Giurisprudenza penale*, 2020/1.

Le principali critiche ai decreti concernevano alcuni profili di indiscussa incostituzionalità, nonché l'incoerenza e l'inefficacia, avallata dall'esperienza pratica, rispetto agli obiettivi perseguiti.

L'immobilismo del parlamento, nonostante il cambio della compagine governativa, è tanto più biasimabile in quanto il presidente della Repubblica all'atto della firma, la giurisprudenza di merito, le amministrazioni locali, in particolare i sindaci, gli esperti avevano richiamato l'attenzione sulla necessità di una revisione.

Esamineremo qui di seguito le sentenze della Corte costituzionale n. 194 e n. 195 del 2019, relative in particolare alla tematica della "ridondanza", cioè dell'incidenza (lesione indiretta) della legge statale su competenze delle regioni e degli enti locali, nonché la recente sentenza n. 186 del 2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 13 (esclusione dei richiedenti asilo dall'iscrizione all'anagrafe) del primo decreto "sicurezza". Ci soffermeremo altresì su una importantissima sentenza pronunciata dal Tribunale civile di Roma il 14 novembre 2019, concernente l'istituto della protezione internazionale e il principio del non respingimento, nel solco della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Le sentenze della Corte costituzionale n. 194 e n. 195 del 2019 e la tematica della "ridondanza".

Le sentenze n. 194 e n. 195 del 20 giugno 2019³ riguardavano giudizi di legittimità costituzionale in via principale, promossi da alcune regioni contro il primo decreto "sicurezza" per asserita lesione indiretta delle competenze proprie e degli enti locali.

Trattasi della tematica della c.d. "ridondanza", inquadrata dettagliatamente dalla giurisprudenza costituzionale. Al riguardo la Corte cita *ex multis* la sentenza n. 198 del 2018 e ribadisce che «le Regioni possono evocare parametri di legittimità costituzionale diversi da quelli che sovrintendono al riparto di competenze fra Stato e Regioni solo a due condizioni: quando la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a riverberarsi sulle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite [...] e quando le Regioni ricorrenti abbiano sufficientemente motivato in ordine alla ridondanza della lamentata illegittimità costituzionale sul riparto di competenze, indicando la specifica competenza che risulterebbe offesa e argomentando adeguatamente in proposito»⁴. Ciò al fine di «evitare un'ingiustificata espansione dei vizi censurabili dalle Regioni nel giudizio in via d'azione e, quindi, la trasformazione della natura di tale rimedio giurisdizionale»⁵.

Nella sentenza n. 194 la Corte esamina innanzi tutto la censura avanzata nei confronti dell'intero decreto alla luce dell'articolo 77 della costituzione (carenza dei presupposti di necessità e urgenza, contenuto eterogeneo del decreto-legge), stante il

³ Depositate in cancelleria il 24 luglio 2019. Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella *Raccolta ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte* e nella prima serie speciale della *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, il cui testo fa fede e prevale in caso di divergenze. Sono altresì consultabili sui siti www.cortecostituzionale.it e *consulta online*.

⁴ Cfr. sent. n. 194/2019, *considerato in diritto*, punto 5.3.

⁵ *Ibidem*, punto 5.3.

fatto che un suo accoglimento avrebbe determinato ovviamente l'assorbimento di ogni altra censura.

Disciplinando il decreto materie di indubbia competenza esclusiva dello Stato (cost., art. 10, comma 3, e art. 117, comma 2, *sub a*: diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; art. 117, comma 2, *sub b*: immigrazione), profilo per altro non contestato dalle regioni, la Corte dichiara la questione inammissibile per difetto di adeguata motivazione del vizio di "ridondanza" nei termini enunciati dalla giurisprudenza costituzionale⁶.

Lo stesso difetto di motivazione, e quindi di una puntuale esposizione della sussistenza e portata della "ridondanza", la Corte riscontra nell'esame delle altre censure concernenti: a) l'articolo 1 del decreto-legge (istituto del permesso di soggiorno per motivi umanitari); b) l'articolo 12 (sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo); c) l'articolo 13 (iscrizione all'anagrafe).

Per quanto concerne la censura relativa all'articolo 1 del decreto, la Corte ricorda⁷ che il sistema di protezione degli stranieri si articola su tre livelli: 1) il riconoscimento dello *status* di rifugiato, disciplinato dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e da alcune direttive dell'Unione europea in conformità di tale convenzione; 2) la protezione sussidiaria, regolata dalle direttive europee, accordata allo straniero che non soddisfa le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma per cui sussistano fondati motivi per ritenere l'esistenza di un "rischio effettivo" ove rientri nel paese di origine; 3) la protezione umanitaria, rimessa alla facoltà e disciplina interna dei singoli Stati e introdotta per la prima volta in Italia nel 1993⁸. Su quest'ultimo istituto è intervenuta la norma censurata, sostituendo all'istituto generale e atipico del permesso di soggiorno per motivi umanitari, di cui all'articolo 5, comma 6, del testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), alcune fattispecie speciali di permesso di soggiorno⁹.

A parte l'assenza di un'adeguata motivazione del vizio di "ridondanza", cui consegue la dichiarazione di inammissibilità della questione, la Corte sottolinea che «l'effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere valutata solo in fase applicativa», e che comunque, nonostante l'omissione nella norma censurata dell'esplicito riferimento, contenuto nella precedente disposizione, agli «obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano», «l'interpretazione e l'applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali»¹⁰, «compreso il criterio di ragionevolezza intrinseca»¹¹. In ogni caso resta «impregiudicata [...] ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame»¹².

⁶ *Ibidem*, punto 5.

⁷ *Ibidem*, punto 7.

⁸ Precisamente dall'art. 14, comma 3, della legge 30 settembre 1993, n. 388, ai cui sensi è preclusa la possibilità di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno ove «ricorrono seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

⁹ In particolare per casi speciali, cure mediche, calamità, motivi di particolare valore civile.

¹⁰ Cfr. sent. n. 194/2019, *considerato in diritto*, punto 7.8.

¹¹ *Ibidem*, punto 7.6.

¹² *Ibidem*, punto 7.8.

Passando all'esame delle censure avanzate dalle regioni nei confronti dell'articolo 12 del decreto¹³, la Corte sintetizza innanzi tutto la disciplina normativa del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo prima delle modifiche di cui alla disposizione censurata.

Il sistema contemplava tre fasi: una fase iniziale consacrata al soccorso, identificazione e assistenza immediata in centri governativi; una fase di prima accoglienza sempre in centri governativi; una fase di seconda accoglienza in strutture territoriali, i c.d. SPRAR (Sistema di protezione per i richiedenti asilo e i rifugiati), gestiti dagli enti locali su base volontaria, previa approvazione di progetti finanziati quasi interamente dal ministero dell'interno.

La nuova normativa non solo elimina gli SPRAR, l'accoglienza essendo assicurata solo dai centri governativi, ma restringe la platea di coloro che possono accedere ai progetti di integrazione e inclusione sociale, riservati ai titolari di protezione internazionale, ai minori stranieri non accompagnati, ai titolari di permessi speciali di soggiorno quali definiti dal decreto "sicurezza" in sostituzione, come già detto, del precedente permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Pur non sottovalutando l'importanza di tali profili, la Corte dichiara le questioni inammissibili, stante il difetto di esauriente motivazione, da parte delle regioni, di una lesione indiretta ("ridondanza") delle competenze proprie e degli enti locali. Ciò non toglie – tiene a precisare la Corte – che resti «ovviamente impregiudicata» «ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale».

Per quanto concerne infine la censura nei confronti dell'articolo 13, comma 1, del decreto-legge, disposizione che, modificando la precedente normativa, statuisce che «il permesso di soggiorno [...] non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica», la Corte rileva¹⁴ che la materia, riconducibile al diritto di asilo e alle anagrafi, è di competenza esclusiva dello Stato e che «le relative funzioni sono esercitate dal sindaco "quale ufficiale di Governo"». Pertanto, non avendo le regioni motivato adeguatamente il vizio di "ridondanza", e «restando impregiudicata ogni altra valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni contestate», le questioni sono inammissibili. Né è, infine, invocabile la violazione del principio di leale collaborazione, trattandosi di materia di competenza esclusiva dello Stato¹⁵.

La sentenza n. 195 concerne le censure avanzate dalle regioni ricorrenti nei confronti degli articoli: a) 21, comma 1, lettera a (ampliamento dell'elenco dei luoghi per i quali può trovare applicazione il c.d. DASPO urbano, cioè il divieto di accesso in specifiche aree urbane, nel cui ambito possono trovarsi anche dei presidi sanitari); b) 21 bis, commi 1 e 2 (tutela della sicurezza pubblica all'interno e nelle immediate vicinanze di esercizi pubblici); c) 28, comma 1 (attivazione di poteri sostitutivi *extra ordinem* dei prefetti).

Per quanto riguarda la prima censura, la Corte adotta un'interpretazione adeguatrice al dettato costituzionale della disposizione impugnata¹⁶, onde la

¹³ *Ibidem*, punto 8.

¹⁴ *Ibidem*, punto 9.

¹⁵ *Ibidem*, punto 10.

¹⁶ Cfr. sent. n. 195/2019, *considerato in diritto*, punti 3 a 5.

dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità. Essendo il diritto alla salute un diritto fondamentale, prevalente su qualunque esigenza di decoro urbano e sicurezza pubblica¹⁷, la disposizione contestata va interpretata nel senso che non può essere precluso l'accesso alla struttura sanitaria, né permesso l'allontanamento, ove l'individuo abbia necessità, verificata dal personale del presidio, di prestazioni sanitarie. Una tale interpretazione esclude, quindi, l'invocata violazione degli articoli 32 e 3 della costituzione, nonché l'incidenza sulla competenza concorrente delle regioni in materia di tutela della salute e la conseguente violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e regioni.

Passando alla seconda censura la Corte ritiene la questione fondata¹⁸. L'articolo 21 *bis*, comma 1, prevede, ai fini di una più efficace tutela dell'ordine pubblico, la stipula di accordi tra il prefetto e le organizzazioni rappresentative degli esercenti di esercizi pubblici, al fine di individuare misure specifiche di prevenzione, nel rispetto, ai sensi del comma 2, di linee guida nazionali approvate su proposta del ministero dell'interno d'intesa con le suddette organizzazioni, sentita la conferenza Stato-città e autonomie locali.

Pur rientrando l'oggetto di tali linee guida in materia di competenza esclusiva della legislazione statale (cost., art. 117, comma 2, *sub h*), ciò non toglie che vi possa essere una incidenza sulla disciplina del commercio, appartenente alla competenza residuale delle regioni (art. 117, comma 4). Di qui la necessità, onde ricondurre a legittimità costituzionale il comma 2 della norma censurata, di sostituire il riferimento alla conferenza Stato-città e autonomie locali con quello alla conferenza unificata Stato-regioni, città e autonomie locali.

Per quanto concerne infine la censura della disposizione di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto-legge, basata su una presunta lesione, denunciata dalle regioni ricorrenti, dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti locali territoriali, la Corte¹⁹ ribadisce in via preliminare la legittimazione delle regioni alla denuncia della legge statale, in quanto «la stretta connessione [...] tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali»²⁰.

L'articolo 28, comma 1, del decreto-legge ha inserito nell'articolo 143 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), contemplante lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni mafiose²¹, un nuovo comma 7 *bis*, che introduce un subprocedimento, diretto ad attivare poteri sostitutivi del prefetto, nel caso di insussistenza dei presupposti per lo scioglimento del consiglio interessato o per l'adozione di provvedimenti nei confronti dei dipendenti coinvolti.

Contrariamente all'articolo 135 del citato testo unico, che conferisce al prefetto solo un potere di iniziativa, la disposizione censurata contempla un potere sostitutivo del

¹⁷ Al riguardo la Corte cita l'art. 10, comma 2, del decreto-legge n. 14 del 2017, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città". La disposizione prevede che le modalità applicative del divieto di accesso alle aree protette debbano essere compatibili con le esigenze di salute del destinatario dell'atto.

¹⁸ Cfr. sent. n. 195/2019, *considerato in diritto*, punti 6 e 7.

¹⁹ *Ibidem*, punti 8 a 16.

²⁰ Al riguardo la Corte cita le sentenze n. 169 e n. 95 del 2007, n. 417 del 2005 e n. 196 del 2004.

²¹ Ove emergano – recita testualmente il primo comma – «concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare».

prefetto, caratterizzato da assoluta genericità e latitudine, e attivantesi sulla base di mere «situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate».

Quanto precede – afferma testualmente la Corte – «inficia irrimediabilmente la compatibilità di tale potere sostitutivo *extra ordinem*, in primo luogo, con il principio di legalità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nonché con l'autonomia costituzionalmente garantita che la Repubblica promuove e riconosce agli enti locali territoriali (art. 5 Cost.)». Per giunta – aggiunge la Corte – «lascia l'esercizio di un potere sostitutivo [...], ampiamente discrezionale, al livello meramente amministrativo dei poteri del prefetto, senza alcun coinvolgimento del Governo», contro il dettato dell'articolo 120, comma 2, della costituzione, secondo cui i poteri sostitutivi devono essere esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.

Consegue la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 1, del decreto-legge.

Da notare, da ultimo, che in tale sentenza la Corte è meno rigida nel richiedere alle regioni ricorrenti una puntuale motivazione del vizio di "ridondanza".

3. La sentenza n. 186 del 2020 e l'illegittimità costituzionale della norma sull'esclusione dall'iscrizione anagrafica.

La questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 del primo decreto "sicurezza", già sollevata, come abbiamo visto, in sede di ricorso in via principale dalle regioni, con il conseguente limite di dimostrare la "ridondanza", è ora rimessa alla Corte in via incidentale da alcuni tribunali ordinari²².

I tribunali, aditi da stranieri richiedenti asilo cui era stata negata l'iscrizione anagrafica, censuravano la disposizione per asserita violazione degli articoli 2, 3, 10, 77, comma 2, 117, comma 1, della costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 2, par. 1²³, del protocollo addizionale n. 4 alla convenzione EDU, nonché all'articolo 14 della stessa convenzione²⁴ e all'articolo 26 del patto internazionale sui diritti civili e politici²⁵.

Innanzitutto la Corte deve esaminare un'interpretazione dell'articolo 13 sostenuta da molti giudici, secondo cui tale disposizione non precluderebbe l'iscrizione anagrafica, stante l'asserita ambiguità letterale della formula adottata: il permesso di soggiorno «non costituisce titolo» per l'iscrizione anagrafica²⁶.

²² Cfr. sent. n. 186 del 9 luglio 2020, depositata il 31 luglio 2020.

²³ Sulla libertà di circolazione e di residenza.

²⁴ Sul divieto di discriminazione.

²⁵ Sul principio di eguaglianza.

²⁶ Cfr. sent. n. 186/2020, *considerato in diritto*, punto 2.2.

La Corte contesta una tale interpretazione, smentita dalle relazioni illustrative del decreto-legge e del disegno di legge di conversione²⁷, dalla logica della disposizione²⁸ e da una sua lettura sistematica²⁹.

Ciò chiarito e, quindi, legittimato l'assunto interpretativo dei giudici *a quibus*, la Corte premette l'esame, per motivi logici, della censura alla luce dell'articolo 77, comma 2, della costituzione³⁰.

Il giudice respinge, prima di affrontare il merito, l'eccezione di inammissibilità della questione, avanzata nell'atto di intervento del presidente del consiglio dei ministri, appellandosi a quanto deciso nella sentenza n. 194 del 2019, poiché – precisa la Corte – nel precedente giudizio essa non è entrata nel merito e, comunque, «una precedente dichiarazione di infondatezza non è causa di inammissibilità della questione riproposta».

Nel merito la questione non è fondata, in quanto «il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione»³¹, onde «evitare la sovrapposizione tra la valutazione politica del Governo e delle Camere (in sede di conversione) e il controllo di legittimità costituzionale della Corte».

La Corte quindi passa all'esame della questione di legittimità costituzionale, sollevata da tutti i giudici rimettenti in riferimento all'articolo 3 della costituzione³².

La questione è fondata, sia per la irrazionalità intrinseca della disposizione censurata, sia per la irragionevole disparità di trattamento che essa genera.

²⁷ Testualmente: «In questi documenti si legge, tra l'altro, che il "permesso di soggiorno per richiesta asilo non consente l'iscrizione anagrafica dei residenti" e che "[l]'esclusione dall'iscrizione anagrafica si giustifica per la precarietà del permesso per richiesta asilo e risponde alla necessità di definire preventivamente la condizione giuridica del richiedente"».

²⁸ Testualmente: «È inoltre significativo il dato letterale delle disposizioni introdotte con l'art. 13 del d.l. n. 113 del 2018, che puntano a sostituire il riferimento al luogo di residenza con quello al luogo di domicilio e di conseguenza abrogano non solo la disposizione che regola la speciale modalità di iscrizione anagrafica, ma la stessa previsione dell'iscrizione anagrafica (art. 5-bis, comma 1, del d.lgs. n. 142 del 2015); modifica, quest'ultima in particolare, che sarebbe priva di senso se la disposizione censurata intendesse solo abrogare la modalità semplificata di iscrizione anagrafica, facendo "riespandere" la modalità ordinaria».

²⁹ Testualmente: «Anche la lettura sistematica della disposizione censurata conferma questa interpretazione. In particolare, il riferimento, in essa contenuto, all'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 (che, come detto, prevede l'iscrizione anagrafica dello straniero regolarmente soggiornante "alle medesime condizioni dei cittadini italiani") deve ritenersi operato al fine di dare atto della deroga così introdotta alla previsione della disposizione richiamata. Inoltre, avere previsto che "[i]l permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento [...]" (art. 13, comma 1, lettera a, numero 1) si spiega solo considerando che i richiedenti asilo non possono ottenere la carta d'identità che presuppone la residenza anagrafica. Analogamente, le disposizioni di cui all'art. 13, comma 1, lettera b), numeri 1) e 2), del d.l. n. 113 del 2018, sostituendo il "luogo di residenza" con quello di domicilio come luogo di erogazione dei servizi, confermano l'intento del legislatore di escludere i richiedenti asilo dal riconoscimento giuridico della dimora abituale operato per il tramite dell'iscrizione anagrafica».

³⁰ Cfr. sent. n. 186/2020, *considerato in diritto*, punto 3.

³¹ La Corte cita la sentenza n. 97/2019, nonché in senso simile le sentenze n. 288 e n. 33/2019, n. 137, n. 99 e n. 5/2018.

³² Cfr. sent. n. 186/2020, *considerato in diritto*, punto 4.

Sotto il primo profilo la Corte rileva che la disposizione contraddice la stessa *ratio* complessiva del decreto-legge, in quanto, impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo e, quindi, il monitoraggio da parte dell'autorità pubblica anche ai fini sanitari, diminuisce e non aumenta il livello di sicurezza, ove si considerino anche i tempi lunghi per l'espletamento delle procedure, il che determina un periodo di attesa e soggiorno sul territorio dello Stato dei richiedenti asilo di almeno un anno e mezzo.

Sotto il secondo profilo, pur citando l'articolo 3 della costituzione i soli cittadini, l'interpretazione consolidata di tale articolo è nel senso che il principio di eguaglianza si applica anche agli stranieri, ove è in giuoco il rispetto dei diritti fondamentali³³, e che «al legislatore non è consentito introdurre regimi differenziati [...] se non in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale»³⁴.

La norma censurata per giunta, nel discriminare, senza un ragionevole motivo, una particolare categoria di stranieri rispetto alla regola generale che prevede l'iscrizione anagrafica dello straniero regolarmente soggiornante (art. 6, comma 7, del decreto legislativo n. 286 del 1998) e l'equiparazione al cittadino italiano nel godimento dei diritti civili (d.lgs. cit., art. 2, comma 2), lede, con l'impossibilità tra l'altro di ottenere la carta d'identità, la "pari dignità sociale" riconosciuta dall'articolo 3 della costituzione alla persona in quanto tale.

Dalla illegittimità costituzionale della disposizione censurata (art. 13, comma 1, lettera a, sub 2 del decreto legge) discende l'illegittimità dell'intero articolo 13, stante il fatto che il complesso delle disposizioni in esso contenute «costituisce [...] un insieme organico»³⁵. Di qui l'illegittimità di disposizioni quali quelle che prevedono la sostituzione del permesso di soggiorno alla carta d'identità come documento di riconoscimento, e l'individuazione del luogo di domicilio, in luogo di quello di residenza, per l'accesso ai servizi erogati ai richiedenti asilo.

Sono assorbite – dichiara infine la Corte – le ulteriori questioni di legittimità costituzionale avanzate dai giudici *a quibus*³⁶.

4. Il principio del non respingimento. La sentenza del Tribunale civile di Roma n. 22917 del 2019 e la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nell'ambito di un discorso sui decreti "sicurezza e immigrazione" e sul ruolo di supplenza del giudice non può non essere esaminata l'importantissima sentenza pronunciata dal Tribunale civile di Roma il 14 novembre 2019³⁷ sul principio del non respingimento, nel solco della giurisprudenza europea.

La causa era stata intentata da quattordici cittadini eritrei contro i ministeri italiani dell'interno, della difesa, degli esteri e la presidenza del consiglio dei ministri, a seguito del

³³ Cfr. sent. n. 120/1967.

³⁴ Cfr. sent. n. 432/2005.

³⁵ Cfr. sent. n. 186/2020, *considerato in diritto*, punto 5.

³⁶ *Ibidem*, punto 6.

³⁷ Cfr. Trib. Roma, sez. I civ., sent. n. 22917/2019, pubblicata il 28 novembre 2019.

respingimento in Libia, il 1° luglio 2009, da parte della marina militare italiana, che aveva operato il loro salvataggio in acque internazionali trasportandoli a bordo della nave Orione.

Dopo aver respinto alcune eccezioni, sollevate dalle Amministrazioni convenute (difetto di legittimazione ad agire³⁸, prescrizione del diritto al risarcimento del danno³⁹), il Tribunale entra nel merito, esaminando innanzi tutto la normativa vigente al momento della commissione del fatto, quale quella sul riconoscimento della protezione internazionale e sul principio del non respingimento, invocata dalla parte attrice, e il trattato bilaterale di amicizia, partenariato e collaborazione tra Italia e Libia del 30 agosto 2008, invocato dalla parte convenuta⁴⁰.

Il primo riferimento normativo è alla convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, il cui articolo 33 enuncia il principio del non respingimento⁴¹. Trattasi, secondo la definizione dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, di un «principio fondamentale che non ammette riserve», connesso sia al diritto di asilo, consacrato anche nell'articolo 10 della costituzione italiana, sia al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti di cui all'articolo 3 della convenzione EDU, il cui protocollo addizionale n. 4 prevede, all'articolo 4, il divieto di espulsioni collettive di stranieri, divieto ribadito nell'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il principio del non respingimento è applicabile ai rifugiati, indipendentemente dal fatto che il loro *status* non sia stato ancora accertato, e va rispettato anche in alto mare, in quanto la presenza della nave in acque internazionali non esenta lo Stato dall'osservanza dei propri obblighi giuridici, non esclusi ovviamente quelli internazionali, contro cui non può invocarsi, nel caso di specie, l'accordo bilaterale con la Libia, né l'ignoranza della violazione sistematica dei diritti fondamentali in Libia e in Eritrea (in caso di *refoulement* "indiretto"), denunciata in diversi ed affidabili rapporti internazionali ad ampia diffusione.

Di qui la conclusione del Tribunale secondo cui «la condotta delle autorità italiane [è] stata posta in essere in contrasto con gli obblighi di diritto interno (di rango costituzionale) e internazionale gravanti sull'Italia e [è] conseguentemente connotata dal crisma dell'antigiuridicità».

A sostegno del proprio assunto il Tribunale richiama, in particolare, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre*, del 23 febbraio 2012 nella causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Il giudizio, attivato da undici somali e tredici eritrei, respinti in Libia con altri profughi il 6 maggio 2009 da navi italiane, che ne avevano intercettato le imbarcazioni in acque internazionali, si era concluso con la condanna all'unanimità dell'Italia per violazione del principio del non respingimento.

³⁸ La corrispondenza tra gli attori e le persone coinvolte nell'operazione di respingimento essendo stata provata attraverso testimonianze attendibili.

³⁹ L'eccezione sollevata essendo tardiva e in ogni caso inidonea a paralizzare la pretesa risarcitoria avanzata.

⁴⁰ Da notare peraltro che il trattato prevede espressamente, tra i principi generali, il rispetto della legalità internazionale (art. 1) e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali (art. 6).

⁴¹ Art. 33, *Divieto d'espulsione e di rinvio al confine*, il cui primo comma recita testualmente: «Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

In sintesi, la Corte europea aveva fondato le sue conclusioni sulla seguente normativa: a) articolo 1 della convenzione (obbligo degli Stati contraenti di rispettare i diritti dell'uomo). I fatti imputati erano avvenuti sotto la giurisdizione italiana, in quanto la giurisdizione di uno Stato si esercita non solo sul proprio territorio, ma anche fuori di esso poiché, secondo il diritto del mare, in acque internazionali una nave è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato di cui batte bandiera; b) articolo 3 della convenzione (interdizione della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti). Fonti internazionali affidabili avevano denunciato la violazione dei diritti dell'uomo in Libia, paese per giunta non contraente della convenzione EDU, nonché nei paesi di origine dei ricorrenti. Le autorità italiane non potevano ignorare la situazione, né un accordo bilaterale può prevalere sugli obblighi internazionalmente assunti; c) articolo 4 del protocollo addizionale n. 4 alla convenzione (divieto delle espulsioni collettive di stranieri). Chiamata a interpretare per la prima volta un caso di espulsione messo in atto da uno Stato fuori del proprio territorio, la Corte risolve per l'applicabilità della norma in questione, sia su una base testuale, l'assenza, cioè, di alcun riferimento al territorio nazionale nell'articolo 4 del protocollo, sia invocando lo spirito della convenzione e dei suoi *addenda*: protezione effettiva dei diritti dell'uomo; d) articolo 13 della convenzione (diritto a un ricorso effettivo). I ricorrenti erano stati privati di ogni via di ricorso effettivo prima che la misura del respingimento fosse attuata.

Alla luce di quanto precede il Tribunale civile di Roma condanna in solido la presidenza del consiglio dei ministri e il ministero della difesa⁴² al risarcimento del danno non patrimoniale a ciascuna parte attrice, stimato in via equitativa in euro 15.000, sul modello di quanto fissato dalla Corte europea in situazione analoga nella sentenza del 2012, nonché riconosce il diritto degli attori ad accedere nel territorio italiano, e conseguente obbligo delle autorità di accoglierne la relativa richiesta, «allo scopo di presentare la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ovvero di protezione speciale».

Come è evidente, trattasi di una sentenza che ben può qualificarsi storica, piena di sviluppi ulteriori, soprattutto ove si consideri che l'Italia ha fino ad oggi colpevolmente ignorato la condanna della Corte europea, persistendo nella politica dei respingimenti.

5. Considerazioni conclusive. Per un approccio solidale, pragmatico e intelligente alla problematica dell'immigrazione.

I decreti "sicurezza" s'inseriscono in un processo d'involuzione politica e culturale nei confronti della problematica dell'immigrazione, che purtroppo è dato constatare in Italia e in molteplici altri paesi, deriva aggravata nell'Unione europea dall'assenza di una intelligente gestione della politica di asilo degli stranieri, ancorata tuttora a una normativa anacronistica, quale quella di Dublino⁴³.

⁴² Sono esclusi il ministero dell'interno e il ministero degli esteri, non avendo il Tribunale accertato alcuna responsabilità a loro carico.

⁴³ La fonte originaria risale alla convenzione firmata a Dublino il 15 giugno 1990 dagli Stati membri delle Comunità europee (entrata in vigore nel 1997), sfociata da ultimo nel regolamento dell'Unione europea n. 604

Concentrando l'attenzione sul caso italiano, il diritto di asilo dello straniero, cui «sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» (art. 10 cost.), è stato spesso ignorato, come confermato dalla “politica dei respingimenti”, nonostante la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, e dalla stipula dell'accordo con la Libia, il 2 febbraio 2017, per la gestione dei flussi migratori, accordo rinnovato alla scadenza triennale il 2 febbraio 2020. Ciò ignorando le critiche fondate, avanzate da organismi internazionali⁴⁴ ed europei⁴⁵, stante la violazione sistematica dei diritti umani nei centri libici di detenzione per migranti, nonché da parte della guardia costiera.

In un tale contesto, implementato dai decreti “sicurezza”, il giudice ha svolto un ruolo di supplenza di fronte all'immobilismo del parlamento. Supplenza non solo del giudice costituzionale, ma anche della magistratura ordinaria, la quale, prima che intervenisse la sentenza n. 186 del 2020, appellandosi ad una interpretazione – come ricordato⁴⁶ – non rigida dell'articolo 13 del decreto “sicurezza” n. 113/2018, ha per lo più, nel decidere sui ricorsi presentati dai richiedenti asilo, riconosciuto loro il diritto all'iscrizione anagrafica⁴⁷. A ciò si aggiunga, per l'istituto della protezione internazionale e il principio del non respingimento, l'importantissima sentenza n. 22917/2019 del Tribunale civile di Roma.

La problematica dell'immigrazione investe un fenomeno sempre presente nella storia dell'umanità, che va affrontato con pragmatismo e intelligenza.

Ci auguriamo che, anche sotto l'impulso delle decisioni dei giudici, la politica italiana e, quindi, il legislatore recuperino una visione più corretta e rispettosa dei diritti umani nei confronti del fenomeno migratorio. È inoltre necessario che l'Italia ed altri paesi dell'Unione europea si adoperino affinché si superi il “sistema di Dublino”, impostato sul criterio del paese di “primo approdo”, e si introduca un meccanismo automatico di ricollocamento dei migranti sulla base di quote fisse per ogni Stato membro dell'Unione, prevedendo altresì canali legali di immigrazione, in uno spirito di condivisione e solidarietà⁴⁸.

del 2013 (altrimenti detto regolamento di Dublino III), che ha sostituito il precedente regolamento n. 343 del 2003.

⁴⁴ In senso critico si è espresso il segretario generale delle Nazioni Unite, Antonio Guterres, in un rapporto sulla Libia depositato il 15 gennaio 2020 al Consiglio di sicurezza.

⁴⁵ Altrettanto critiche le valutazioni della commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatovic, che il 31 gennaio 2020 ha invitato l'Italia a sospendere con urgenza le attività di cooperazione con la guardia costiera libica.

⁴⁶ Cfr. *supra* par. 3.

⁴⁷ Innumerevoli, con rare eccezioni, sono state le pronunce giudiziarie in tal senso. Si veda l'elenco, aggiornato al febbraio 2020, pubblicato dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI).

⁴⁸ Apprendiamo, dopo aver messo a punto il presente saggio, che una tale opzione è ormai presente nell'agenda europea, come annunciato dalla presidente della commissione, Ursula von der Leyen, nel suo discorso sullo stato dell'Unione e la costruzione di una Europa più coesa, pronunciato al parlamento europeo il 16 settembre 2020. Ci auguriamo che un tale progetto prevalga, superando vieti e miopi nazionalismi prevalenti in alcuni Stati membri.

Riflessione

— Il mercato illegale dei farmaci

La necessità di strumenti di contrasto sovranazionali

The illegal market of medicines

The need for international law enforcement tools

di Alessandro Brigatti

Abstract. *Il presente lavoro intende sottolineare le principali caratteristiche del commercio illegale dei farmaci, e dei dispositivi medici in genere, con particolare riflessione sull'opportunità di utilizzare una base normativa internazionale ai fini della prevenzione e della repressione di tale fenomeno, la cui portata ha raggiunto dimensione transnazionale.*

Abstract. *This work aims to underline the main features of the illegal trade in medicines, and medical devices in general, with particular attention on the appropriateness of using an international regulatory basis for the prevention and repression of this phenomenon, which reached a transnational dimension.*

SOMMARIO: 1. La contraffazione di farmaci. Definizione e tipologie. – 2. Il mercato illegale. – 3. Prevenzione e contrasto: la Convenzione *Medicrime*. – 4. Prospettive future.

SUMMARY: 1. I Counterfeiting of medicines. Definition and types. – 2. The illegal market. – 3. Prevention and law enforcement: the *Medicrime* Convention. – 4. Future perspectives.

«Counterfeiting of pharmaceuticals occurs worldwide. It has increased substantially in recent years, and international trading conditions are coming into place which could lead to a further rapid increase in this criminal activity»¹.

¹ «La contraffazione dei prodotti farmaceutici avviene in tutto il mondo. Negli ultimi anni è aumentata notevolmente, e gli accordi commerciali internazionali che stanno entrando in vigore potrebbero portare ad

1. La contraffazione di farmaci. Definizione e tipologie.

Il mercato farmaceutico rappresenta uno dei mercati più redditizi, il cui valore nel 2023 si stima possa raggiungere una cifra pari a 1,5 trilioni di dollari². Il bene primario sotteso a tale commercio è certamente la salute umana ed è pertanto necessaria una continua regolamentazione e protezione da parte delle istituzioni competenti. Diverse organizzazioni criminali, infatti, hanno creato un mercato illegale di medicinali più economico, privo di sistemi di controllo e, per questo, lesivo della sicurezza e del benessere collettivo. Dietro a questo sistema si celano farmaci impuri, tossici o semplicemente inefficaci, ma in tutti i casi potenzialmente nocivi per l'individuo. La portata di questo mercato illegale, secondo l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)³, supera il valore di 200 miliardi di dollari annui, costituendo uno dei fenomeni di **contraffazione**⁴ più redditizi al mondo.

Sebbene la produzione di farmaci su larga scala risalga alla metà del diciannovesimo secolo con la nascita delle prime industrie farmaceutiche, la problematica è stata affrontata per la prima volta a livello internazionale nel 1985 durante la *Conference of Experts on the rational use of drugs* (WHO)⁵: l'occasione fu sfruttata per segnalare la necessità di un progetto internazionale di contrasto alla contraffazione di farmaci.

In ambito internazionale⁶, il contrasto al mercato illegale in analisi gode di uno strumento privilegiato e dall'alto potenziale: la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla contraffazione di agenti terapeutici e reati simili che comportano una minaccia per la salute pubblica (c.d. Convenzione *Medicrime*, firmata a Mosca il 28 ottobre 2011). Si tratta di una normativa *ad hoc* adottata su spinta dell'*European Directorate for the Quality of Medicines and Healthcare* (organo del Consiglio d'Europa) in collaborazione con altre istituzioni tra le quali spicca l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA). L'accordo rappresenta il primo strumento⁷ internazionale di prevenzione, contrasto e collaborazione in tema di

un ulteriore rapido aumento di questa attività criminale». Cfr. WHO, *Counterfeit Drugs. Report of a WHO/IFPMA Workshop*, Geneva, 1-3 aprile 1992, p. 1.

² Secondo il centro di ricerca statunitense IQVIA, il tasso di crescita annuale si attesta attorno al 3-6%. Cfr. IQVIA, *The global use of medicine in 2019 and outlook 2023*, 29 gennaio 2019.

³ OCSE, *Illicit trade. Converging criminal network*, 2016, p. 26. Si veda anche: WHO, *Global Surveillance and Monitoring System for Substandard and Falsified Medical Products*, 2017.

⁴ La WHO (dal 2017: WHO, *cit.*, p. 1) e la direttiva 2011/62/UE utilizzano il termine "falsificazione", in quanto "contraffazione" sarebbe meglio riferibile a fattispecie offensive dei diritti di proprietà intellettuale, sotto le quali per lungo tempo è stato ricondotto il *pharmacrime*. L'obiezione è fondata ma priva di riscontri pratici poiché normative incriminanti la "contraffazione" (ad. es. Convenzione *Medicrime*) escludono le questioni relative alla proprietà intellettuale. Per un'attenta disamina, cfr. A.G. Micara, *Falsificazione di medicinali, criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata* (CROSS UNIMI), Vol. 2, n. 2, 2016, pp. 54 ss.

⁵ WHO, *Rational use of drugs. Report of the Conference of experts*, Nairobi, 25-29 novembre 1985, p. 54. Sul tema della nascita dell'industria del farmaco: A. Daemmrich, *L'industria farmaceutica*, in S. Petruccioli, *Storia Della Scienza*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004, v. 8, pp. 869 ss.

⁶ La Convenzione *Medicrime* nasce in ambito europeo su spinta del Consiglio d'Europa, tuttavia diversi Paesi non membri hanno firmato tale strumento pattizio: si annoverano tra questi il Benin, la Bielorussia, il Burkina Faso, la Costa d'Avorio, la Guinea, Israele e il Marocco.

⁷ Oggetto e scopo (art. 1): «prevenire e contrastare le minacce alla salute pubblica attraverso la criminalizzazione di determinati reati, la protezione dei diritti delle vittime di reati (istituiti ai sensi della

criminalità farmaceutica e definisce **contraffazione** ogni «ingannevole rappresentazione dell'identità e/o dell'origine» (art. 4, lett. j) di prodotti sanitari (anche generici)⁸, di accessori destinati all'utilizzo con i dispositivi medici, di sostanze attive e ausiliarie, di eccipienti, di componenti e materiali destinati alla produzione di agenti terapeutici, indipendentemente dal fatto che siano protetti o meno da diritti di proprietà intellettuale (campo di applicazione, art. 3).

Simile è la definizione contenuta nella direttiva 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, di modifica alla direttiva 2001/83/CE (Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano)⁹. Il legislatore europeo definisce *falsificato* qualsiasi medicinale che comporti una mendace rappresentazione circa «l'identità» del farmaco, «l'imballaggio, l'etichettatura, la denominazione, i componenti, gli eccipienti e il relativo dosaggio; la sua origine, compresi il fabbricante, il paese di fabbricazione, il paese di origine e il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio»; ed infine «la sua storia, inclusi i registri e i documenti relativi ai canali di distribuzione utilizzati» (art. 1, n. 1, lett. c).

Pregio di queste definizioni è il richiamo non solo a farmaci in senso stretto, ma a tutti i prodotti medicali (sostanze attive, eccipienti, dispositivi sanitari, etc.), fino a comprendere anche quelli ad uso veterinario che **possono incidere sulla salute pubblica attraverso la catena alimentare umana**¹⁰.

Con riguardo alle tipologie di medicinali colpite dal fenomeno della contraffazione, le organizzazioni criminali commerciano farmaci *life saving*¹¹ – come antitumorali, vaccini, anti-HIV, psicofarmaci – principalmente nei Paesi in via di sviluppo, dove la normativa di controllo e contrasto è meno stringente e spesso ancora legata al concetto di proprietà intellettuale¹².

Convenzione) e la promozione della cooperazione nazionale e internazionale». Il testo integrale della Convenzione *Medicrime* è consultabile a questo [link](#).

⁸ I farmaci generici vengono prodotti soprattutto in Cina e India. Nonostante si effettuino controlli sugli *stock* provenienti dall'Asia orientale e le Autorità sanitarie (ad es. European Medicines Agency) dispongano ispezioni presso le aziende asiatiche produttrici di farmaci e principi attivi, il controllo sul rispetto delle buone pratiche di produzione e distribuzione non è compito facile. Nel 2017, ad esempio, la Food and Drugs Administration (USA) ha inviato alle autorità cinesi e indiane 39 *warning letters* relative a difetti di produzione. Si veda N. Pagliarulo, *As India, China drug industries mature, FDA scrutiny an overhang*, in *Biopharmadive*, 23 aprile 2018; FEDAIISF, *Generici. La produzione farmaceutica mondiale è per lo più in Cina e India ed è un problema per le autorità sanitarie occidentali*, 9 settembre 2019.

⁹ Il "Codice farmaceutico europeo" del 2001 ha subito numerosi emendamenti. Si veda il presente indirizzo [web](#).

¹⁰ Per il corsivo, cfr.: CoE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, Mosca, 28 ottobre 2011, par. 31. Per il più ampio contesto, cfr. A.G. Micara, *Falsificazione di medicinali*, cit., pp. 64-65.

¹¹ Per la distinzione *life saving - life style drugs*, cfr. A.G. Micara, *Falsificazione di medicinali*, cit., p. 56. L'autrice riprende la categorizzazione dal report UNICRI, *Counterfeit Medicines and Organized Crime*, Torino, 2012, pp. 20 ss.

¹² Invero, anche nei Paesi industrializzati i casi sono numerosi. Un recente episodio riguarda alcune partite di Xanax contraffatto (medicinale per il trattamento di attacchi di panico) sequestrate nel Regno Unito. In tema: C. Izundu, *Fake Xanax; Anxiety drug deaths an "escalating crisis"*, BBC, 4 febbraio 2019. Su antitumorali: Aa.Vv., *Operation Volcano. The Herceptin case*, AIFA/AEMPS/AGES/IGZ/MHRA, 2015.

Si trafficano, in aggiunta, farmaci *life style* come prodotti dimagranti, anabolizzanti, prodotti per la disfunzione erettile: queste sostanze sono assai diffuse anche nei Paesi industrializzati e rappresentano una grossa porzione del mercato illegale.

Infine, a queste due categorie se ne aggiunge una terza, assai redditizia ed in ascesa: quella dei prodotti naturali, come integratori alimentari, erbe, prodotti omeopatici, per i quali vige una normativa meno stringente¹³.

Con riguardo alle modalità di contraffazione¹⁴, è possibile rinvenire prodotti che contengono i medesimi principi attivi e gli stessi eccipienti (ottenuti legalmente o illegalmente) nella giusta quantità rispetto al farmaco legale; farmaci autentici manomessi per essere confezionati con l'indicazione di un diverso dosaggio¹⁵ o diluiti per aumentarne la quantità (fattore che implica un grave pericolo di contaminazione); prodotti esternamente simili agli originali ma privi di sostanze attive o con principi attivi differenti e nocivi; imitazioni¹⁶ inserite in imballaggi originali. Ancora, vi sono ipotesi che non rappresentano forme di contraffazione materiale ma da considerare tali a causa delle medesime conseguenze dannose: si tratta di prodotti non autorizzati preparati con sostanze ignote, inefficaci o nocive (ad es. droghe sintetiche); di farmaci autentici ma non sicuri poiché sottratti dal circuito legale in seguito a furti, con conseguente danno alla conservazione degli stessi a causa di variazioni di temperatura e imballaggi non sterilizzati; infine anche qualora un prodotto venga realizzato secondo le *good manufacturing and distribution practices*¹⁷, ma un solo componente sia contraffatto o di provenienza illecita, è da considerarsi tale l'intero medicinale¹⁸.

Viste queste principali modalità di contraffazione, pare chiaro quanto le legislazioni preventive e repressive debbano predisporre piani di azione concreti e coordinati che assicurino la qualità del farmaco, garantendo tutto ciò che riguarda la provenienza e la produzione, fin tanto da prendere in considerazione la struttura molecolare dello stesso. Le conseguenze, infatti, possono essere gravissime. In Africa, ad esempio, si stima che i farmaci contraffatti compongano tra il 30% e il 60% del mercato farmaceutico – con un forte inquinamento della filiera legale – e le morti raggiungano circa 158mila unità ogni anno¹⁹. Nel biennio 2017-2019 la Polizia nigeriana ha sequestrato tredici tonnellate di

¹³ D. Di Giorgio, *Il fenomeno del crimine farmaceutico e le attività di contrasto*, AIFA, 2017, pp. 6 ss.

¹⁴ Per quanto segue, diffusamente: Aa.Vv., *Farmaci contraffatti. Il fenomeno e le attività di contrasto*, Tecniche Nuove, 2011, pp. 27-35. Il testo, di ampio respiro scientifico, ha ricevuto un aggiornamento dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 14 febbraio 2014, n. 17, adottato in attuazione della direttiva 2011/62/UE sui farmaci falsificati. Si veda: Aa.Vv., *Il crimine farmaceutico*, ed. UQP&C AIFA, 2015.

¹⁵ Si pensi, ad esempio, all'antitumorale *Procrit* riconfezionato nei primi anni 2000 con indicazione di un dosaggio dieci volte superiore a quello effettivo. Migliaia di pazienti negli Stati Uniti hanno utilizzato senza efficacia questo farmaco alterato. In tema: K. Eban, *Dangerous doses. A true story of cops, counterfeiters and the contamination of America's drug supply*, HarcourtBooks, 2006.

¹⁶ Un esempio è il Tamiflu generico, un farmaco anti-influenzale oggetto in passato di numerose pratiche di falsificazione. Sul punto: Aa.Vv., *Farmaci contraffatti*, cit., p. 34.

¹⁷ Per l'applicazione delle linee guida nei reparti di produzione e analisi chimica, ad es.: Aa.Vv., *Buone pratiche di fabbricazione. Linee guida AFI*, Tecniche Nuove, Vol. XIV, 2018, pp. 83 ss.

¹⁸ Aa.Vv., *Farmaci contraffatti*, cit., p. 35.

¹⁹ Il 42 % (65 miliardi di dollari) dei casi emersi riguarda l'Africa subsahariana. I numeri sul fenomeno sono consultabili in ADUC, *Farmaci contraffatti in Africa. Il traffico che conduce alla morte*, 5 agosto 2019. Si veda anche: A. Sinopoli, *Africa, i farmaci killer contraffatti*, in *Repubblica online*, 19 agosto 2019.

vaccini contraffatti per il meningococco provenienti dall'India e diretti a Niamey, capitale del Niger: nello stesso periodo si sono verificate epidemie da meningococco e decessi per l'ammontare di 358 unità²⁰.

Nonostante il continente africano sia uno dei luoghi più colpiti dal commercio di farmaci illegali, è corretto avere contezza degli sforzi che i singoli Paesi compiono per contrastarlo. A titolo esemplificativo, l'Accordo quadro vincolante²¹ siglato a Lomé (Togo, 18 gennaio 2020) tra sette Paesi africani (Togo, Congo, Gambia, Ghana, Niger, Uganda, Senegal) è un importante strumento volto a stabilire normative comuni contro la contraffazione di medicinali, la criminalità internazionale e i gruppi terroristici. Occorre precisare che le stesse Nazioni citate sono firmatarie anche della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (UNTOC; Palermo, 12-15 dicembre 2000), a riprova dell'impegno assunto nel contrasto alle organizzazioni criminali.

Per sottolineare quanto sia grave il problema in analisi, basti pensare alla diffusione pandemica di un virus, come quella attuale, che spiega quanto nocivo possa rivelarsi falsificare farmaci e prodotti medicali in genere: di recente Europol ha riferito che diversi gruppi criminali si sono rapidamente organizzati per sfruttare la pandemia da "Covid-19" (malattia dovuta al virus SARS-cov-2), ponendo in essere attività lucrative a discapito della salute umana. Così, nonostante le misure di quarantena adottate nel mondo, la criminalità organizzata è riuscita ad adattarsi e a rispondere, anche attraverso Internet, all'ingente domanda di prodotti sanitari fornendo disinfettanti, antipiretici e mascherine di scarsa qualità²².

2. Il mercato illegale.

La contraffazione ed il commercio di farmaci illegali si pongono all'interno di dinamiche di mercato globali di cui, come affermato, **la criminalità organizzata transnazionale è oggi a tutti gli effetti attore complesso e consolidato**²³. I fattori che ne

²⁰ Nel 2015 sono deceduti nell'Africa subsahariana 122mila bambini sotto i 5 anni per antimalarici di pessima qualità; nel 2019 in Camerun a causa di diverse crisi ipoglicemiche in pazienti ospedalieri è stato rinvenuto all'interno di farmaci per il diabete un principio attivo normalmente contenuto in farmaci per l'ipertensione; ancora, nel 2012, in Angola sono stati sequestrati 1,4 milioni di confezioni con farmaci anti-malaria contraffatti con fosfato di calcio, acidi grassi e colorante giallo. Sul tema, cfr. G. Baioni, *Farmaci contraffatti, Business che uccide l'Africa e finanzia i terroristi*, in *Il Fatto quotidiano* (online), 2 febbraio 2020.

²¹ L'iniziativa nasce da un progetto della Brazzaville Foundation – organizzazione *no profit* con sede a Londra – e dal supporto dell'Istituto di Salute Globale di Harvard e della London School of Hygiene and Tropical Medicine.

²² Europol indica i fattori alla base dello sfruttamento: elevata richiesta di determinati beni, dispositivi di protezione e prodotti farmaceutici; limitazioni alla vita pubblica che rendono meno visibili alcune attività criminali e le trasferiscono a casa o in ambienti online; vulnerabilità dovuta ad ansia, paura e alla scarsa conoscenza del virus; carenza di prodotti leciti. Si veda Europol, *Pandemic profiteering. How criminals exploit Covid-19 crisis*, 27 marzo 2020.

²³ M. Merlati, *La storia internazionale e la criminalità organizzata*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata* (CROSS Unimi), Vol. 1, n. 1, 2015, p. 11.

permettono l'agire *ultra moenia* non sono di origine recente²⁴ e precedono il fenomeno della globalizzazione. Tuttavia è innegabile che l'evoluzione dei trasporti e delle comunicazioni e la liberalizzazione dei mercati – fattori che hanno creato **un gigantesco mercato unico mondiale in cui circolano liberamente e senza sosta capitali, merci, uomini e informazioni**²⁵ – abbiano favorito l'affermarsi di sistemi e reti di contatto anche tra associazioni criminali.

Secondo la Convenzione di Palermo (UNTOC), un gruppo criminale organizzato è un «gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale» (art. 2, lett. a). Europol sottolinea che esiste una relazione tra questo crimine e la criminalità organizzata: lo dimostrano operazioni come quelle nell'ambito del *Viribus Project*²⁶ che hanno portato a centinaia di arresti e allo smantellamento di decine di gruppi criminali.

Ulteriore elemento caratterizzante è la **transnazionalità**²⁷. Le organizzazioni pongono in essere schemi operativi attraverso i quali importano da Paesi a bassa percentuale di controlli i medicinali contraffatti, per rivenderli nella filiera legale o nel mercato parallelo in altre zone del pianeta. Così i reati vengono commessi da organizzazioni criminali in più Stati o in un unico Stato con una parte sostanziale della loro preparazione, pianificazione, direzione o controllo in un altro Paese; oppure in uno Stato da gruppi attivi in altri Paesi; o, da ultimo, in uno Stato ma con effetti sostanziali in un altro (art. 3, n. 2, lett. a, b, c, d). La nozione di transnazionalità si lega, peraltro, a quella di competenza territoriale e rende perseguibili reati commessi tramite siti illegali, la cui fonte sovente si trova a migliaia di chilometri di distanza dalla vittima.

Come per tutte le merci illegali, dunque, anche nel commercio dei farmaci contraffatti si assiste al binomio **domanda-offerta** in cui molteplici sono i soggetti che agiscono. Vi sono fornitori di materie prime contraffatte, professionisti del settore corrotti, collusi o membri di un'organizzazione criminale, imprenditori grossisti, intermediari tra produttori di materie prime e rivenditori. Questi soggetti necessitano di forme organizzative che permettano il completarsi di questa catena di rifornimento, che parte dalla produzione e termina nella rivendita all'ingrosso o al dettaglio del prodotto in qualsiasi parte del mondo. Si creano, perciò, reti di contatto che le organizzazioni sfruttano

²⁴ Si pensi al fenomeno migratorio sfruttato dalle organizzazioni criminali per conquistare i mercati. Un esempio fra i tanti riguarda la presenza della mafia cinese nel territorio italiano: sul tema, G. Turlese Tosi, *La triade italiana. Come la malavita cinese sta conquistando l'Italia e da qui l'Europa*, BUR, 2018.

²⁵ M. Merlati, *La storia internazionale*, cit., p. 12. L'autrice cita F. Tuccari, *Dal "momento unipolare" all'era "post-americana": gli Stati Uniti e il mondo*, in Aa.Vv., *L'orizzonte del mondo. Politica internazionale, sfide globali, nuove geografie del potere*, Milano, 2010, pp. 190-191.

²⁶ Nel luglio 2019, Europol, in collaborazione con i Carabinieri NAS, ha smantellato 17 gruppi criminali coinvolti nel traffico di medicine e sostanze dopanti contraffatte: sono stati smantellati 9 laboratori chimici non autorizzati, sequestrate quantità per 3,8 milioni di confezioni tra sostanze e medicine illegali e arrestate 234 persone (per un totale di 839 procedimenti giudiziari). Si veda il comunicato stampa online Europol, *Keeping sport safe and fair*, 8 luglio 2019.

²⁷ A. Giannuli, *Mafia mondiale. Le organizzazioni criminali all'epoca della globalizzazione*, Ponte alle Grazie, 2019.

nei propri laboratori clandestini oppure per importare da produttori esteri medicinali e confezionarli per il mercato legale (tramite farmacie talora ignare della provenienza, talora complici) o per quello illegale²⁸.

Il grado di organizzazione è chiaramente differente a seconda dei contesti e della dimensione della rete criminale di contatto esistente. Si spazia da forme basiche (piccoli gruppi di alchimisti) a gruppi criminali più complessi, fino a sfociare nel vincolo mafioso (ad es. camorra, mafia russa, triadi cinesi, cartelli sudamericani)²⁹. In Italia, il commercio di farmaci illegali non è certamente la prima fonte di introiti delle organizzazioni mafiose, anche se bisogna segnalare che la Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta Antimafia (19 febbraio 2018) dedica un intero paragrafo – “Le infiltrazioni mafiose nel mercato dei medicinali”³⁰ – alla denuncia dell’interesse mostrato dalle mafie nel traffico di tutti i tipi di farmaci (contraffatti o originali), specialmente nell’ambito di furti di medicinali ospedalieri autentici rivenduti in mercati meno controllati.

È evidente, dunque, che altra caratteristica determinante la complessità di questo mercato risiede in una domanda non composta solo dai diretti consumatori ma anche dagli attori criminali stessi: infatti si possono rilevare affinità con il mercato degli stupefacenti, ove le dinamiche *business to business*, rendono difficile per gli organi inquirenti ricostruire la *supply chain* di riferimento in quanto non tutte le organizzazioni si dedicano alla *self-production*.

Le ragioni del successo di questo mercato sono molteplici e succintamente elencabili: facilità di acquistare online i farmaci e di contrabbandarli tramite pacchi postali o valigie sfruttando i collegamenti ferroviari³¹; controlli più blandi dovuti alla globalizzazione dei mercati e alle zone di transito delle merci; non sono richiesti investimenti ingenti e le attrezzature per la produzione sono facilmente trasferibili; raro ricorso alla violenza, con conseguente minore visibilità tra la popolazione civile e le forze dell’ordine³²; inesistenza di grandi monopoli come nel caso del traffico di cocaina, in Europa gestito quasi interamente dalla ‘ndrangheta³³; eccessiva difformità e inefficacia delle normative nazionali e mancanza di coordinamento tra le istituzioni sovranazionali; diffusa corruzione all’interno del complesso mercato farmaceutico; accesso alle cure impedito dal costo di alcuni medicinali, che spinge il consumatore su canali illegali; disinformazione e analfabetismo che minano scelte sicure³⁴. Laddove il *network* legale presenta questi elementi di permeabilità, le organizzazioni criminali riescono ad arrivare ai grossisti autorizzati o addirittura alle farmacie. Invece, dove i controlli sono più incisivi, sfruttano le reti illegali e non controllate (come le palestre, i club, i negozi di parafarmacia e prodotti naturali)³⁵.

²⁸ Aa.Vv., *Farmaci contraffatti*, cit., p. 38.

²⁹ A. G. Micara, *Falsificazione di medicinali*, cit., p. 56; UNICRI, *Counterfeit Medicines*, cit., p. 90.

³⁰ La Relazione è consultabile a questo indirizzo.

³¹ Federfarma, *Contraffazione UE, medicinali i più gettonati nel rapporto Europol*, 17 giugno 2019.

³² Aa.Vv., *Il crimine farmaceutico*, cit., p. 22.

³³ A. Pettinari, *La ‘ndrangheta e i porti per il traffico di cocaina*, in *Antimafia Duemila*, 4 gennaio 2019.

³⁴ Aa.Vv., *Farmaci contraffatti*, cit., pp. 24-25.

³⁵ *Idem*, p. 20.

Come riportato, l'e-commerce³⁶ è una delle ragioni principali di successo per le organizzazioni poiché si crea una dinamica tanto semplice quanto efficace: Internet permette di raggiungere facilmente – e con rischi minimi – il consumatore tramite siti illegali, *darkweb*, *social network* e *forum* dove è possibile acquistare qualsiasi tipologia di farmaco. Tuttavia dietro tale acquisto si celano prodotti non sicuri, contraffazioni, frodi e furti di dati sensibili.

Per prevenire questo fenomeno sono state adottate alcune precauzioni: ad esempio, in Italia è possibile vendere online solo prodotti farmaceutici che non necessitano di prescrizione medica (art. 112 *quater*, d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219)³⁷. Ciò rende facilmente individuabile un sito illegale qualora venda farmaci per i quali è necessaria la ricetta. Inoltre, i siti delle farmacie legali devono presentare il **Logo comune europeo**, consistente in un *link* che rimanda ad una lista di farmacie ed esercizi commerciali autorizzati presente sul sito del Ministero della Salute³⁸.

Sul tema, si evidenzia che istituzioni come Interpol ed Europol chiudono quotidianamente decine di siti Internet illegali e la loro opera è facilitata da strumenti di analisi dati come il *Fake Alert System Tool* (FAST). Trattasi di un mezzo di verifica automatica delle farmacie online, che utilizza un algoritmo basato sulla combinazione di analisi testuale dei contenuti del sito e dei *link* in uscita: viene, così, calcolata la percentuale di rischio che una determinata farmacia online sia illegale. Strumenti come il *FAST algorithm* permettono alle forze di polizia di analizzare molto più velocemente i siti Internet, con evidenti riflessi sull'efficacia e sulla qualità delle indagini³⁹.

3. Prevenzione e contrasto: la Convenzione *Medicrime*.

Il Pharmaceutical Security Institute (PSI) di Vienna⁴⁰ ha pubblicato nel 2019 i dati relativi al periodo 2014-2018, prendendo in considerazione le contraffazioni di medicinali, i dirottamenti illegali di forniture e i furti, dividendo poi la ricerca tra andamento degli incidenti, distribuzione geografica, categorie di agenti terapeutici e misure di arresto.

I dati emersi sono preoccupanti: si è registrata una crescita complessiva del 102,3% (nel 2014, 2177 episodi; nel 2018, 4405 episodi), con un picco del 25% tra il 2017 e il 2018. Nel solo 2018, anno più recente, sono stati registrati 961 casi che hanno condotto a sequestri, incursioni di polizia e ispezioni sanitarie. Il dato più sconcertante è che il 49% dei sequestri è avvenuto presso operatori commerciali, quindi soggetti che hanno a che fare con la filiera legale.

³⁶ Sul tema diffusamente, cfr. Aa.Vv., *Fakecare. Developing expertise against the online trade of medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*, eCrime, UNITN, 2015.

³⁷ La vendita online di farmaci è consentita a livello europeo in seguito alla direttiva 2011/62/UE.

³⁸ In tema di Logo comune europeo si confronti il sito ministeriale. Sulle vulnerabilità del Logo si veda: Aa.Vv., *Fakecare*, cit., pp. 57 ss.

³⁹ *Idem*, pp. 63 ss.

⁴⁰ PSI è un'associazione *no profit* che si occupa di protezione della salute pubblica, diffusione di informazioni relative alla contraffazione farmaceutica e di iniziative di *enforcement* attraverso le Autorità competenti nazionali e sovranazionali.

Per quanto concerne la distribuzione geografica, sono state analizzate sette macro-regioni (con un totale di 145 paesi colpiti) e tutte, tranne l'Europa, registrano un aumento della criminalità nel settore farmaceutico: i numeri riguardano il Nord America (1750 episodi, con il 17% degli arresti), l'Asia (1426 episodi, 50% degli arresti), l'Eurasia (665 episodi, 5% degli arresti), l'America latina (483 episodi, 11% degli arresti), l'Europa (395 episodi, 9% degli arresti), il Medio oriente (312 episodi, 6% degli arresti) e l'Africa (142 episodi, 2% degli arresti). Tali risultati devono essere analizzati, peraltro, con la dovuta accortezza e senza cadere nell'errore per cui meno casi si verificano più la tutela è efficace. L'analisi deve necessariamente tenere presente che il livello di trasparenza e preminenza che i singoli Paesi conferiscono al contrasto dei farmaci illegali può essere differente: un limitato numero di riscontri può essere causato, ad esempio, dall'inefficacia del sistema repressivo.

Da ultimo, lo studio in questione ha rilevato che ogni genere di prodotto farmaceutico può essere oggetto di contraffazione. Nello specifico sono stati raccolti dati su farmaci genito-urinari e cardiovascolari, medicinali che agiscono sul sistema nervoso centrale, anti-infettivi e antitumorali⁴¹.

Le statistiche mostrano che il fenomeno è in continua crescita. In quest'ottica diverse istituzioni (WHO, UNODC, Interpol, Europol, Agenzie del farmaco nazionali come AIFA, MHRA, SWISSMEDIC, FDA, etc.)⁴² collaborano quotidianamente nella prevenzione e nel contrasto a queste attività così pericolose.

Il presente lavoro intende proprio sottolineare l'importanza di questa cooperazione e la necessità di utilizzare strumenti normativi comuni. È in quest'ottica che pare irrinunciabile la già citata Convenzione *Medicrime*, poiché si tratta del più avanzato strumento internazionale di contrasto alla falsificazione farmaceutica. La normativa si pone come punto di svolta nel solco di un processo di protezione dell'individuo e della sua salute, le cui tappe principali sono la Convenzione d'elaborazione di una Farmacopea europea (1961) e il relativo Protocollo (1989), la Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (1997) e la Convenzione sul *cybercrime* (2001).

Il fine è quello di «elaborare uno strumento internazionale globale incentrato sugli aspetti legati alla prevenzione, alla protezione delle vittime e al diritto penale» (Preambolo *Medicrime*) in relazione alla contraffazione di agenti terapeutici e ad altre fattispecie che comunque minaccino la salute pubblica; ciò tramite un meccanismo di controllo previsto dalla Convenzione stessa. Lo scopo (e il merito) è quello di voler coinvolgere tutti gli Stati colpiti da questo fenomeno, membri o meno del Consiglio d'Europa. La normativa è, inoltre, il frutto di un lavoro di esperti provenienti da diversi settori (giuridico, scientifico, relazioni internazionali, etc.).

⁴¹ I dati riportati sono contenuti nel *report PSI, Measuring Pharma Crime*, Vienna, 2019.

⁴² Un esempio che riguarda il contesto italiano è il Sistema nazionale anti-contraffazione, disciplinato dagli artt. 142bis - 142quinquies del d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (come modificato dal d. lgs. 19 febbraio 2014, n. 17, attuativo della direttiva 2011/62/UE). Questo sistema è gestito da AIFA con il supporto della *Task force* anti-contraffazione (istituita con determina AIFA 25 maggio 2015, n. 671) e ha il compito di ricevere e gestire le segnalazioni di sospetta falsificazione farmaceutica, richiamare medicinali dal mercato e ritirarli anche tra i pazienti. Inoltre AIFA ha il compito di notificare "allerte rapide" ad altre istituzioni nazionali ed europee, qualora vi sia fondato motivo (o certezza) della compromissione di un farmaco. Sul punto, D. Di Giorgio, *Il fenomeno del crimine farmaceutico*, cit., pp. 21 ss.

Dal punto di vista sostanziale, la Convenzione prevede che le Parti si impegnino a criminalizzare fattispecie tipiche, a proteggere le vittime e a cooperare a livello nazionale ed internazionale (art. 1), applicando la normativa comune senza discriminazione (art. 2) a fattispecie di reato offensive della salute umana che riguardino fabbricazione o contraffazione di farmaci, medicinali, sostanze attive o ausiliarie, dispositivi medici, accessori e qualsiasi componente o materiale utilizzati nella fabbricazione, nonché anche la documentazione relativa al prodotto (artt. 3 e 4). In particolare, il diritto penale sostanziale incrimina la produzione (art. 5), l'offerta, la fornitura, il traffico di contraffazioni (compresi l'intermediazione e lo stoccaggio, art. 6), la falsificazione o manomissione intenzionale di documenti (art. 7) e, come norma di chiusura, qualsiasi reato affine⁴³ che minacci la salute pubblica (art. 8). Utile, poi, ad interrompere la catena di rifornimento criminale è la previsione di fattispecie specifiche di complicità (concorso nel reato e favoreggiamento), di istigazione e di tentativo a commettere i reati appena elencati (art. 9).

Accanto alla responsabilità penale personale è stabilita una responsabilità (civile, penale o amministrativa a seconda dei singoli ordinamenti) per le persone giuridiche, laddove i reati previsti dalla Convenzione siano commessi a beneficio di società o aziende da una persona fisica membro di organi dirigenziali e che abbia poteri decisionali, di rappresentanza o di controllo; è prevista anche l'ipotesi secondo cui la persona giuridica è responsabile quando non siano stati esercitati i poteri di supervisione e controllo e ciò abbia favorito la commissione di uno dei reati menzionati (art. 11). A queste disposizioni deve seguire l'impegno di ogni Stato firmatario di prevedere sanzioni penali detentive e pecuniarie, sanzioni amministrative e misure (di sicurezza e di prevenzione) adeguate ai casi concreti, tra cui anche l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di attività commerciali, la sorveglianza giudiziaria, l'ordine di liquidazione, il sequestro e la confisca (art. 12).

L'accordo *Medicrime* prosegue, elencando una serie di circostanze aggravanti che rilevano *quoad poenam*: se dalla condotta criminosa deriva l'evento morte o danni (permanenti o temporanei) alla salute fisica o mentale; se l'azione criminosa è commessa da soggetti qualificati come professionisti, produttori o fornitori che abbiano abusato della fiducia riposta in loro in quanto operatori sanitari; se viene fatto ricorso a mezzi di distribuzione su larga scala come sistemi informatici quali Internet; se il reato è commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale; se il colpevole è un recidivo specifico, ossia sia stato condannato per reati della stessa indole anche in altri Stati firmatari della Convenzione (artt. 13-14). Rilevante è quest'ultima disposizione in quanto espressiva della *ratio* fondante la *Medicrime*: prevedere fluidità tra sistemi informativi nazionali per tracciare il passato penalmente rilevante di individui o gruppi criminali che falsificano medicinali.

⁴³ Per **reati affini** si intendono quelle condotte non contemplate esplicitamente dalla Convenzione e che riguardino la «produzione, lo stoccaggio, l'importazione, l'esportazione, la fornitura, l'offerta di fornitura o l'immissione sul mercato di medicinali senza autorizzazione, o dispositivi medici che non rispondono ai requisiti di conformità, laddove questi siano richiesti dal diritto nazionale della Parte». Inoltre sono perseguibili anche condotte come «l'uso commerciale di documenti originali al di fuori dell'uso al quale sono destinati all'interno della catena di approvvigionamento legale dei prodotti sanitari, in conformità a quanto specificato dalla normativa interna della Parte» (art. 8).

Da un punto di vista processuale, la Convenzione *Medicrime* conferisce un valore aggiunto alla fase delle indagini: prevede che le condotte di reato siano perseguibili d'ufficio (art. 15), richiede una specializzazione di magistrati e di forze dell'ordine sul tema del *pharmacrime* e un bagaglio strumentale di contrasto realizzabile tramite adeguate risorse economiche (art. 16). Tale specializzazione non è utile solo a livello nazionale, ma è fondamentale per realizzare lo scopo della Convenzione, ossia la cooperazione internazionale tra singoli *points of contact* (autorità di polizia, magistratura, autorità sanitarie e di controllo) che trattano dati e informazioni sui farmaci contraffatti.

Il traffico illegale di medicinali non tiene conto dei confini nazionali e strumenti quali l'extradizione, la mutua assistenza giudiziaria, il sequestro e la confisca sono quanto mai appropriati. La normativa, infatti, prevede che, qualora una Parte subordini l'extradizione o la reciproca assistenza giudiziaria in ambito penale all'esistenza di un trattato e ne riceva domanda da altro Stato firmatario con cui non abbia concluso un siffatto trattato, la Convenzione possa essere utilizzata come base giuridica per estradizione e reciproca collaborazione giudiziaria, riferite ai reati previsti dalla Convenzione medesima (art. 21). Questo sistema, per essere efficace, deve essere realizzato anche con la cooperazione del settore privato e della società civile, adottando misure di prevenzione adeguate a proteggere la filiera di distribuzione e a porre in sicurezza la qualità dei prodotti sanitari: ciò può essere realizzato proprio con quel processo di formazione e specializzazione di professionisti (sanitari, fornitori, forze di polizia e autorità doganali) e promuovendo campagne di sensibilizzazione dirette alla collettività (artt. 17-18).

Altro punto di svolta è il riferimento alla protezione delle vittime⁴⁴: si prevede che lo Stato adotti misure necessarie per la tutela dei diritti e degli interessi dei soggetti lesi, sia nel recupero fisico, psichico e sociale, sia per assicurare loro un risarcimento adeguato. A questi fini è necessario che le vittime vengano non solo informate dei servizi a loro disposizione, ma anche rese parte del procedimento giudiziario che le riguarda come persone offese, offrendo la possibilità di costituirsi parti civili (anche nel caso di associazioni e fondazioni di vittime) e assicurando il diritto di accesso al gratuito patrocinio ove necessario, nonché la protezione da intimidazioni e ritorsioni (artt. 19-20).

L'efficacia del sistema testé descritto è valutata dal **Comitato delle Parti**, organo di controllo *ad hoc* istituito dalla Convenzione e composto da delegazioni degli Stati firmatari e da rappresentanti (uno ciascun organo) dell'Assemblea parlamentare, del Comitato Europeo per i Problemi Criminali e di altri comitati intergovernativi o scientifici del Consiglio d'Europa. Il Comitato viene convocato dal Segretario generale del Consiglio d'Europa, si riunisce su richiesta di questi o di un terzo delle Parti e adempie alle sue funzioni assistito dal Segretariato generale secondo regolamento proprio. Sotto quest'ultimo aspetto, il Comitato svolge funzioni di raccolta, analisi e scambio di

⁴⁴ È vittima, secondo la Convenzione, una persona fisica che subisce effetti fisici o psicologici negativi, risultanti dall'utilizzazione di un farmaco contraffatto o fabbricato, fornito o commercializzato senza autorizzazione, o in deroga ai principi di conformità previsti dalle singole legislazioni nazionali.

informazioni, esperienze e buone pratiche tra gli Stati; da ultimo, facilita l'attuazione della Convenzione e adotta pareri e raccomandazioni (artt. 23-25).

Nonostante la portata della normativa internazionale, limitato è il numero di Paesi che hanno siglato e ratificato la Convenzione *Medicrime*⁴⁵: l'Italia risulta tra i primi Stati firmatari, ma non ha ancora ratificato con legge del Parlamento questo accordo; l'ordinamento penale italiano attualmente punisce l'adulterazione o contraffazione di sostanze medicinali⁴⁶ (art. 440, co. 3 c.p.) e il commercio o la somministrazione di medicinali guasti o imperfetti (art. 443 c.p.). È inoltre prevista la pena accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna e l'interdizione dalla professione, industria, commercio o mestiere nonché dagli uffici direttivi di persone giuridiche e delle imprese (art. 448 c.p.). A ciò si aggiunga che se dalle condotte tipiche riportate deriva, per colpa, un'epidemia (438 c.p.), si applica la fattispecie di delitto colposo contro la salute pubblica (art. 452 c.p.). Infine è prevista la confisca obbligatoria delle cose servite o destinate a commettere il reato, nonché il prodotto o il profitto di questo qualora derivi la morte o lesioni gravi o gravissime per la persona offesa (art. 446 c.p.).

Come è evidente, il legislatore italiano ha strutturato una disciplina repressiva attorno al fenomeno del *pharmacrime*, seppur, sulla scorta di quanto previsto dalla Convenzione firmata a Mosca nel 2011, sarebbe utile ratificare lo strumento internazionale alla luce della dimensione transnazionale del fenomeno e per un miglior risultato in ambito cooperativo.

La realtà empirica, infatti, mostra quanto sia necessario uno strumento normativo interforze per contrastare efficacemente il mercato illegale dei farmaci. In tal senso, è utile considerare un lavoro pubblicato (ottobre 2019)⁴⁷ nell'ambito delle attività del Comitato di esperti del Consiglio d'Europa/EDQM che ha nuovamente messo in luce il pericolo per la salute umana e la necessità di strumenti comuni. Vengono riportati i risultati dell'Operazione "Volcano"⁴⁸, riguardante un insieme di singole operazioni di polizia nate in Germania a causa di segnalazioni sospette su medicinali antitumorali (Trastuzumab/Herceptin) con confezionamento italiano. Le indagini riconducevano i farmaci (ritrovati anche nel Regno Unito, in Spagna e in Olanda) a furti in ospedali italiani commessi tra il 2011 e il 2014. I gruppi di criminali vendevano gli antitumorali a grossisti non autorizzati esteri (situati in Bulgaria, Cipro, etc.) che a loro volta li rivendevano con false documentazioni a grossisti italiani autorizzati. La destinazione finale era il mercato europeo.

Le false documentazioni e i furti di farmaci rappresentano forme di falsificazione altamente pericolose, poiché rendono impossibile ricostruire "la vita" del farmaco e

⁴⁵ Attualmente vi è la firma di 25 Paesi (tra cui l'Italia) su 47 del CoE, e di 7 Paesi non membri del CoE. Tuttavia, degli Stati firmatari, solo 18 (14 CoE e 4 non CoE) hanno ratificato la Convenzione e tra questi, come anticipato, non figura l'Italia. Per i numeri si è attinto dalla sezione *Signatures and Ratifications* del sito della Convenzione.

⁴⁶ Invero, tale condotta è prevista come circostanza aggravante del reato di adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari (art. 440 c.p.). Non si configura, dunque, una fattispecie di reato autonoma.

⁴⁷ D. Di Giorgio, D. Russo, *Medicrime vs Volcano. A practical case study on how the Council of Europe Convention could improve the fight against pharmaceutical crime*, EDQM/CoE, 2019.

⁴⁸ Per una disamina approfondita: Aa.Vv., *Operation Volcano*, cit., pp. 3 ss.

assicurarne la corretta conservazione. Questa rete criminale è stata smantellata grazie al coordinamento tra istituzioni europee e nazionali, portando alla collaborazione di quattordici procure solo in Italia e a più di ottanta arresti. Tra il 2014 e il 2015 i risultati di questa operazione hanno condotto da una media di tre furti in ospedale ogni settimana a nessun caso registrato⁴⁹.

Nel *report* dell'ottobre 2019, ciò che gli esperti rilevano è che nonostante l'ottimo risultato dell'Operazione "Volcano" – diventata *framework* a livello europeo – i risultati sarebbero stati di gran lunga migliori se tutti i sistemi penali coinvolti avessero previsto fattispecie penali *ad hoc* e sanzioni più adeguate. Infatti, nonostante nella maggior parte dei casi sia stato riconosciuto il vincolo associativo (artt. 416-416 bis c.p.), le fattispecie contestate erano reati comuni (furto, riciclaggio) e con riguardo agli operatori sanitari coinvolti (farmacisti e grossisti) sono state comminate sanzioni amministrative "lievi" (come ad esempio la sospensione della licenza per pochi mesi)⁵⁰.

4. Prospettive future.

Lo sforzo di questo contributo è quello di lanciare un monito e sottolineare una necessità. La collaborazione tra le istituzioni statali a livello internazionale è la via maestra per risolvere un problema che supera i confini e che riguarda tutti. Il diritto alla salute (art. 32 Cost.; artt.2-8 CEDU; art. 35 Carta di Nizza, art. 1 Cost. WHO) non può essere considerato secondo i singoli sistemi nazionali, ma va letto in un contesto unico e fluido. In diversi Paesi si è raggiunto un alto grado di coscienza sul fenomeno, un risultato che si ha il dovere di condividere affinché i sistemi che non danno priorità al contrasto del mercato illegale di farmaci, raggiungano nel più breve tempo possibile una maturità del discorso. Del resto, non può esserci legislazione se non c'è consapevolezza.

La collaborazione internazionale può funzionare se tutti i soggetti coinvolti adottano i medesimi strumenti e, di concerto, li utilizzano. La casistica lo dimostra ogni anno: un esempio tra i tanti è "Pangea", operazione internazionale coordinata da Interpol in collaborazione con la World Customs Organization (WCO) e le Autorità nazionali di regolamentazione sanitaria, i cui obiettivi sono intercettare spedizioni sospette di farmaci illegali, individuare i siti *web* che li trafficano e utilizzare i risultati ottenuti per sensibilizzare le istituzioni e la società civile. Recentemente, l'Operazione "Pangea" (XIII edizione) ha portato all'arresto di 121 trafficanti (inseriti all'interno di 37 organizzazioni criminali dislocate in ben 90 diversi Paesi), a sequestri di medicinali contraffatti per un valore di 14 milioni di dollari e alla chiusura di 2500 siti *web*. Tale offerta illegale era destinata a rispondere principalmente alla domanda di antinfluenzali, disinfettanti e dispositivi medici di contrasto al "Covid-19"⁵¹.

⁴⁹ *Idem*, p. 7. Il fenomeno dei furti in ospedale rappresenta tuttora una piaga per il sistema farmaceutico e sanitario in generale: è stato avviato nel 2014 il progetto "Padlock", volto ad adeguare gli standard di sicurezza nelle farmacie ospedaliere. In questo ambito sono state pubblicate nel 2015 le "Linee guida per la sicurezza delle Farmacie Ospedaliere". Il progetto e le linee guida sono consultabili al sito: <http://www.padlockpharma.it/>.

⁵⁰ D. Di Giorgio, D. Russo, *Medicrime vs Volcano*, cit., pp. 9 ss.

⁵¹ L'operazione "Pangea XIII" è descritta nel Comunicato stampa: Interpol, *Global operation sees a rise in fake medical products related to Covid-19*, 19 marzo 2020.

È dimostrato, dunque, che la collaborazione funziona. Tuttavia non è sufficiente a garantire un contrasto efficace: il miglior risultato si può ottenere agendo nel medesimo contesto normativo e la Convenzione *Medicrime* è l'esempio di come ciò possa essere realizzato.

Invero, non deve ritenersi che questo strumento sia il capolinea di un processo di maturazione compiuto. Il contrasto al crimine in ambito farmaceutico è un *work in progress* e l'avanguardia della *Medicrime* risiede anche nell'offrire la possibilità di implementare la normativa comune, promuovendo accordi bilaterali o multilaterali tra le Parti (art. 26) e prevedendo un sistema di modifica dell'accordo (art. 27) al fine di rafforzarne le disposizioni. In questa stessa ottica, anche il coordinamento con altri strumenti internazionali sarebbe utile.

Lo sforzo è quello di agire su due fronti: un contrasto diretto e un contrasto indiretto. Il primo vede impegnate le istituzioni in una lotta perpetua contro le organizzazioni; il secondo agisce sulla domanda illegale di farmaci, analizzandola e cercando di abbatterne le fondamenta tramite iniziative formative e informative (rivolte ad operatori di settore e al pubblico)⁵². In tema di uguaglianza sostanziale tra consociati, per esempio, utile sarebbe strutturare sistemi sanitari economicamente accessibili a tutti, al fine di assicurare «ai popoli il più alto grado possibile di sanità» (art. 1, Cost. WHO).

Tutto ciò considerato, l'impegno della legalità sul tema della contraffazione farmaceutica rientra in un disegno di battaglie più ampie – diritti umani, ambiente, sicurezza – che non possiamo permetterci di perdere: rispondere ad una criminalità organizzata e globalizzata con una “sicurezza organizzata e globalizzata”.

Riferimenti bibliografici.

Materiale bibliografico

- Aa.Vv., *Buone pratiche di fabbricazione. Linee guida AFI*, Tecniche nuove, Vol. XIV, 2018.
- Aa.Vv., *Fakecare. Developing expertise against the online trade of fake medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*, eCrime, UNITN, 2015.
- Aa.Vv., *Operation Volcano. The Herceptin case*, AIFA/AEMPS/AGES/IGZ/MHRA, 2015.
- Aa.Vv., *Il crimine farmaceutico*, ed. UPQ&P AIFA, 2015.
- Aa.Vv., *Farmaci contraffatti. Il fenomeno e le attività di contrasto*, Tecniche Nuove, 2011.
- A. Daemmrigh, *L'industria farmaceutica*, in S. Petruccioli, *Storia Della Scienza*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004, v. 8, pp. 869 ss.
- D. Di Giorgio, D. Russo, *Medicrime vs Volcano. A practical case study on how the Council of Europe Convention could improve the fight against pharmaceutical crime*, CoE/EDQM, 2019.

⁵² Aa.Vv., *Il crimine farmaceutico*, cit., pp. 13 e 29.

- D. Di Giorgio, *Il fenomeno del crimine farmaceutico e le attività di contrasto*, AIFA, 2017.
- K. Eban, *Dangerous doses. A true story of cops, counterfeiters and the contamination of America's drug supply*, HarcourtBooks, 2006.
- A. Giannuli, *Mafia mondiale. Le organizzazioni criminali all'epoca della globalizzazione*, Ponte alle Grazie, 2019.
- M. Gramazio, *Furto di farmaci (Le evoluzioni del fenomeno dal 2013 ad oggi)*, AIFA, 2017.
- M. Merlati, *La storia internazionale e la criminalità organizzata*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata (CROSS Unimi)*, Vol. 1, n. 1, 2015.
- A.G. Micara, *Falsificazione di medicinali, criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata (CROSS Unimi)*, Vol. 2, n. 2, 2016.
- G. Turlèse Tosi, *La triade italiana. Come la malavita cinese sta conquistando l'Italia e da qui l'Europa*, BUR, 2018.

Materiale istituzionale

- CoE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, Mosca 28 ottobre 2011.
- Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa e similare, in *Senato.it*, 19 febbraio 2018.
- FEDAIISF, *Generici. La produzione farmaceutica mondiale è per lo più in Cina e India ed è un problema per le autorità sanitarie occidentali*, 9 settembre 2019.
- Federfarma, *Contraffazione UE, medicinali i più gettonati nel rapporto Europol*, 17 giugno 2019.
- Europol, *Pandemic profiteering: how criminals exploit the Covid-19 crisis*, 27 marzo 2020.
- Europol, *Keeping sport safe and fair*, 8 luglio 2019.
- Interpol, *Global operation sees a rise in fake medical products related to Covid-19*, 19 marzo 2020.
- IQVIA, *The global use of medicine in 2019 and outlook 2023*, 29 gennaio 2019.
- OCSE, *Illicit trade. Converging criminal network*, 2016.
- PSI, *Measuring Pharma Crime*, Vienna, 2019.
- WHO, *Global Surveillance and Monitoring System for Substandard and Falsified Medical Products*, 2017.
- WHO, *Counterfeit Drugs. Report of a WHO/IFPMA Workshop*, Geneva, 1-3 aprile 1992.
- WHO, *Rational use of drugs. Report of the Conference of experts*, Nairobi, 25-29 novembre 1985.
- UNICRI, *Counterfeit Medicines and Organized Crime*, Torino, 2012.

Casistica

- ADUC, *Farmaci contraffatti in Africa. Il traffico che conduce alla morte*, 5 agosto 2019.
- G. Baioni, *Farmaci contraffatti, Business che uccide l'Africa e finanzia i terroristi*, in *Il Fatto Quotidiano* (online), 2 febbraio 2020.

- C. Izundu, *Fake Xanax; Anxiety drug deaths an "escalating crisis"*, BBC, 4 febbraio 2019.
- N. Pagliarulo, *As India, China drug industries mature, FDA scrutiny an overhang*, www.biopharmadive.com, 23 aprile 2018.
- A. Pettinari, *La 'ndrangheta e i porti per il traffico di cocaina*, in *Antimafia Duemila*, 4 gennaio 2019.
- A. Sinopoli, *Africa, i farmaci killer contraffatti*, in *Repubblica online*, 12 agosto 2019.

Normativa

- *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla contraffazione di agenti terapeutici e reati simili che comportano una minaccia per la salute pubblica*, Mosca 28 ottobre 2011.
- *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, Palermo 12-15 dicembre 2000.
- *Direttiva 2011/62/UE*, 8 giugno 2011.
- *Direttiva 2001/83/CE*, 6 novembre 2001.
- *D. lgs. 19 febbraio 2014, n. 17*.
- *D. lgs. 24 aprile 2006, n. 219*.
- *Determina AIFA 25 maggio 2015, n. 671*.

Si ringrazia il Dottor Domenico Di Giorgio, dirigente dell'Ufficio qualità prodotti e contrasto al crimine farmaceutico di AIFA, il quale ha cortesemente messo a disposizione la propria competenza, da cui questo elaborato ha preso spunto.

Conversazione**— Neuroscienze cognitive,
affettive e sociali**

Ambiti di studio, ricerca e applicazione nel contesto penale. Una conversazione (a distanza) con Michela Balconi

Cognitive, affective and social neurosciences

Areas of study, research and application in the criminal context. A (remote) conversation with Michela Balconi

di Raffaele Bianchetti, Michela Balconi

Iniziamo, nell'effettuare questa nostra conversazione "a distanza" o per meglio dire da remoto, a ragionare sui rapporti intercorrenti tra neuroscienze cognitive e diritto penale e a riflettere sugli apporti che le prime possono dare al secondo. E a questo proposito, secondo Lei, esistono, nell'ambito delle discipline di cui si occupa (neuropsicologia, neuroscienze cognitive, affettive e sociali), ulteriori profili – oltre a quelli già noti – di potenziale interconnessione con il diritto penale su cui varrebbe la pena concentrare in futuro le ricerche?

Dunque, partiamo da una premessa: il rapporto tra diritto penale e neuroscienze è complesso, ma presenta, al contempo, delle opportunità di studio e di ricerca per entrambe le discipline che sono oggi molto interessanti quanto a contenuti e ad oggetti di analisi. Quindi l'apporto può essere reciproco: possiamo dire che le neuroscienze possono portare il proprio ausilio al diritto penale ma può avvenire anche il contrario, ossia che il diritto penale possa essere utile alle neuroscienze.

Ovviamente, per quel che qui interessa, ci concentriamo sull'apporto che le neuroscienze possono dare al diritto penale ma dobbiamo prestare attenzione a due aspetti.

Il primo aspetto. Lei ha citato neuropsicologia, neuroscienze cognitive, neuroscienze affettive etc.. Queste etichette ci dicono che il mondo delle neuroscienze è un mondo vasto, molto articolato. E questa articolazione può portare contributi diversi al diritto penale, perché ognuna delle citate etichette si occupano in realtà di contenuti e di aspetti diversi.

Il secondo aspetto: il metodo. Bisogna tenere in considerazione che l'approccio metodologico delle neuroscienze può contribuire a porre delle questioni – che, secondo me, sono anche questioni critiche – all'interno del diritto penale, favorendone il dibattito.

Detto questo, rispetto al contenuto, diciamo che le neuroscienze cognitive si occupano fondamentalmente oggi del funzionamento della mente, ovviamente dal punto di vista neuroscientifico. Quindi le neuroscienze – questo anche per distinguere il loro contributo dalla psicologia, perché in realtà anche le discipline psicologiche o le scienze cognitive hanno sicuramente dato il loro apporto al diritto penale nei decenni passati – si occupano principalmente dello studio del nostro cervello, o per meglio dire dell'aspetto biologico del funzionamento della nostra mente. Le neuroscienze cognitive studiano invece i processi cognitivi: come la mente funziona (bene o male) in relazione a determinati contesti, in relazione a determinate condizioni; in altre parole, studiano come in determinati contesti possono essere limitate alcune facoltà, alcune capacità dell'essere umano: le famose capacità di intendere e di volere, il libero arbitrio e quant'altro. Di conseguenza, le neuroscienze possono dirci in qualche modo, attraverso i paradigmi sperimentali (quindi scientificamente corroborati), quelle che sono le principali complessità della mente e quelle che sono le condizioni nelle quali vengono meno alcuni dei requisiti di funzionamento normale dei processi cognitivi.

In realtà, le neuroscienze oggi fanno riferimento non solo ai processi mentali, quindi a tutto quello che riguarda la cognizione (*cognition*) dell'individuo, ma anche ai suoi processi emotivi e sociali.

Che cosa vuole dire questo?

Vuole dire, sostanzialmente, che le neuroscienze cognitive oggi si occupano anche di tutto quello che concerne la capacità umana di regolare le condotte emotive, cioè le emozioni, che sono una componente importante e forse piuttosto trascurata dal diritto penale. Ad esempio, ci si chiede come le emozioni possano condizionare le nostre facoltà mentali.

Molto interessante. In effetti, anche solo a livello empirico, è evidente l'incidenza delle emozioni sulle funzioni cognitive dell'essere umano ed altrettanto evidente che le emozioni incidono eccome sul piano del comportamento. Cosa ci può dire in proposito? È vero, dal punto di vista scientifico?

Le emozioni sono un capitolo ampio e complesso che non possiamo trattare in questa sede. Possiamo però dire, in estrema sintesi, che le emozioni non sono qualche cosa di indipendente dal pensiero, ma sono qualche cosa che va ad intercettare il pensiero, condizionando sostanzialmente i processi mentali e i processi decisionali (*decision making*). Quindi, le neuroscienze affettive introducono, da una parte, tutto il discorso delle emozioni e, dall'altra parte, le neuroscienze cosiddette sociali: quelle sostanzialmente che ci consentono di studiare come funzionano la mente e il cervello in relazione a determinate situazioni.

In che senso?

Nel senso che uno dei limiti delle neuroscienze cognitive, così come esse si sono evolute nei decenni passati, è stato quello di considerare il cervello e il funzionamento della mente come qualche cosa di isolato, a se stante: in pratica il cervello “sganciato” dalle situazioni e dai contesti. Oggi, invece, noi sappiamo che il funzionamento mentale subisce delle modificazioni in base ai contesti: vale a dire che esso varia in relazione al momento, alla situazione e all'interazione con altri soggetti.

Le faccio un esempio, per dare un'idea di come le neuroscienze sociali, oltre che quelle emotive, possono contribuire al diritto penale moderno. Oggi, attraverso le cosiddette tecniche di *hyperscanning* – tecnica che consente sostanzialmente di studiare l'interazione (vale a dire il “dialogo”) tra due o più cervelli – possiamo arrivare a stabilire come reagisce una persona, poiché sappiamo che un cervello risponde ad un altro cervello, in una particolare condizione d'interazione, sempre nello stesso modo; poco importa, infatti, che l'interazione sia con il cervello di Tizio oppure di Caio. In sostanza, noi oggi possiamo andare a rilevare le diverse modalità di risposta di un individuo in base al diverso interlocutore che ha di fronte e, più in generale, al diverso contesto in cui si trova. Queste nuove tecniche, sviluppatesi negli ultimi dieci anni, ci consentono, attraverso metodiche di elettrofisiologia o di risonanza magnetica, di studiare proprio in tempo reale l'interazione dell'individuo con gli altri e con l'ambiente: in pratica, ci consentono di studiare come si modificano i cervelli nell'interazione. Questo aspetto è, a mio parere, molto interessante e lo si studia sia attraverso delle simulazioni (cioè si invitano le persone a simulare delle situazioni di interazione con altri individui, in contesti protetti di laboratorio) sia attraverso dei momenti della vita reale. Ad esempio, è interessante capire cosa succede nella mente in occasione di rapporti libero professionali, nei contesti aziendali, nel *setting* terapeutico (si pensi all'interazione medico-paziente) e, perché no, in alcuni momenti processuali: questo potrebbe essere, appunto, un settore di studio e di ricerca, nonché di collaborazione con il diritto penale.

In poche parole, quello che un tempo erano le neuroscienze cognitive e che sono poi diventate le neuroscienze delle emozioni, oggi sono le c.d. neuroscienze sociali, che studiano i soggetti e loro funzioni nelle diverse situazioni sociali, ossia nella vita quotidiana. Le neuroscienze sociali possono consentirci ad esempio di studiare il cervello di un imputato dentro ad una situazione specifica, non andando a rilevare il funzionamento del suo organo cervello isolato da tutto, ma dentro ad una condizione d'interazione, nella quale la stimolazione esogena fa la sua parte.

Capacità cognitive, capacità affettive e interazione sociale, aspetti di indubbia rilevanza che il diritto penale non può non prendere in considerazione... e allora, Le chiedo, cosa ci può dire a proposito del concetto di libero arbitrio? In sostanza, in base alla Sua formazione (filosofica, psicologica e neuroscientifica), cosa pensa che sia, in definitiva, il c.d. libero arbitrio? E poi, secondo Lei, fino a che punto un essere umano può essere effettivamente padrone e consapevole delle proprie azioni?

Innanzitutto, dobbiamo dire che il concetto di libero arbitrio è un concetto che ha molte sfumature e che può essere analizzato da prospettive diverse. È un concetto complesso ed articolato.

Io credo che sia un concetto un po' in gabbia e che soffre proprio dell'evoluzione che le neuroscienze – oltre che la psicologia e le scienze cognitive – hanno avuto in questi anni. È un concetto che cerca di spiegarci come funziona la mente dell'uomo quando decide e quando traduce questa decisione in un'azione.

Il libero arbitrio va in qualche modo ad intercettare più aspetti del processo umano: la decisione, la consapevolezza di questa decisione e poi, diciamo, il rapporto tra questa consapevolezza, la decisione e l'azione. Quindi quello che il soggetto fa dal punto di vista comportamentale. Allora, il libero arbitrio, è sempre stato visto secondo questa sequenza logica lineare: c'è un processo mentale (seppure parziale nelle situazioni in cui la capacità di intendere e di volere è grandemente scemata), c'è una consapevolezza (e quindi c'è una coscienza) e c'è una decisione sul repertorio comportamentale del soggetto (decido di compiere questa azione oppure no).

In realtà, questa rappresentazione lineare pecca un po' di semplicismo, perché ci dice che la mente ragiona così, schematicamente. Noi abbiamo questi *step*, questo flusso dove la coscienza ovviamente interviene per prendere una decisione. Ma non è così. Sappiamo che la consapevolezza nell'essere umano è sempre e solo parziale, non abbiamo consapevolezza di tutto. Se dovessi chiederle: «Quanti sono i quadri che sono in questo momento alle mie spalle?», ovviamente se lei focalizza l'attenzione in questo momento mi sa dare un numero esatto, ma fino a pochi istanti fa non ne era in grado... Perché? Perché la coscienza ritaglia, usa l'attenzione – che è un'altra funzione mentale al suo servizio – solo su alcuni elementi e stimoli dell'ambiente. Quindi noi, di fatto, ci orientiamo, non siamo pienamente consapevoli.

Inoltre, la suddetta rappresentazione lineare e semplicistica, pur funzionando molto bene, non tiene conto del fatto che tra le diverse fasi si inseriscono, in qualche modo, anche altri processi dell'individuo: dei sotto-processi che vanno a condizionare, a spostare l'asse della consapevolezza.

E quali sono questi processi?

Uno, ad esempio, è quello da lei citato e che attiene alle componenti di natura emotiva. In pratica, se io mi dovessi trovare in una condizione particolare nella quale la mia risposta fisiologica, il mio livello di "*arousal*", vale a dire di "eccitazione fisiologica" dell'organismo, fosse in aumento o in diminuzione questo inciderebbe eccome sul tipo di scelta comportamentale, cioè sul fatto che io decida di compiere o meno

quell'azione. Se io mi dovessi trovare in una condizione di ansia e ci fosse del fumo improvviso in metropolitana, con la gente agitata... lei pensa che io eserciti a pieno il mio libero arbitrio? Cioè lei può pensare, effettivamente, che stia decidendo di compiere determinate azioni nel pieno della mia consapevolezza, delle mie capacità? Eh in realtà lì vengono ad essere in qualche modo chiamati in causa altri piani, altri livelli di funzionamento che se non scardinano in toto il suddetto processo lineare, sicuramente lo vanno in qualche modo a condizionare: ne alterano le modalità di produzione. Pertanto, per proseguire con il ragionamento, quando un soggetto si trova in una situazione di panico e deve assolutamente trovare quanto prima una via d'uscita per scappare, beh, egli elaborerà le informazioni in suo possesso, ma sicuramente non avrà un quadro completo della situazione, perché la sua mente tenderà a selezionare solo dei dettagli (si pensi all'esempio che le ho fatto prima con i quadri). Inoltre, è sufficiente che qualcuno tra le persone presenti nel vagone della metropolitana in fumo dia un'indicazione erronea e che questa indicazione venga condivisa da alcune persone, che in parte, anche inconsapevolmente, queste indicazioni come foriere di veridicità ci condizioneranno sul piano volitivo e quindi sulla scelta dei nostri comportamenti.

Di conseguenza, posso dire che la "vecchia" definizione di libero arbitrio ingabbia, per certi versi, la reale dinamica dei processi che avvengono nell'individuo. E qui aggiungiamo un altro elemento, quello che dicevo prima: questi processi avvengono non in un *vacuum*, in un contesto isolato di laboratorio, ma nelle condizioni di vita reale, in condizioni sociali. Del resto, ci sono esperimenti che ci dicono che se la persona vicino a me reagisce in un certo modo oppure in un altro modo, mi dà un *frame*, una cornice diversa e fa sì che io stessa legga quella situazione come più o meno di allarme. Per cui, anche le condizioni sociali, le interazioni, il contesto allargato incidono sui miei processi mentali e fanno sì che la mia capacità di esercitare questo libero arbitrio cambi di volta in volta e sia, come dire, qualcosa di estremamente dinamico.

Ma allora, mi permetta, se la valutazione è così complessa, come è possibile misurare gli indicatori del funzionamento dell'essere umano? Come si possono misurare le capacità di intendere e di volere di un soggetto imputato di un reato? Il Prof. Pietro Pietrini, in una recente intervista per DPU, ha affermato che la vera sfida del prossimo futuro è quella di arrivare «a misurare [...] alcuni dei parametri indicativi della capacità dell'individuo di comprendere la natura e il significato delle proprie azioni e della sua facoltà di agire diversamente, che sono i pilastri centrali dell'imputabilità penale»¹. Lei cosa ne pensa? A che punto è la ricerca scientifica con riguardo a questi aspetti?

Diciamo che su questi aspetti le metodiche neuroscientifiche possono dare contributi importanti e significativi perché ci consentono di creare, tra l'altro, delle condizioni nelle quali questi processi possono essere replicati o simulati – dove il termine simulazione non è da intendersi come qualcosa che falsifica una condizione reale, ma è proprio una sorta di capacità, di possibilità di riprodurre "volontariamente" queste situazioni –. Per essere chiari, noi possiamo ad esempio – e lo abbiamo fatto in laboratorio – stabilire se una persona in determinate condizioni sia in grado di reagire in un modo piuttosto che in un altro, quale sia il livello della sua "tenuta emotiva" in condizioni di *stress* etc. Quindi, noi oggi riusciamo a stabilire per ogni soggetto dei

¹ V. S. Arcieri, P. Pietrini, *La sfida della prova neuroscientifica. Intervista a Pietro Pietrini*, in questa rivista, 2 aprile 2020.

parametri di funzionamento e possiamo auspicare per il prossimo futuro – così come si è fatto altrove, per i parametri fisiologici della pressione arteriosa, quali sono i livelli a rischio, i *cut-off* di una condizione di disagio, di malessere fisiologico etc. – di poter stabilire una sorta di *range* di massima dentro il quale, all'interno di una popolazione di riferimento, è possibile collocare l'individuo, tenendo conto delle sue caratteristiche soggettive.

Lei citava prima, durante la nostra conversazione, i processi di maturazione dei soggetti minorenni: questo è un altro elemento molto importante di studio e di ricerca, perché noi non possiamo misurare la reazione di un individuo senza tener conto del fatto che sia un soggetto minorenne oppure maggiorenne; non possiamo prescindere dal fatto che sia un soggetto in fase evolutiva, perché sappiamo – da tempo – che il nostro apparato, la nostra neurofisiologia è soggetta a processi di maturazione che si completano via via, anche se alcune maggiormente in alcune fasi della vita.

Diciamo che noi oggi possiamo “misurare” i diversi individui ma lo dobbiamo fare tenendo conto anche di fattori e differenze intersoggettive, interindividuali che sono, in buona sostanza, i famosi elementi di personalità. Quindi, andare a valutare come il soggetto reagisce tenendo conto di una condizione per così dire ordinaria, di *baseline*, e sottoponendo poi il soggetto a delle condizioni di *stress*. Noi l'abbiamo fatto, per esempio, andando a vedere e a misurare il grado con cui una persona è in grado di gestire un gruppo di lavoro in condizioni di *stress* estremo: quindi, abbiamo misurato le capacità di un manager di controllare le proprie emozioni e di mantenere i processi mentali cognitivi pienamente funzionanti pure in condizioni di particolare *stress* se non addirittura in condizioni proibitive. Questo direi che è importante, che è un po' la frontiera delle indagini in atto, perché tiene conto diversi aspetti che riguardano l'individuo e le differenze intersoggettive.

Questo, appunto, è un altro elemento importante: noi sappiamo che il nostro cervello risponde in un certo modo a determinate condizioni. La famosa corteccia orbitofrontale, che è quella che si attiva quando noi siamo collocati in situazioni sociali, è quella che opera nella risposta empatica. Ma ci sono anche delle differenze intersoggettive che ci dicono che esistono delle variabilità. Ecco, stabilire una sorta di *range* entro il quale possiamo muoverci per effettuare le misurazioni è la nuova frontiera delle indagini neuroscientifiche. E lo possiamo fare con l'ausilio di alcune metodiche: citavo prima l'*hyper scanning*, che ci consente, appunto, di misurare la reattività del cervello in determinate situazioni, in relazione però proprio al contesto di interazione.

Come funziona, nel concreto?

Collochiamo due cuffie per la rilevazione dell'elettroencefalogramma su due individui che stanno simulando una situazione di interazione e andiamo a vedere come questi cervelli reagiscono, quali sono – potremmo dire – i *cut-off*, cioè i livelli che questi cervelli riescono a tollerare in situazioni particolari. Di conseguenza potremmo misurare il loro funzionamento ed anche le loro reazioni.

Questa metodica, a mio parere, potrebbe essere applicato, in alcuni casi, anche in campo penale, ad esempio riproponendo agli individui protagonisti di un interrogatorio una scena che riproduce l'accaduto (o alcune versioni differenti dell'accaduto) ponendo i soggetti in una condizione via via di maggiore stress e testandone le risposte centrali (del cervello) e periferiche (del sistema nervoso periferico esteso), con l'obiettivo di misurarne le risposte sia individuali che le modificazioni dinamiche che avvengono nel corso della scena riprodotta.

A tale proposito, mi viene in mente una domanda che forse potrebbe essere banale per lei ma che ha una sua rilevanza in campo penalistico: quanto incidono i fattori etnici e culturali?

Beh, questa è una bella domanda, nel senso che effettivamente ci sono anche delle differenze non tanto legate ai fattori biologici, ma ai fattori di natura sociale e direi soprattutto la regolazione delle emozioni. Se lei pensa quanto la modalità che noi abbiamo di utilizzare le emozioni, di esprimere per esempio le emozioni, di controllarle, di inibirle *etc.* è fortemente *culture-related*. Nel senso che le emozioni sono un elemento importante che deve essere preso in considerazione per tutte le valutazioni. Del resto sappiamo benissimo che il bambino apprende che certe espressioni facciali o certe espressioni vocali di inflessione della voce sono legate a certe condizioni emotive dell'adulto con cui interagisce. Il bambino così impara e poi a sua volta replica; simula e quindi, di fatto, poi utilizza questo repertorio comportamentale per esprimere le proprie emozioni. Ecco, noi sappiamo dagli studi iniziali di Ekman, fino ovviamente agli studi più recenti di Russell e quant'altro, che le emozioni sono fortemente condizionate e vincolate dal contesto. Noi sappiamo, ad esempio, che nella cultura giapponese certe emozioni non sono presenti: non c'è un repertorio mimico facciale per esprimere certe emozioni, perché la loro cultura per certi aspetti inibisce l'utilizzo di determinate emozioni.

Per semplificare, le culture che prediligono la dimensione grupppale, quindi la dimensione di socializzazione in termini di condivisione di gruppo, prediligono certi tipi di emozioni e certi modi per esprimerle; le culture più individualiste, invece, prediligono altri tipi di emozioni ed altri modi di manifestazione. Ecco, questo elemento incide sicuramente sulle modalità con cui l'individuo reagisce a delle situazioni e si rapporta con gli altri. Se lei misura la reattività di un cittadino inglese, spagnolo o italiano di fronte alle varie situazioni – pensiamo quindi quanto è in grado di controllare, esercitare un controllo cognitivo sul repertorio emotivo – eh beh, le differenze sono evidentissime. Quanto questi aspetti siano legati anche ad una dimensione biologica degli individui, cioè, in altri termini, a *pattern* diversi di funzionamento del cervello umano, questo è ancora e in parte oggetto di studi. Ma direi che questi dettagli non sono poi così importanti: noi sappiamo, infatti, che la cultura incide significativamente in termini di apprendimento e di regolazione delle condotte umane e questo, se ci pensa, è già moltissimo.

In effetti lo è ed alcuni studiosi di diritto penale – per fortuna – iniziano a porsi seriamente il problema. Passando ora ad un'altra questione, ho visto che in questi anni lei si è occupata, tra l'altro, dell'utilizzo della stimolazione cerebrale non-invasiva (TMS-

Transcranial Magnetic Stimulation e *TES-Transcranial Electric Stimulation*) e delle tecniche di *neurofeedback/biofeedback* con applicazioni a casi clinici e contesti sperimentali². Cosa pensa di questi studi che ipotizzano la possibilità di utilizzare metodi di stimolazione cerebrale non invasivi per prevenire e ridurre i comportamenti criminali?

Allora, anzitutto occorre fare una distinzione tra misure di neurostimolazione “invasive” e “non invasive”, perché in base a questa doverosa distinzione la riflessione che ne consegue cambia molto. In effetti, sono due tecniche diverse: quelle “invasive”, come la *deep stimulation*, vengono usate frequentemente in ambito clinico per il trattamento di alcune patologie (ad es. il Parkinson) e sono possibili a determinate condizioni; quelle “non invasive”, invece, sono più applicabili ai contesti di cui stiamo parlando, per cui soffermiamoci su queste ultime.

Quando parliamo, quindi, di tecniche di stimolazione “non invasive” parliamo di tecniche che possono modificare l'attività cerebrale. Senza entrare nei dettagli tecnici, diciamo, in estrema sintesi, che sia la DCS (stimolazione a corrente diretta) sia la TMS (stimolazione magnetica transcranica) riescono a modificare temporaneamente l'attività cerebrale dell'individuo, soprattutto dei suoi strati superficiali (la corteccia). Di conseguenza, sono tecniche meno invasive di altre che incidono e cambiano comunque, almeno parzialmente, alcuni processi mentali del soggetto.

Può farci, per cortesia, un esempio della loro applicazione?

Io ho studiato a lungo le emozioni e, nello specifico, l'espressione facciale delle emozioni. Quello che si può fare con le tecniche di stimolazione è, ad esempio, accelerare alcuni processi, come quello di riconoscimento delle emozioni. In questo modo si possono anche ridurre i numeri di errori nel riconoscimento della mimica facciale e, quindi, si può “addestrare” una persona a cogliere certi aspetti dell'interlocutore e ad agire di conseguenza. In sostanza, queste tecniche agiscono come una sorta di facilitatore, rendendo più facile il processo di riconoscimento. Esse usano paradigmi di tipo eccitatorio/inibitorio: l'eccitatorio, che è quello che ho appena illustrato, consente di velocizzare e di rendere più performante l'attività e lo scambio di informazioni tra le cellule dei nostri neuroni (una sorta di iperstimolazione); l'inibitorio, che è l'opposto, può rallentare quel processo e, quindi, l'attività neuronale.

Le questioni che si pongono alla base dell'impiego di queste metodiche sono due: una di natura tecnica ed una di natura etica.

Quella di natura tecnica attiene al fatto che queste stimolazioni incidono sicuramente sull'attività cerebrale, ma non sappiamo ancora se questo effetto ha una tenuta nel tempo piuttosto significativa. Infatti, il *long-lasting effect*, deve essere ancora verificato. Molto dipende, ovviamente, da come vengono impiegate queste tecniche, ma resta il fatto che gli effetti prolungati nel tempo devono ancora essere dimostrati.

Quella di natura etica, invece, è una questione di “misura”: lo strumento, infatti, modifica in quota parte l'attività cerebrale e quindi altera di fatto la personalità dell'individuo. Tutte le altre tecniche neuroscientifiche, come la risonanza magnetica

² Cfr., sul tema, S. Arcieri, *L'impiego delle tecniche di neurofeedback nell'ambito del trattamento degli autori di reati*, in questa rivista, 8 maggio 2019.

nucleare, l'elettroencefalogramma, piuttosto che la PET, sono tecniche che non interferiscono con l'attività cerebrale dell'individuo: esse forniscono una fotografia di alcune attività dei nostri organi, ci dicono quali sono le aree attive del cervello in un determinato momento o in risposta ad un determinato stimolo, ma non hanno il potere di modificare alcuna attività dell'individuo. Le uniche tecniche esistenti in grado di modificare le attività del cervello sono quelle di neurostimolazione, insieme ad altre tecniche che invece non agiscono direttamente sul cervello, ma che agiscono sul comportamento condizionando la risposta comportamentale, che sono le tecniche di *neuro-* o di *bio-feedback*.

Pertanto, possiamo dire che queste tecniche sono tutte potenzialmente utilizzabili ma il loro effettivo impiego dipende dal contesto, dalle situazioni e dalle finalità perseguite.

Può farci un esempio di loro concreta applicazione?

Abbiamo condotto una ricerca sui processi decisionali e abbiamo indagato come il consumatore sceglie certi prodotti anziché altri. Per fare questo abbiamo sottoposto – con un paradigma eccitatorio – il soggetto ad una serie di *brand*, di marche di beni di consumo piuttosto note, e abbiamo in qualche modo iperstimolato alcune aree del suo cervello, soprattutto la corteccia frontale e prefrontale, rilevando che rispetto ad una valutazione fatta pre-stimolazione, la valutazione del gradimento di alcuni di questi *brand* dopo la stimolazione era maggiore quindi, in potenza, più ricercati ed apprezzati di altri. Quindi questo ci dice quanto queste tecniche possono effettivamente condizionare, stimolando il cervello, il comportamento umano, le sue scelte, i suoi processi decisionali. In questo senso sicuramente sono tecniche molto potenti.

Dal punto di vista etico, dicevo prima, la riflessione deve essere però molto attenta ed oculata. Per questo motivo, esistono all'interno delle Università comitati etici che valutano, ad esempio, se queste ricerche sono più o meno legittime, vale a dire se il fine giustifica i mezzi. Nel senso che è chiaro che l'intento è quello di studiare come si comporta il cervello in certe condizioni, ma è altrettanto vero che così agendo produciamo delle modificazioni del funzionamento cerebrale nei soggetti e, quindi, anche della alterazioni di comportamento. Questo è un problema etico e di profonda responsabilità.

Abbiamo parlato, sino ad ora, di scienze, tecniche e strumenti, nonché di etica di impiego di alcune metodiche di stimolazione del funzionamento cerebrale, ma non abbiamo ancora parlato di prova (neuro)scientifica all'interno del sistema penale. Sempre più spesso, infatti, il giudice è chiamato a confrontarsi con le c.d. prove (neuro)scientifiche e con le affermazioni dei vari esperti che sostengono, sulla base di argomentazioni più o meno fondate, di poter trarre delle conclusioni sull'imputabilità/non imputabilità o sulla pericolosità/non pericolosità del reo. Non sempre però tali prove e tali affermazioni sono attendibili e non sempre sono fondate su basi scientificamente solide. Quali sono, secondo lei, i maggiori problemi connessi con l'ingresso delle "scienze"

in Tribunale? In particolare, quali sono gli strumenti a disposizione del giudice per distinguere oggi tra ciò che è scienza e ciò che è pseudoscienza?

Questa è una domanda molto interessante, molto stimolante. Mah, diciamo che anche qui vedo sicuramente i due lati della medaglia, come giustamente lei premetteva. Queste tecniche, queste evidenze, queste prove (neuro)scientifiche entrano ormai in modo sempre più consistente all'interno delle aule del tribunale, quindi, come dire, sono oggi un dato di fatto. D'altra parte, dobbiamo tener conto del ruolo che questi strumenti, queste evidenze, queste prove hanno oggi nella realtà processuale. Non possiamo considerare queste prove come sostitutive di altri elementi di valutazione, che devono sicuramente continuare a rimanere all'interno del sistema processuale, ma le dobbiamo considerare all'interno di un caleidoscopio di elementi entro i quali anche le prove neuroscientifiche, le evidenze scientifiche possono avere un ruolo. Non dobbiamo dimenticarci, comunque, che tutte le scienze, anche quelle con la "S" maiuscola non sono sinonimo di certezza e di affidabilità pari al 100%. Sicuramente, abbiamo anche avuto esperienze recenti (come nel caso della pandemia), di quanto il ruolo degli esperti fosse importante, ma a volte c'erano anche delle dissonanze di opinioni o comunque delle discrasie anche molto significative, a seconda delle prospettive. Quindi, in questo senso, anche le neuroscienze non sono scienze esatte; non esistono scienze esatte, lo ripeto, che possano fornire questa equazione di affidabilità pari al 100%.

Pari tempo, dobbiamo dire che sono comunque scienze che dispongono di strumenti e di evidenze e anche di metodi di corroborazione. Quando parliamo di metodi neuroscientifici parliamo comunque di metodi che sono stati applicati, sono stati appunto valutati, sono stati in qualche modo anche falsificati. Cioè, parliamo di qualche cosa che è stato sottoposto al vaglio della falsificazione: un approccio che dentro ad un contesto sperimentale ci consente di avere una ragionevole quota di certezza dei risultati ottenuti.

Il problema che io vedo, l'altro lato della medaglia, è un problema di dialogo, direi di vocabolario, tra discipline che spesso parlano linguaggi diversi. Pertanto, il compito del perito – e, nel nostro caso, del neuroscienziato chiamato a rispondere al quesito del giudice – è quello di rendere la risposta fruibile all'operatore del diritto e di palesare allo stesso quali sono i limiti e i vincoli di questi approcci. Lo dico perché sono convinta che l'elemento decisionale deve rimanere nelle mani di chi rappresenta la legge, e non deve essere riposto in chi fornisce delle evidenze, peraltro totalizzanti come quelle che vengono dalle neuroscienze. Quindi, io credo che lo spartiacque tra scienza e pseudoscienza sia quello dell'impiego di un metodo scientifico. Inoltre, credo che il passaggio cruciale sia oggi quello di rendere i linguaggi impiegati condivisibili, dando degli strumenti al giudice, o comunque all'operatore del diritto, per saper distinguere evidenze che sono validate da considerazioni meramente pseudoscientifiche.

Direi quindi che, da una parte, vanno formati i periti e i consulenti tecnici (di ufficio e di parte) e, dall'altra parte, vanno (in)formati i giudici e gli operatori del diritto sull'impiego corretto di questo mezzo di prova. Direi anche che i criteri e i metodi impiegati nel corso dell'analisi e della valutazione devono essere esplicitati e che il linguaggio impiegato nelle considerazioni tecniche stese in risposta al quesito devono

essere chiare, semplici e fruibili dai giuristi che, di fatto, sono i committenti del lavoro. Su questi aspetti, sui quali mi sembra che concordiamo, che cosa ci può dire ancora?

Devo dire che su questi aspetti io sono molto selettiva: Anzi, mi passi l'espressione... sono moto "giudicante", nel senso che nella mia esperienza peritale e consulenziale ho potuto osservare che vi è molta improvvisazione.

Ecco, il vantaggio delle neuroscienze è che non possono permettersi il lusso dell'improvvisazione. Cioè, non esiste, chi tenta di mettere insieme nozioni che abbiamo qualche senso al caso indagato. Anche perché, appunto, avvicinarsi a delle prove, a degli elementi che hanno a che vedere con l'ambito neuroscientifico, significa comunque avere necessariamente delle competenze tecniche che in qualche modo sgombrano il campo dalle facilonerie di vario genere. Diciamo che il passaggio cruciale, anche per l'esperienza peritale che di recente ho avuto, è proprio legato al rapporto che il perito ha con la letteratura scientifica di riferimento. Per letteratura intendo sia la consultazione scelta ed oculata delle fonti sia la capacità di cogliere – proprio in relazione al quesito che viene posto – le informazioni contenute che sono più appropriate. Perché oggi la letteratura, rispetto ad un tempo, è molto più ampia. Direi che il ruolo del perito oggi è ancora più complesso che nel passato perché, mentre originariamente la parte documentale era ricca ma era comunque limitata e piuttosto selezionata, nella contemporaneità noi possiamo spaziare, anche per quel che concerne il mio settore, in ambiti molto diversi. Quindi è fondamentale andare a ritagliarsi, a selezionare – proprio per fornire gli elementi che il giudice ha richiesto – il “dominio” più appropriato per condurre la ricerca.

Poi è chiaro che se noi parliamo di prove non soltanto documentali ma, ad esempio, sottoponiamo un imputato ad una procedura sperimentale (ad esempio ad un test), beh, questo necessita ulteriore rigore, sia nella predisposizione del *setting* sia nell'utilizzo corretto dello strumento impiegato, poiché tutto deve essere replicabile. La replicabilità deve essere un elemento distintivo, nel senso che qualsiasi altro perito, qualsiasi altro esperto del settore deve essere in grado di replicare e quindi di corroborare, confermare o disconfermare quanto è stato evidenziato con la procedura sperimentale.

In definitiva, credo che ci siano due passaggi fondamentali da fare: il primo, è quello di una raccolta documentale intelligente e sensata rispetto al quesito del giudice; il secondo, è quello di essere capaci di usare un approccio di tipo sperimentale o simil-sperimentale che consenta di considerare gli elementi come delle vere e proprie variabili sperimentali.

Lei ha appena fatto riferimento, nel suo discorso, ad un caso giudiziario recente di cui i *mass media* hanno dato qualche notizia, caso nel quale lei ha svolto il ruolo di perito con un incarico piuttosto inusuale nel nostro Paese: svolgere una valutazione su un elaborato altrui in merito all'affidabilità o meno – da parte della comunità scientifica – del metodo utilizzato dall'esperto consulente. Ci può dire qualche cosa in proposito?

Allora, faccio due considerazioni. La prima è questa: effettivamente mi ha colpito questa richiesta del giudice perché è stata proprio una richiesta mirata, per me

inaspettata, perché mi è stato chiesto di riflettere sul metodo impiegato. Mi è stato richiesto, in altre parole, di fare una meta-riflessione sul metodo.

In effetti, come dice lei, ho riflettuto molto sulla richiesta del giudice perché questa è stata piuttosto inusuale. Mi ha posto un quesito in parte diverso da quello della “semplice” affidabilità ed attendibilità del metodo: mi ha chiesto, in realtà, quanto questo metodo fosse riconosciuto e considerato scientificamente affidabile – quindi sicuramente attendibile e affidabile – dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale. In questo senso mi ha chiesto a me un parere di terzo livello al fine di considerare se e in che modo il metodo utilizzato possa essere oggi considerato un elemento “utile” alla formazione del giudizio.

E’ stato un lavoro delicato e complesso che mi ha richiesto di analizzare tutto quello che è stato pubblicato, a livello nazionale ed internazionale, sul metodo impiegato e, poi, di valutare – questa è, in sintesi, l’interpretazione che io ho dato al quesito – questa mole di documenti. In pratica, mi sono dovuta esprimere non sull’elaborato altrui, ma su come la comunità scientifica nazionale ed internazionale valutasse il metodo in termini di attendibilità e di affidabilità.

Credo che questo sia un fatto abbastanza inedito. Almeno lo è stato nella mia esperienza professionale, perché in qualche modo ha creato una sorta di figura deputata a certificare, ossia a rilasciare una sorta di certificato di *agreement* a livello nazionale e internazionale sul metodo impiegato.

Questo è possibile farlo nell’ambito neuroscientifico evidentemente perché noi abbiamo gli strumenti oltre che le pubblicazioni; chiaramente abbiamo le fonti che ci consentono di dire quanto un metodo è più o meno riconosciuto. Quindi non era tanto il parere mio personale rispetto al metodo, ma era, come dire, la mia sintesi di quanto la comunità scientifica ad oggi ha espresso rispetto a questo metodo. Questo credo che sia veramente un passaggio molto importante per la disciplina forense.

Articolo

— Sul concetto di “vulnerabilità” secondo la Corte di Giustizia UE

La “vulnerabilità”, e la sua polisemia, in ambito sociale, economico ed ambientale nelle decisioni della CGUE

On the concept of “vulnerability” according to the Court of Justice of the European Union

The polysemy of the notion of “vulnerability” in the social, economic and environmental spheres in the decisions of the CJEU

di Anna De Giuli

Abstract. Negli ultimi anni la nozione di “vulnerabilità”, dopo essere stata oggetto di studio e disamina da parte della dottrina, si è ricavata un ruolo sempre più rilevante in ambito legale, al punto da essere utilizzata anche dai Legislatori e dai Giudici. Dopo una breve ricognizione dottrinale, nel presente lavoro verrà esaminata la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea con riferimento alla “vulnerabilità”. Nel confrontare le sentenze disponibili che contengono questo termine, si cercherà di mettere in evidenza la rilevanza di questo concetto nel processo decisionale dell’organo giudiziario europeo, differenziando il suo uso in tre ambiti: sociale, economico e ambientale. Tale analisi farà emergere che la Corte, nel valutare gli elementi che determinano la “vulnerabilità” di un’entità, dispone di un maggior margine di apprezzamento nell’ambito sociale rispetto agli ambiti economico ed ambientale.

Abstract. In recent years, the notion of “vulnerability”, after being subject of doctrinal examination, has developed a relevant role in the legal field to the point of being used both by legislators and judges. After a brief doctrinal recognition, in this paper the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) regarding “vulnerability” will be examined. By comparing the available sentences that contain this word the relevance of this concept in the judicial arguments will be highlighted divided into three areas of application: social, economical and environmental. The analysis points out that the Court’s margin of discretion for evaluating the elements that determine an entity’s “vulnerability” is higher in the social field in comparison to the economical and environmental fields.

SOMMARIO: 1. La semantica della vulnerabilità: tra dottrina e giurisprudenza. – 2. Individui o gruppi vulnerabili? Alcune riflessioni sui differenti usi del termine vulnerabilità da parte della CGUE. – 2.1. La salute sotto la lente della vulnerabilità: tra condizione ontologica e situazione particolare. – 2.2. I consumatori vulnerabili. – 2.3. Le implicazioni della presenza di soggetti vulnerabili negli aspetti procedurali. – 3. Il problematico intreccio tra la condizione di vulnerabilità e la libera concorrenza nel mercato. – 4. La CGUE come supervisore dei doveri degli Stati membri nel riconoscere le zone vulnerabili. – 5. Un uso diversificato della vulnerabilità coerente con la natura eterogenea delle cause.

SUMMARY: 1. The semantics of vulnerability: between doctrine and jurisprudence. – 2. Individuals or vulnerable groups? A few considerations on the different uses of the word “vulnerability” by the CJEU. – 2.1. Health under scrutiny from a vulnerability perspective: between the ontological perspective and the individual condition. – 2.2. Vulnerable consumers. – 2.3. Implications of the presence of vulnerable subjects in procedural aspects. – 3. The problematic intersection between the vulnerability condition and free market competition. – 4. The CJEU as a supervisor of the member States duties in the recognition of vulnerable zones. – 5. A diversified use of vulnerability in accordance with the heterogeneous nature of legal cases.

1. La semantica della vulnerabilità: tra dottrina e giurisprudenza.

Diversi campi del sapere si sono dedicati, in tempi recenti, ad esaminare la portata semantica della nozione di vulnerabilità. Il carattere indeterminato di questo termine ha permesso la sua versatile applicazione ad ambiti e contesti molto differenti tra loro, ricavandosi un “suo” spazio ed una sempre maggior rilevanza anche in ambito giuridico¹.

Proprio questa natura polisemica ed astratta del concetto di vulnerabilità mi ha portato a ricercare, nella via giurisprudenziale, il confronto con i fatti per poter apprezzare la sua reale estensione e la concreta applicazione all’interno del processo decisionale. L’organo giudiziario scelto per compiere quest’analisi è stata la Corte di giustizia dell’Unione europea (di seguito “CGUE”), data la sua esclusiva funzione di interprete della normativa europea. In questo senso, l’interpretazione svolta dalla CGUE appare centrale nel processo di armonizzazione dell’applicazione del diritto dell’Unione Europea (di seguito “UE”) e può influenzare, in termini di argomentazione giuridica, l’operato degli Stati membri dell’UE.

Data la complessità di un concetto dalle molteplici accezioni, in questa sede si è deciso di limitare il presente contributo agli ambiti sociale, economico ed ambientale in ragione della ripartizione effettuata per l’analisi delle sentenze della CGUE².

¹ In questo senso, Orsetta Giolo scrive: «vulnerabilità’ è infatti un termine usato attualmente in diversi campi dell’esperienza: si tratta di uno di quei concetti indeterminati (propriamente: vaghi, dal momento che molteplici sono le condizioni e incerti i confini dell’area di applicazione dell’espressione linguistica), la cui estensione e ampiezza di significato ne rendono estremamente difficile la definizione». Cfr. O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2018, p. 11.

² Rileviamo sin da ora che, ai fini di questo studio, le sentenze prese in considerazione sono state unicamente quelle in cui apparivano esplicitamente i termini vulnerabilità e vulnerabile; pertanto, è possibile che siano rimaste escluse da questo esame quelle pronunce che si riferiscono *indirettamente* alla vulnerabilità, magari con l’ausilio di altri termini quali “fragile” o “debole”.

Generalmente, nell'attribuire la condizione di vulnerabile ad una qualsiasi entità – un individuo, un mercato o un territorio – in ambito dottrinale si procede all'individuazione dei fattori interni, ossia quelle caratteristiche intrinseche al soggetto in questione che ne determinano una maggiore fragilità, e dei fattori esterni, ossia quegli elementi legati al contesto che, agendo dall'esterno, comportano una maggiore esposizione al rischio di soffrire un pregiudizio³.

Una volta compiuta detta ricognizione, si ricercano politiche che possano, da un lato, sviluppare la resilienza e, dall'altro, gestire il rischio dall'esterno⁴. Di seguito si cercherà di offrire un inquadramento introduttivo degli elementi individuati dalla dottrina che portano al riconoscimento di una condizione di vulnerabilità in ambito sociale, economico ed ambientale.

All'interno della sfera sociale è racchiuso un complesso panorama di teorie che ha preso in considerazione la soggettività vulnerabile⁵. Nell'impossibilità di dare conto in questa sede di tutte tali teorie, ai fini della presente ricerca può risultare utile rinviare alla tassonomia elaborata da Catriona Mackenzie, Wendy Rogers e Susan Dodds⁶, che risulta particolarmente chiara ed esaustiva nell'individuare i fattori precedentemente menzionati. Le autrici hanno distinto le tre fonti di vulnerabilità (*inherent*, *situational* e *pathogenic*), mettendo in rilievo la polisemia del termine, che può essere rapportato sia all'aspetto

³ Commissione europea, [The EU approach to resilience: learning from food security crises](#), 2012, p. 5. Nella ricerca di un filo conduttore comune alle dissertazioni sulla vulnerabilità negli ambiti sociale, economico ed ambientale, si è individuata la "resilienza". In questo senso, i fattori interni ed esterni rappresentano l'unione della definizione ripresa da Morondo Taramundi sulla vulnerabilità e quella data dalla Commissione europea sulla resilienza. Per Morondo Taramundi, la vulnerabilità presenta una dimensione esterna relativa all'esposizione al rischio ed una interna relativa alla capacità di affrontarlo; in questo senso, rimandiamo a D. Morondo Taramundi, *¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión | A new paradigm for equality? Vulnerability as human condition and as a state of defencelessness*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, p. 209; cfr. anche C. Churrua Muguruza, *Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria*, in M.C. Barranco Avilés, C. Churrua Muguruza (a cura di), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 45 ss. La Commissione, invece, nel definire il termine resilienza riconosce la presenza di una dimensione legata da un lato alla forza intrinseca delle entità e, dall'altro, alla capacità di recuperarsi rapidamente da un "impatto" o una catastrofe.

⁴ In modo simile si esprimono J. Abrisketa, et al., [Human rights priorities in the European Union's external and internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups](#), in *FRAME Deliverable No. 12.2.*, 2015, p. 22, che individuano un approccio politico dedito alla protezione ed uno all'empowerment. Relativamente alla prevenzione e alla gestione del rischio, cfr. D. Morondo Taramundi, *¿Un nuevo paradigma para la igualdad?*, cit., pp. 205 ss.; E. Ferrarese, *Il Geometra e i vulnerabili. Sugli usi del concetto di vulnerabilità nelle scienze sociali*, in M.G. Bernardini et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, 2018, pp. 271 ss. Sulle problematicità legate a quest'ultima, si veda V. Marzocco, *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico politico-giuridico del neoliberalismo*, in M.G. Bernardini et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, 2018, pp. 295 ss. In relazione all'intreccio tra vulnerabilità e resilienza dal punto di vista economico, Lino Briguglio ha individuato quattro tipologie di Stato, evidenziando l'importanza di politiche volte alla costruzione della resilienza; cfr. L. Briguglio, G. Cordina, N. Farrugia e S. Vella, [Economic Vulnerability And Resilience: Concepts And Measurements](#), Research Paper 2008/055, UNU-WIDER, 2008, p. 2.

⁵ Per una panoramica delle diverse questioni rilevanti, cfr. almeno O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit.; M.G. Bernardini, et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica*, cit.; C. Monereo Atienza, *Universos de dignidad*, Tirant lo Blanch, 2018; A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo: percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Carocci, 2020.

⁶ C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014.

ontologico della condizione umana legato alla corporeità⁷, all'inevitabile dipendenza umana⁸ e alle caratteristiche intrinseche della persona, sia al contesto situazionale legato ai fattori sociali, economici e politici che possono aggravare una situazione di vulnerabilità⁹. Questa riflessione ha avuto eco anche in ambito giuridico, dove ha portato a mettere in rilievo l'inadeguatezza del soggetto unico di diritto¹⁰ in un panorama pluralista caratterizzato dalla «esplosione del molteplice»¹¹. In particolare, una delle più note esponenti della teoria della vulnerabilità, Martha Fineman ha proposto di sostituire il "soggetto liberale" con quello "vulnerabile", inteso come paradigma post-identitario che ha la potenzialità di includere anche gli individui non paradigmatici (e per tale ragione storicamente discriminati), contrastando così la portata assimilazionista del c.d. "soggetto unico" di diritto¹².

Tuttavia, nell'elevare la vulnerabilità a principio¹³ posto alla base delle politiche pubbliche, Fineman promuove leggi *sensitive oriented* che potrebbero avere l'effetto collaterale di legittimare forme di paternalismo giuridico, nel caso in cui venissero applicate senza operare distinzioni, mettendo a rischio l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui¹⁴. L'errore probabilmente risiede nell'elevare a principio il "fatto" della vulnerabilità¹⁵. In tal senso, riconoscere che la vulnerabilità è allo stesso tempo una

⁷ Fineman aveva fondato la sua teoria della vulnerabilità come condizione ontologica dell'essere umano proprio sulla corporeità. Infatti, la possibilità di subire un danno, una lesione o un infortunio non ricade sotto il controllo degli individui. Per approfondimenti, cfr. M.A. Fineman, *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, 1, 2008, pp. 8 ss.

⁸ La vulnerabilità ha dato luogo ad un complesso dibattito intorno alla dipendenza e all'etica della cura; per ragioni di spazio ci sia permesso rimandare all'exkursus dottrinale effettuato in M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Giappichelli, 2016, pp. 134-142.

⁹ C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays*, cit., pp. 7 ss. e pp. 35 ss.

¹⁰ Il soggetto paradigmatico liberale, apparentemente astratto e neutrale, coincide con un'identità ben definita, che occupa una posizione dominante all'interno della società, ossia «l'individuo maschio, adulto, bianco, autonomo, razionale, proprietario, stanziale, eterosessuale, normodotato», cfr. M.G. Bernardini, *Le teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Editore, 2017, p. 19.

¹¹ B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit., p. 128.

¹² Sulle problematiche che scaturiscono dalla mancata differenziazione tra discriminazioni e disuguaglianze si veda O. Giolo, *Conclusioni. La Vulnerabilità e la forza: un binomio antico da ritematizzare*, in M.G. Bernardini et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica*, cit., pp. 343 ss.

¹³ Il primo documento in cui è stato fatto riferimento alla vulnerabilità, unitamente ad altri principi (segnatamente, l'autonomia, l'integrità e la dignità), è stato la Dichiarazione di Barcellona del 1998. Tale Dichiarazione si proponeva di innovare il discorso bioetico, ponendo le basi per un'etica pubblica della cura e della cittadinanza responsabile, fondandosi nell'idea di finitezza e fragilità dell'esistenza umana. Nonostante le definizioni di autonomia, dignità, integrità e vulnerabilità che ritroviamo nella Dichiarazione siano collegate alla sfera umana, nel documento si mette in rilievo la trasversalità di detti principi, estendendone l'applicazione alla legislazione ed alle pratiche legali aventi ad oggetto l'ambiente, gli animali e le piante. Cfr. P. Kemp, J.D. Rendtorff, *The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles*, in *Synthesis Philosophica*, vol. 46, 2, 2008, pp. 239 ss. Sul possibile utilizzo della vulnerabilità quale principio-guida nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale dei diritti umani, si veda F. Ippolito, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars Interpretandi - Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2019, pp. 63 ss.

¹⁴ A questo riguardo Zullo riporta l'esempio di politiche per anziani proposte da Fineman al fine di contrastare il fenomeno delle truffe finanziarie; per approfondimenti si veda S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra "pretese di giustizia" e "pretese di diritto". Alcune considerazioni critiche*, in *Politica Del Diritto*, vol. 47, 3, 2016, pp. 499 ss.

¹⁵ Affinché un principio possa riconoscersi come tale deve necessariamente proclamare o incorporare un valore. Sul punto, più ampiamente e nel quadro di un vasto dibattito dottrinale, G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, 2008. In questo senso, nel negare la valenza di principio alla vulnerabilità,

condizione universale ed una situazione particolare provoca l'automatico rifiuto dell'uso di presunzioni che possano operare prescindendo dall'analisi del caso concreto, valutazione questa che può essere svolta solo dall'organo giudiziario¹⁶.

I fattori che determinano la vulnerabilità nelle dimensioni economica e ambientale non risultano particolarmente problematici, probabilmente poiché sono ambiti che permettono un più facile accertamento della condizione in oggetto. La vulnerabilità economica è strettamente collegata alle dinamiche di dipendenza che si generano all'interno di un mercato globale. I fattori interni al modello economico che la determinano sono: l'elevata apertura economica, che provoca una maggiore suscettibilità ai cambi che si realizzano nell'economia esterna, la concentrazione nelle esportazioni e la dipendenza dalle importazioni¹⁷. Tra i fattori esterni, si individuano le catastrofi ambientali e l'instabilità politica¹⁸.

È riferibile alla vulnerabilità ambientale, anche lo studio della conformazione geofisica, diretto a prevedere e mitigare gli effetti degli eventi catastrofici. Tra i fattori esterni, in un'ottica biocentrica, viene invece in rilievo la relazione di dominazione distruttiva posta in essere dall'uomo nei confronti dell'ambiente¹⁹. La critica che si è occupata di questo tipo di vulnerabilità ha messo in rilievo l'esigenza di sviluppare un'economia sostenibile e la gestione dell'ecosistema in maniera socialmente responsabile.

Ebbene, in ambito giuridico l'uso di questo termine polisemico non si è limitato al versante dottrinale. Infatti, secondo Laurence Burgorgue-Larsen²⁰, i primi ad introdurre il concetto di vulnerabilità all'interno della sfera giuridica sono stati i legislatori²¹, e solo in seguito i giudici hanno definito in modo più concreto i limiti ed i modi d'uso di questo concetto. Questo contributo approfondirà proprio quest'ultimo aspetto. In particolare, si effettuerà un'analisi delle modalità attraverso le quali la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fatto uso del concetto di vulnerabilità. Verrà evidenziato il modo in cui vengono valutati, nel processo decisionale, gli elementi che determinano la condizione di

Pariotti evidenzia che «La vulnerabilità non è, inoltre, di per sé, né un valore né un disvalore. Piuttosto, è una condizione [...]», E. Pariotti, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars Interpretandi - Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2019, p. 162.

¹⁶ R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi - Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2018, p. 50.

¹⁷ L. Briguglio, G. Cordina, N. Farrugia e S. Vella, *Economic Vulnerability And Resilience: Concepts And Measurements*, cit., p. 4. Relativamente agli indicatori di resilienza economica, cfr. L. Briguglio, [The Vulnerability Index and Small Island Developing States: A Review of Conceptual and Methodological Issues](#), Relazione al "AIMS Regional Preparatory Meeting on the Ten Year Review of the Barbados Programme of Action" (Praia, Cabo Verde, 1-5 settembre 2003), 2003; N. Farrugia, *Conceptual Issues in Constructing Composite Indices*, In *Occasional Paper on Islands and Small States*, University of Malta, Islands and Small States Institute, 2, 2007, pp. 1 ss.

¹⁸ P. Guillaumont, [On the Economic Vulnerability of Low Income Countries](#), In *CERDI Etudes et Documents*, Working Paper 2001.02, 2001, pp. 4 ss.

¹⁹ M. Esparza Flores, M.A. Díaz Barragán, *Vulnerabilidad ambiental y región: algunos elementos para la reflexión*, in *Observatorio del desarrollo. Investigación, reflexión y análisis*, vol. II, 6, 2013, pp. 26 ss.

²⁰ L. Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire*, in Ead. (a cura di), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014, pp. 237 ss.

²¹ Sull'uso della parola vulnerabilità nelle fonti normative italiane ed europee, cfr. M. Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit., pp. 161 ss.

vulnerabilità con riferimento agli individui (par. 2) e alle imprese ed industrie (par. 3), nonché l'adeguatezza delle misure adottate con riferimento alle zone vulnerabili (par. 4). Tale analisi permetterà di considerare il differente margine di apprezzamento riservato all'organo giudiziario europeo, a seconda dell'ambito preso in considerazione di volta in volta (par. 5).

2. Individui o gruppi vulnerabili? Alcune riflessioni sui differenti usi del termine vulnerabilità da parte della CGUE.

All'interno della giurisprudenza della CGUE non si trova una definizione univoca di vulnerabilità ma, di volta in volta, vengono rilevati dei fattori che possono determinare la vulnerabilità di un individuo. Tali fattori, in linea con lo stile delle Direttive²², non costituiscono categorie tassative. Non sembra che l'adozione di una definizione aperta di vulnerabilità vada attribuita alla volontà di non porre vincoli al potere interpretativo, bensì sia dovuta alla centralità che assume la valutazione degli elementi del caso concreto nel processo decisionale²³. In questo senso, l'eterogeneità delle esperienze individuali rende complessa la determinazione *a priori* di criteri che possano essere utilizzati per la risoluzione del caso: basti pensare ad elementi come l'essere "donna" o "madre", che non operano in maniera automatica per la concessione di un congedo di maternità²⁴.

Generalmente, la CGUE fa uso di una concezione "situazionale" di vulnerabilità, ricorrendo talvolta al metodo comparativo per assicurare la parità di trattamento²⁵. In un solo caso sembra che l'attribuzione di tale condizione sia predeterminata da certi elementi, quali l'essere minore d'età, richiedente asilo e non accompagnato²⁶. Tuttavia, sebbene sia indubbia la particolare attenzione che presta la CGUE nei confronti dei minori,

²² La Direttiva 2011/36/UE, sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, all'art. 2 par. 2 recita che «Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». La Direttiva 2012/29/UE, che stabilisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, al Considerando 38 elenca alcune situazioni che determinano la vulnerabilità di un soggetto: «alle persone particolarmente vulnerabili o in situazioni che le espongono particolarmente a un rischio elevato di danno, quali le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime della violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono dovrebbero essere fornite assistenza specialistica e protezione giuridica».

²³ Anche i giudici della Corte di Strasburgo, nel rilevare la vulnerabilità di certi soggetti (tra cui bambini, rifugiati, anziani e persone con disabilità), tengono conto delle loro specifiche «"posizioni", [de]gli "stati", [del]le "condizioni" e [del]le "situazioni" e in cui tali soggetti vivono». Cfr. V. Lorubbio, [Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU](#), in *Famiglia - Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2020.

²⁴ È questo il caso della sentenza della CGUE, *C.D. contro S.T.*, 18 marzo 2014, C-167/12, di cui parleremo successivamente. In sostanza, il congedo di maternità è strettamente connesso alla condizione di madre biologica, più che alla generica condizione di madre.

²⁵ Per giustificare il riconoscimento del mantenimento del diritto di soggiorno nel territorio di uno stato membro ad un lavoratore autonomo, la Corte ricorre ad un'analogia con la condizione di un lavoratore subordinato licenziato, al quale è già riconosciuta tale tutela. In tal modo, la condizione del lavoratore autonomo che abbia cessato la sua attività per «cause estranee alla sua volontà» viene assimilata alla situazione di vulnerabilità del lavoratore subordinato licenziato. CGUE, *Florea Gusa v. Minister for Social Protection, Irlanda and Attorney General*, 20 dicembre 2017, C-442/16, par. 43.

In un altro caso, che tratteremo in seguito, il permesso per incapacità temporale viene paragonato al congedo di maternità, per giustificare un trattamento differenziato: CGUE, *Margaret Boyle e altri v. Equal Opportunities Commission*, 27 ottobre 1998, C-411/96.

²⁶ CGUE, *A e S contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 12 aprile 2018, Causa C-550/16.

di norma l'età è un elemento che fa parte di una più ampia valutazione della condizione individuale²⁷.

Data la varietà delle tematiche affrontate nelle sentenze in cui la CGUE impiega il termine vulnerabilità in relazione alla condizione di un soggetto, può essere opportuno considerare più nello specifico le pronunce in oggetto distinguendo tre filoni tematici. Procederemo dunque ad analizzare dapprima le sentenze che trattano della vulnerabilità in relazione alla sfera sanitaria (par. 2.1.), poi quelle che hanno ad oggetto la protezione del consumatore (par. 2.2.) e, infine, quelle concernenti le conseguenze prodotte dalla condizione di vulnerabilità negli aspetti procedurali (par. 2.3.).

2.1. La salute sotto la lente della vulnerabilità: tra condizione ontologica e situazione particolare.

La casistica legata alla salute umana ha messo in luce l'uso della nozione di vulnerabilità sia come condizione esistenziale che come esperienza particolare. Ciò risulta particolarmente interessante poiché tematiche come la corporeità degli individui e la finitezza dell'esistenza umana potrebbero sembrare estranee, per la loro astrattezza, alla concretezza argomentativa che caratterizza la giurisprudenza della CGUE.

In realtà, sebbene non occupi uno spazio considerevole nell'argomentazione della CGUE, la vulnerabilità (intesa come condizione ontologica dell'essere umano) costituisce la premessa all'interno del processo decisionale della Corte. Parlare di «vulnerabilità del corpo umano»²⁸, e dunque riconoscere che beni quali la vita e l'integrità fisica determinano una maggiore vulnerabilità delle persone fisiche²⁹, ci permette di riscontrare come la CGUE faccia propria l'idea di essere umano fragile e vulnerabile, indipendentemente dalle caratteristiche peculiari di ogni soggetto. Tale visione è supportata da un prevalente disinteresse nell'adottare definizioni formali o sostanziali tassative³⁰, essendo prioritario un bilanciamento caso per caso.

È proprio la vulnerabilità situazionale che porta a rilevare la situazione "specificata" in cui si ritrova una donna gestante, puerpera o in periodo di allattamento³¹, che giustifica il diritto al congedo di maternità, sulla base di ragioni oggettive, quali la condizione biologica determinata dal parto e la particolare relazione esistente tra madre e figlio in seguito al parto³². Tale condizione è strettamente connessa al fatto che la donna «sia

²⁷ Ci riferiamo alla sentenza della CGUE, *Health Service Executive contro S.C. e A.C.*, 26 aprile 2012, C-92/12 PPU, par. 25 e 26, nei quali viene messa in luce l'importanza di valutare anche altri fatti legati all'esperienza personale nella decisione di collocare il minore in un istituto di custodia in Inghilterra.

²⁸ CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, 19 marzo 2009, C-489/09; CGUE, *Medipac-Kazantzidis AE contro Venizeleio-Pananeio (P.E.S.Y. KRITIS)*, 14 giugno 2007, C-6/05.

²⁹ Nel caso in questione, la CGUE si riferiva al fatto che la condizione di vittima si potesse rapportare solamente alle persone fisiche, e non a quelle giuridiche, per la loro maggiore vulnerabilità. Cfr. CGUE, *Emil Eredics e Mária Vassné Sápi*, 21 ottobre 2010, C-205/09, par. 30.

³⁰ R. Chenal, *La definizione della nozione*, cit., pp. 35 ss.

³¹ Con la sentenza della CGUE, *Elda Otero Ramos contro Servicio Galego de Saúde e Instituto Nacional de la Seguridad Social*, 19 ottobre 2017, C-531/15, par. 58-59, si è esteso il diritto a un congedo di maternità alle donne in periodo di allattamento, al fine di tutelarle al pari delle lavoratrici gestanti o puerpere. Tale riconoscimento è giustificato dalla condizione di vulnerabilità in cui si ritrovano le donne in periodo di allattamento, strettamente legata alla maternità.

³² CGUE, *Margaret Boyle e altri v. Equal Opportunities Commission*, 27 ottobre 1998, C-411/96, par. 41.

stata incinta e abbia partorito»³³ ed esclude pertanto dall'ambito di applicazione del congedo di maternità la madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata³⁴.

Inoltre, la condizione in cui versa una lavoratrice che stia usufruendo del periodo di maternità comporta un trattamento differenziato, in termini di politiche sociali, rispetto all'assenza dal lavoro per malattia. In tal senso, una clausola che subordini una retribuzione più elevata, rispetto all'indennità prevista dalla normativa nazionale, al fatto che una lavoratrice si impegni a «riprendere l'attività lavorativa dopo il parto durante almeno un mese»³⁵ – pena il suo rimborso –, non comporta una discriminazione basata sul sesso. La CGUE, pur assicurando uno standard minimo di tutela³⁶, preferisce lasciare alla libera valutazione della donna lavoratrice l'eventuale decisione di reintegrarsi anticipatamente o meno nel posto di lavoro, senza fare riferimento a presunzioni che farebbero venir meno la sua libertà decisionale.

In caso di dispositivi medici, come stimolatori cardiaci e defibrillatori automatici impiantabili, è presente una responsabilità aggravata del produttore nel caso in cui vi sia l'accertamento di un potenziale difetto di tali prodotti³⁷. Poiché i pazienti (nonché consumatori) si ritrovano a dover comprare questi prodotti per salvaguardare beni di primario interesse, quali la salute e la vita stessa, secondo la Corte l'elevato livello di sicurezza richiesto è giustificato dalla «particolare vulnerabilità dei pazienti» e dalla funzione svolta da tali dispositivi³⁸.

Un'attenzione speciale, secondo la CGUE, deve essere poi rivolta alla «particolare» vulnerabilità dovuta alle sofferenze psicologiche di una persona che è stata sottoposta a tortura dalle autorità del suo Paese d'origine. È possibile, infatti, riconoscere a tale individuo, anche nel caso in cui non sussista più il rischio di tortura in caso di ritorno in detto Paese³⁹, lo *status* di protezione sussidiaria qualora vi sia un rischio di un danno grave alla salute mentale dovuto all'assenza di cure adeguate al trattamento dei postumi fisici o mentali derivanti dagli atti di tortura in caso di ritorno nel suo Paese d'origine. Al fine di verificare se sussiste tale situazione e concedere conseguentemente la protezione sussidiaria, è necessario prendere in considerazione informazioni «attuali e pertinenti»⁴⁰ di organizzazioni internazionali e di ONG per la difesa dei diritti delle persone.

³³ CGUE, *C.D. contro S.T.*, 18 marzo 2014, C-167/12, par. 37.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CGUE, *Margaret Boyle e altri v. Equal Opportunities Commission*, 27 ottobre 1998, C-411/96, par. 42 e 44.

³⁶ Nel caso in questione, il minimo assicurato è la conformità dell'indennità prevista dalla normativa nazionale ai requisiti stabiliti dall'art. 11, punti 2, lett. b), e 3, della direttiva 92/85. Anche in un'altra sentenza, che non ha nulla a che vedere con tale clausola contrattuale, si evidenzia un'attitudine ad assicurare che persone terze - per esempio, l'imprenditore o un'autorità pubblica - non possano intromettersi nel godimento del congedo di maternità, CGUE, *D. Y T.*, 18 marzo 2014, C-167/12, par. 32.

³⁷ «L'accertamento di un potenziale difetto di tali prodotti appartenenti al medesimo gruppo o alla medesima serie di produzione consente di qualificare come difettosi tutti i prodotti di tale gruppo o di tale serie, senza che occorra dimostrare il difetto del prodotto interessato.», CGUE, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contro AOK Sachsen-Anhalt e Betriebskrankenkasse RWE*, 5 marzo 2015, Cause riunite C-503/13 e C-504/13, par. 41.

³⁸ *Ibidem*. Al par. 38 la Corte afferma che: «La sicurezza che ci si può legittimamente attendere (...) deve essere dunque valutata tenendo segnatamente conto della destinazione, delle caratteristiche e delle proprietà oggettive del prodotto di cui trattasi, nonché delle peculiarità del gruppo di utenti cui è destinato il prodotto in questione».

³⁹ CGUE, *MP contro Secretary of State for the Home Department*, 24 aprile 2018, C-353/16.

⁴⁰ *Idem*, par. 57.

Sulla base dei casi esaminati, è dunque possibile concludere che la CGUE tiene conto della condizione particolare di vulnerabilità ricorrendo ad elementi obiettivi, legati a condizioni fisiche o psicologiche che possano giustificare un trattamento differenziato.

2.2. I consumatori vulnerabili.

Apparentemente, il riconoscimento dei diritti dei consumatori sembra porre questioni simili a quelle incontrate in relazione alla tutela della salute. Da un lato, si pone infatti il problema del riconoscimento di una condizione di vulnerabilità comunemente condivisa (trovarsi nella condizione di "consumatore"); dall'altro si hanno però situazioni specifiche di vulnerabilità, apprezzate alla luce dei casi concreti. Tuttavia, sembra che nella propria argomentazione la CGUE faccia riferimento a determinate caratteristiche, che comportano una suddivisione in gruppi che, per la loro particolare vulnerabilità, necessitano di una protezione speciale. L'unico caso in cui la condizione di vulnerabilità del consumatore viene estesa a tutti gli individui è infatti quello della conclusione dei contratti su siti Internet. In questo caso⁴¹, la vulnerabilità viene valutata alla luce di fattori esterni, quali la poca accessibilità di certi siti Internet e la difficile determinazione del luogo in cui sono stati compiuti gli atti necessari ai fini della conclusione del contratto all'interno del commercio elettronico. Proprio perché si tratta di fattori esterni, chiunque può essere indotto in errore indipendentemente dalle proprie caratteristiche intrinseche.

A riprova di quanto osservato, si può notare come, per quanto riguarda le sentenze che trattano di condizioni peculiari di vulnerabilità, si segnali la presenza di una (sola) sentenza in cui si rinviene l'espressione «gruppi di consumatori vulnerabili, [come i bambini]»,⁴² la quale allude alla presenza di altri "gruppi", lasciando dunque ampio margine per successive integrazioni⁴³.

Inoltre, il riconoscimento della condizione peculiare in cui versano certi consumatori comporta l'adozione di misure volte ad assicurare un elevato livello di tutela. In tal senso, al fine di assicurare la protezione dei bambini, si impone la presenza di una quantità massima di vitamine e minerali negli integratori alimentari, applicando così a tutta la popolazione un quantitativo massimo, adatto però solo ad un determinato gruppo di consumatori⁴⁴. Nel riconoscere la vulnerabilità dei consumatori di prodotti di tabacco causata dalla dipendenza generata dalla nicotina, la CGUE proibisce inoltre di collocare sull'imballaggio esterno informazioni, anche se materialmente esatte, che potrebbero indurre il consumatore a pensare che il prodotto sia meno nocivo o abbia «effetti benefici»⁴⁵. Nel caso, cui si è fatto cenno in precedenza, relativo ai pazienti che utilizzano

⁴¹ CGUE, *Peter Pammer contro Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG e Hotel Alpenhof GesmbH contro Oliver Heller*, 7 dicembre 2010, Cause riunite C-585/08 e C-144/09, par. 59 e 62.

⁴² Si riferisce alla versione spagnola della sentenza della CGUE, *Solgar Vitamin's France e altri contro Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi e altri*, 29 aprile 2010, C-446/08, par. 56. Nella traduzione italiana e francese della stessa sentenza, la Corte fa riferimento a un «gruppo di consumatori fragili», mentre nella traduzione inglese parla di «sensitive sections of the population».

⁴³ Sulle critiche alle definizioni aperte, cfr. R. Chenal, *La definizione della nozione*, cit., pp. 35 ss.

⁴⁴ CGUE, *Solgar Vitamin's France e altri contro Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi e altri*, 29 aprile 2010, C-446/08.

⁴⁵ CGUE, *Philip Morris Brands SARL e altri contro Secretary of State for Health*, 4 maggio 2016, C-547/14, par. 137, 140 e 160.

stimolatori cardiaci e defibrillatori automatici impiantabili, la responsabilità del produttore la Corte ritiene sussista una responsabilità aggravata⁴⁶.

Al contrario, la condizione di «cliente protetto»⁴⁷ contro eventuali interruzioni di gas, riconosciuta dal Regolamento (UE) n. 994/2010 anche con riferimento alle piccole e medie imprese, opera solo dopo che la vulnerabilità sia stata accertata in concreto, dunque senza che essa possa essere presunta dal volume di consumo di gas⁴⁸.

A seguito dell'analisi svolta, si può pertanto rilevare la tendenza della Corte ad individuare all'interno della "categoria" del consumatore vulnerabile, alcuni sotto-gruppi, anche se questa distinzione non porta a rinvenire in tale scelta una possibile dicotomia tra consumatori deboli e forti.

2.3. Le implicazioni della presenza di soggetti vulnerabili negli aspetti procedurali.

Per quanto riguarda l'ambito procedurale, la vulnerabilità è stata presa in considerazione per giustificare l'applicazione di un regime differenziato per i richiedenti protezione internazionale e le vittime nel processo penale, in modo particolare con riferimento all'esame orale.

Nel caso dei richiedenti asilo, in diverse sentenze la Corte sottolinea l'importanza di esaminare la «situazione personale o generale in cui si inserisce la domanda»⁴⁹, rifiutando l'uso di presunzioni ed evidenziando la necessità di prendere in considerazione i fatti del caso concreto. In questo processo di valutazione della "specificità" condizione, la CGUE fornisce, di volta in volta, elementi che sarebbe bene tenere presente, tra cui: l'età, lo stato di salute o l'aver subito forme gravi di violenza⁵⁰, le radici culturali del richiedente⁵¹, nonché aspetti concernenti l'identità di genere o l'orientamento sessuale⁵². Una volta

⁴⁶ CGUE, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contro AOK Sachsen-Anhalt e Betriebskrankenkasse RWE*, 5 marzo 2015, Cause riunite C-503/13 e C-504/13.

⁴⁷ L'art. 2 del Regolamento (UE) n. 994/2010 comprende, all'interno della definizione di "cliente protetto", tutti gli utenti domestici e, qualora lo Stato membro lo decida, anche i soggetti che erogano servizi sociali essenziali e le piccole e medie imprese.

⁴⁸ La vulnerabilità verrebbe meno nel caso di «appartenenza a un'impresa, a un gruppo o a una rete integrata di dimensioni significative consente a tali soggetti di disporre di risorse economiche e tecniche, di cui generalmente non dispongono le piccole e medie imprese, risorse atte a consentire loro di far fronte a tale interruzione». Cfr. CGUE, *Eni SpA e altri contro Premier ministre e Ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer*, 20 dicembre 2017, C-226/16, par. 32.

⁴⁹ CGUE, *A e altri contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 dicembre 2014, Cause riunite da C-148/13 a C-150/13, par. 70; CGUE, *M contro Minister for Justice and Equality Ireland and the Attorney General*, 9 febbraio 2017, C-560/14, par. 51-52; CGUE, *F contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, 25 gennaio 2018, C-473/16, par. 16.

⁵⁰ CGUE, *M contro Minister for Justice and Equality Ireland and the Attorney General*, 9 febbraio 2017, C-560/14, par. 51.

⁵¹ Durante il colloquio del richiedente protezione, si prevede la presenza di un "mediatore" – e non di un mero "traduttore" – proprio al fine di comprendere e "trasmettere" il contesto culturale in cui si inserisce la storia del richiedente. Inoltre, e sempre con riferimento all'importanza del profilo culturale, nella sentenza della CGUE, *X e X contro État belge*, 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, al par. 30 si evidenzia «la drammatica situazione del conflitto armato in Siria, la tenera età dei figli dei ricorrenti nel procedimento principale, il profilo particolarmente vulnerabile di questi ultimi, legato alla loro appartenenza alla comunità cristiana ortodossa». Porre in rilievo l'elemento religioso significa dare spazio, nel momento decisionale, al contesto culturale e storico del Paese in questione.

⁵² CGUE, *F contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, 25 gennaio 2018, C-473/16, par. 16.

valutata la condizione del richiedente, il riconoscimento di una situazione di vulnerabilità diventa un elemento che incide sul *modus operandi* del colloquio orale, potendosi prevedere la presenza di esperti al fine di consentire al soggetto sotto esame di esprimersi in modo «completo e coerente»⁵³ su tutti gli elementi idonei ad avvalorare la domanda di protezione internazionale o sussidiaria.

Anche nel caso della vulnerabilità della vittima bisogna prendere in considerazione elementi come «la sua età, nonché la natura, la gravità e le conseguenze delle infrazioni di cui ritiene di essere stato vittima»⁵⁴, che giustificano l'adozione di un trattamento specifico, rispettoso della dignità personale, che eviti il verificarsi di situazioni di vittimizzazione secondaria, che potrebbero invece aversi nell'udienza pubblica. In tal senso, si riconosce l'importanza di ricorrere a particolari strumenti processuali, come può essere l'incidente probatorio, i quali proteggono la vittima particolarmente vulnerabile ed evitano la perdita di elementi di prova.

Inoltre, la situazione di vulnerabilità può essere determinata dallo stesso processo penale, qualora quest'ultimo non garantisca la possibilità di potersi esprimere e di comprendere appieno cosa accade nel procedimento, pregiudicando così potenzialmente il diritto alla difesa. Per questa ragione, la CGUE esplicita l'obbligo di tradurre tutti i documenti fondamentali nell'ambito del procedimento penale⁵⁵. Dal punto di vista procedurale, l'impiego della nozione di vulnerabilità permette dunque l'adozione di misure specifiche, al fine di garantire la protezione dei diritti fondamentali degli interessati e, in particolar modo, la loro dignità personale e il diritto ad essere ascoltati pubblicamente.

3. Il problematico intreccio tra la condizione di vulnerabilità e la libera concorrenza nel mercato.

In linea con la nozione elaborata dalla dottrina, relativa al concetto di dipendenza, anche all'interno della casistica della CGUE la vulnerabilità economica viene misurata in termini di influenza, da parte di altre imprese, nelle prestazioni e nel profitto dell'impresa presa in considerazione.

In un panorama in cui gli Stati e le imprese mettono in risalto prospettive particolari e fanno valere situazioni di vulnerabilità, la CGUE, al fine di favorire lo sviluppo economico comune e l'armonizzazione delle condizioni di concorrenza nel mercato, dà rilievo alla vulnerabilità talvolta per concedere sussidi a determinate imprese⁵⁶, talaltra per determinare la posizione dominante⁵⁷ di un'impresa nel mercato. Con riferimento alla

⁵³ CGUE, *M contro Minister for Justice and Equality Ireland and the Attorney General*, 9 febbraio 2017, C-560/14, par. 51

⁵⁴ CGUE, X, 21 dicembre 2011, C-507/10, par. 26.

⁵⁵ CGUE, *Gavril Covaci*, 15 ottobre 2015, C-216/14, par. 3 e 51.

⁵⁶ CGUE, *Exécutif Régional Wallon e SA Glaverbel contro Commissione delle Comunità europee*, 8 marzo 1988, Cause riunite 62 e 72/87, par. 17. In questo caso la traduzione italiana fa riferimento alla «situazione delicata in cui si trova il mercato del vetro piano». Tuttavia, nelle versioni inglese, francese e spagnola della sentenza si utilizza il termine “vulnerabile” al posto di “delicata”. Le cause di detta vulnerabilità risiedono nel «ristagno della domanda, nell'eccesso di capacità degli impianti di produzione e nella progressiva contrazione dell'occupazione».

⁵⁷ La constatazione dell'esistenza di una posizione dominante solitamente è preliminare ad un eventuale accertamento dello sfruttamento abusivo di tale posizione nel mercato. Cfr. G. Caridi, L. Milano, [L'abuso di posizione dominante nel mercato europeo](#), 2017.

politica commerciale estera ed alle misure *antidumping*, la CGUE accerta invece la vulnerabilità dell'industria comunitaria rispetto agli esportatori-produttori di Paesi terzi.

La prima sentenza risale al 10 maggio del 1960⁵⁸ e riguarda la concessione di tariffe speciali ad imprese che si trovano in una situazione particolarmente svantaggiosa. Nel caso in questione, le ricorrenti richiedevano l'annullamento della decisione presa dall'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio, la quale annullava la predisposizione di tali tariffe, allegando una condizione di vulnerabilità, aumentata in tempo di crisi, determinata dal grave svantaggio derivante dalla propria ubicazione nei pressi del confine con la zona di occupazione russa. Tuttavia, il ricorso viene rigettato, dato che l'eccezionalità di tali misure richiede, per la loro applicazione, la presenza di una situazione di vulnerabilità che possa pregiudicare la sopravvivenza dell'impresa nel mercato, un requisito molto esigente che non era soddisfatto dalle ricorrenti.

Nel momento in cui valuta l'esistenza di una posizione dominante dell'impresa *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin (NBIM)*, la CGUE fa riferimento alla presenza di alcuni elementi⁵⁹ che la rendono «poco vulnerabile dalla concorrenza»⁶⁰. Più esplicitivo risulta essere il caso che interessa l'accertamento della posizione dominante dell'impresa *Hoffmann-La Roche & Co. AG*. In esso, la Corte si è soffermata a chiarire gli indizi che permettono di determinare una minore dipendenza e vulnerabilità dell'impresa interessata rispetto alla concorrenza. In primo luogo, è necessario valutare la competitività dei concorrenti dell'impresa, confrontando le quote di mercato detenute rispettivamente dall'impresa interessata e dai suoi concorrenti. In secondo luogo, vanno accertati i vantaggi tecnici e commerciali dell'impresa, quali il progresso tecnologico di cui essa gode o l'esistenza di una rete commerciale estremamente perfezionata. Infine, va presa in considerazione l'assenza di concorrenza potenziale, attraverso la valutazione dell'eventuale esistenza di ostacoli all'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato⁶¹.

Inoltre, la CGUE evidenzia che la posizione dominante in un mercato non implica una invulnerabilità in tutti i mercati in cui l'impresa è presente. In questo senso, l'impresa *Hoffmann-La Roche & Co. AG*, nonostante sia la maggiore produttrice nel mercato delle vitamine, potrebbe essere considerata vulnerabile nel caso in cui la poca varietà dei prodotti implicasse la sua dipendenza da altri mercati⁶². Pertanto, l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante sfocia nella valutazione della vulnerabilità di

⁵⁸ CGUE, *Barbara Erzbergbau AG e altri contro Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, 10 maggio 1960, Cause riunite 3-58 a 18-58, 25-58 e 26-58.

⁵⁹ Nel caso in questione, al par. 55 la Corte fa riferimento ai seguenti elementi: l'appartenenza a gruppi di imprese che operano a livello europeo o mondiale, la posizione avanzata in materia di investimenti e di ricerca, nonché la grande vastità della sua gamma di prodotti. CGUE, *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contro Commissione delle Comunità europee*, 9 novembre 1983, Causa 322/81, par. 55

⁶⁰ *Idem*, par. 56.

⁶¹ CGUE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contro Commissione delle Comunità europee*, 13 febbraio 1979, Causa 85/76, par. 48, pp. 524

⁶² Nella sentenza della CGUE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contro Commissione delle Comunità europee*, 13 febbraio 1979, Causa 85/76, alla pagina 482 si afferma: «Ad. 3) [...] Inoltre la minore diversificazione delle attività della ricorrente (il 23 % del suo fatturato è rappresentato dalle vitamine, cioè una percentuale molto superiore a quella dei principali concorrenti) implica una maggior vulnerabilità relativamente al suo comportamento: non è il mercato di un prodotto a sé stante, bensì il complesso dei vari mercati di prodotti sui quali un'impresa è presente, cioè "il mercato dell'impresa" che determina l'indipendenza di comportamento di una ditta».

un'impresa o di un'industria, prendendo in considerazione quelle caratteristiche che determinano o incidono sulla diversificazione dei prodotti e dei mercati.

L'ingresso nel mercato di prodotti innovativi, secondo il Tribunale, non è un elemento sufficiente a causare la vulnerabilità di un'impresa e la conseguente perdita della posizione di pioniere nel mercato⁶³. Allo stesso modo, l'elemento che determina la vulnerabilità dei produttori comunitari non è la struttura dei costi, per mancata competitività, bensì sono i «prezzi insolitamente bassi praticati dai produttori-esportatori dei Paesi terzi»⁶⁴ che giustificano l'applicazione di misure *antidumping*⁶⁵.

È proprio con riferimento alle misure *antidumping* che risalta l'attività del Tribunale nel processo decisionale. Infatti, riguardo alle importazioni di alcuni tipi di tubi originari dalla Cina, la Commissione aveva rilevato che tali importazioni in *dumping* avrebbero causato nell'immediato «un pregiudizio notevole a un'industria comunitaria "già vulnerabile"»⁶⁶ ed il Consiglio aveva confermato tale conclusione. Tuttavia, nel verificare la correttezza di tale valutazione, il Tribunale recupera i dati allegati al Punto 59 (tra cui la produzione dell'industria comunitaria, il volume delle vendite, il livello di occupazione, la produttività e la redditività), rivaluta tali elementi economici⁶⁷ e giunge a valutazioni discrepanti rispetto alla stima effettuata dalle istituzioni europee, tracciando un ritratto di un'industria «in situazione di forza e non di fragilità o vulnerabilità»⁶⁸. Sebbene in relazione a tale constatazione le istituzioni europee abbiano addebitato al Tribunale un «errore manifesto di valutazione degli elementi di prova», la Corte di Giustizia ha precisato che esso si è limitato ad un'attività di semplice riproduzione degli elementi economici identificati, senza sostituire la propria valutazione a quella delle istituzioni e, conseguentemente, senza snaturare gli elementi di prova⁶⁹. Inoltre, la CGUE precisa che al Tribunale spetta:

«non soltanto verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituissero

⁶³ Tribunale dell'Unione Europea, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc contro Commissione europea*, 1 luglio 2010, T-321/05, par. 281.

⁶⁴ Tribunale dell'Unione Europea, *Transnational Company «Kazchrome» AO e ENRC Marketing AG contro Consiglio dell'Unione europea*, 25 ottobre 2011, T-192/08, par. 143.

⁶⁵ Il dumping è una pratica distortiva dei normali equilibri di mercato che mira ad eliminare la concorrenza praticando prezzi più bassi del valore medio delle merci, assicurandosi una quota più ampia del mercato e danneggiando le industrie che la subiscono. Le misure antidumping sono, quindi, finalizzate a rimuovere questi effetti distortivi e vengono applicate quando si individui la vulnerabilità o la minaccia di un pregiudizio per l'industria europea a causa della concorrenza sleale. L'applicazione di tali misure, quindi, non deve avere fini protezionistici dato che il loro obiettivo non è quello di creare un vantaggio all'industria europea rispetto a quella dei paesi terzi che esportano in Europa. Per maggiori approfondimenti, cfr. P. Farah, R. Soprano, *Dumping e antidumping – Una guida per le imprese di fronte alle sfide della globalizzazione*, Il Sole 24 Ore, 2009.

⁶⁶ Tribunale dell'Unione Europea, *Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd contro Consiglio dell'Unione europea*, 29 gennaio 2014, T-528/09, par. 58. I fattori che la rendevano vulnerabile, secondo la Commissione, erano la riduzione delle vendite, delle quote di mercato, della produzione e della redditività.

⁶⁷ *Idem*, par. 61. Dopo aver presentato il contesto in cui si trovava l'industria economica, facendo riferimento a dati economici concreti, il Tribunale rileva che la vulnerabilità indicata dalle istituzioni «non è suffragata dai dati economici rilevanti del caso di specie».

⁶⁸ Questa constatazione è stata fatta da parte della Corte di Giustizia con riferimento al punto 61 della sentenza impugnata (T-528/09). CGUE, *ArcelorMittal Tubular Products Ostrava a.s. e a. contro Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd e Consiglio dell'Unione europea contro Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd*, 7 aprile 2016, Cause riunite C-186/14 P y C-193/14 P, par. 42.

⁶⁹ *Idem*, par. 42-44.

l'insieme dei dati rilevanti che dovevano essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se essi fossero idonei a fondare la conclusione (...) secondo cui l'industria dell'Unione versava in una situazione di vulnerabilità alla fine del periodo dell'inchiesta»⁷⁰.

Come si è visto, la vulnerabilità è dunque un fattore rilevante nel processo decisionale, anche se la CGUE risulta particolarmente restia a riconoscerne l'operatività, rifiutando politiche protezionistiche e limitando a casi eccezionali tutte quelle misure che possono pregiudicare la capacità di autoregolazione del mercato. Nel fare ciò, adotta un metodo quasi meccanico nell'analisi degli elementi rilevanti al riconoscimento dell'eventuale situazione di vulnerabilità, assicurandosi di adempiere al suo ruolo di vigilante del corretto funzionamento del mercato.

4. La CGUE come supervisore dei doveri degli Stati membri nel riconoscere le zone vulnerabili.

La giurisprudenza della CGUE relativa alla questione ambientale fa essenzialmente riferimento alla designazione di zone vulnerabili, identificate sulla base di due differenti criteri: l'applicazione di misure per la conservazione di specie qualificate come vulnerabili e la contaminazione del terreno. Questa attività di designazione delle zone come "vulnerabili" spetta agli Stati membri, che devono basarsi sulle linee guida presenti nelle Direttive e istituire programmi di azione specifici. In questo contesto, dove agli Stati è riservato un ampio margine di discrezionalità, la CGUE si limita a controllare il corretto adempimento degli obblighi assunti nell'identificare di tali zone.

È interessante notare, con riferimento alla conservazione delle specie, una progressiva evoluzione nella posizione della CGUE. Inizialmente, nel 1978, in un'ottica di libera concorrenza, la Corte si dimostra severa nei confronti di misure intraprese dagli Stati (in questi casi, l'Irlanda)⁷¹ che, nonostante siano finalizzate alla conservazione dell'ecosistema, potrebbero pregiudicare l'uguaglianza di trattamento e di accesso allo sfruttamento del fondo marino, criticandole per il loro carattere indefinito e potenzialmente arbitrario⁷². Infatti, nonostante l'Irlanda avesse allegato che la zona era stata segnalata dalla stessa Comunità come vulnerabile, la Commissione e la Corte rilevarono un interesse preponderante dell'Irlanda nel creare uno svantaggio ed un pregiudizio nei confronti dei Paesi Bassi⁷³. Allo stesso modo, proibire l'importazione di pollame viene considerata una misura sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito di salvaguardia dello stesso, malgrado la riconosciuta condizione di vulnerabilità di quest'ultimo, oggetto di politiche restrittive in quanto all'uso dei vaccini⁷⁴.

⁷⁰ *Idem*, par. 36.

⁷¹ CGUE, *Ministro della Pesca contro Schonenberg e altri*, 16 febbraio 1978, C-88/77; CGUE, *Commissione Delle Comunità Europee contro Regno dei Paesi Bassi*, 16 febbraio 1978, C-61/77.

⁷² «Esse non limitano il totale delle catture, né l'attività complessiva di pesca nelle zone interessate ma vietano semplicemente ai grandi pescherecci di prendere parte a questa attività. Esse non vietano neppure, in particolare, la pesca nei fondali da riproduzione o da ripopolamento, né proteggono le zone vulnerabili contro attività di pesca esercitate con metodi nocivi»: CGUE, *Commissione Delle Comunità Europee contro Regno dei Paesi Bassi*, 16 febbraio 1978, C-61/77, par. C.b, p. 432.

⁷³ *Idem*, par. 69 ss.

⁷⁴ CGUE, *Commissione delle Comunità Europee contro Irlanda*, 31 gennaio 1984, Causa 74/82, par. 42-43.

Al contrario, pur riconoscendo il margine di discrezionalità riservato agli Stati membri nel designare zone di protezione speciale (ZPS, Direttiva 79/409/CEE), nel 2007⁷⁵ la CGUE evidenzia la presenza di criteri ornitologici oggettivi che non possono essere trascurati in ragione delle esigenze economiche⁷⁶. In questo modo, essa sollecita lo sviluppo di un'economia sostenibile, promuovendo in via prioritaria l'adozione di misure appropriate alla conservazione di alcune specie vulnerabili.

Più frequenti sono le sentenze aventi ad oggetto la Direttiva 91/676/CEE⁷⁷, il cui obiettivo è la riduzione dell'inquinamento delle acque provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole tramite la designazione di «zone vulnerabili»⁷⁸. In tali sentenze, dapprima la Corte fa riferimento agli obblighi contratti dagli Stati⁷⁹, mentre in seguito evidenzia la necessità di adottare misure precise che tengano conto del differente grado di vulnerabilità delle zone oggetto di protezione⁸⁰. La CGUE riconosce l'impossibilità nel fornire criteri precisi da parte del diritto comunitario per verificare «se lo scarico di composti azotati di origine agricola concorre significativamente all'inquinamento»⁸¹. Infatti, è proprio la complessità di dette valutazioni che giustifica l'ampio potere discrezionale riconosciuto agli Stati membri⁸², stabilendo a livello europeo un limite massimo di concentrazione di nitrato⁸³ per assicurare la tutela della salute pubblica.

Inoltre, con riferimento all'inquinamento causato dalle navi, nel valutare le conseguenze di una violazione delle regole e delle norme internazionali applicabili, si deve tener conto che la vulnerabilità dello Stato costiero varia in relazione alla «natura dei beni

⁷⁵ In realtà già nel 2002 la CGUE faceva riferimento all'erica come specie vegetale particolarmente vulnerabile al pascolo intensivo. Ancora una volta, tale aggettivo è presente nelle versioni della sentenza in lingua inglese, francese e spagnola ma non nella versione italiana, la quale opta per un «particolarmente esposta a». Nel caso in questione, il pascolo intensivo causò «danni gravi a certe zone e costituisce la principale minaccia» per l'*habitat* prioritario dell'Owenduff-Nepheg Beg Complex e delle popolazioni di uccelli in esso presenti. CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, 13 giugno 2002, C-117/00.

⁷⁶ CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, 13 dicembre 2007, C-418/04, par. 38-39.

⁷⁷ CGUE, *Commissione europea contro Francia*, 4 settembre 2014, C-237/12; CGUE, *Inter-Environnement Wallonie e Terre Wallonne*, 28 febbraio 2012, C-41/11; CGUE, *Inter-Environnement Wallonie*, 17 giugno 2010, C-110/09; CGUE, *Terre Wallonne*, 17 giugno 2010, C-105/09; CGUE, *Commissione europea contro Lussemburgo*, 29 giugno 2010, C-526/08; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Belgio*, 22 settembre 2005, C-221/03; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, 8 settembre 2005, C-121/03; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, 11 marzo 2004, C-396/01; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Paesi Bassi*, 2 ottobre 2003, C-322/00; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Francia*, 27 giugno 2002, C-258/00; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, 14 marzo 2002, C-161/00; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, 8 novembre 2001, C-127/99; CGUE, *The Queen contro Secretary of State for the Environment and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley e altri e D.G.D. Metson e altri*, 29 aprile 1999, C-293/97; CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, 25 febbraio 1999, C-195/97.

⁷⁸ Art. 3 della Direttiva 91/676/CEE.

⁷⁹ «Gli Stati membri sono quindi tenuti a definire le zone vulnerabili (art. 3 della direttiva), ad incoraggiare le buone pratiche agricole (art. 4) e ad elaborare e ad attuare programmi di azione intesi a ridurre l'inquinamento delle acque da parte dei composti azotati in dette zone. (art. 5)». Cfr. CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, 14 marzo 2002, C-161/00, par. 43.

⁸⁰ CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, 8 settembre 2005, C-121/03, par. 101.

⁸¹ CGUE, *The Queen contro Secretary of State for the Environment e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley e altri e D.G.D. Metson e altri*, 29 aprile 1999, C-293/97, par. 38.

⁸² *Idem*, parr. 37 e 39. Nel concedere tale discrezionalità, il legislatore comunitario ha conseguentemente accettato la differente applicazione della direttiva negli Stati membri.

⁸³ *Idem*, parr. 31-34. Il limite posto all'inquinamento da nitrati (siano essi di fonte agricola o industriale) è di 50 mg/l, in linea con quanto previsto dalla direttiva 75/440.

e gli interessi connessi»⁸⁴ all'azione dannosa e pregiudizievole degli scarichi di idrocarburi in mare. In tal senso, la CGUE rileva che lo Stato sarà più vulnerabile nel caso in cui sia in pericolo la salute della popolazione costiera rispetto ad un eventuale danno puramente economico.

La Corte, nel dichiarare l'inadempimento degli Stati, talvolta necessita di dati «precisi»⁸⁵, forniti dalla Commissione, relativi alle ripercussioni ambientali di certe opere, talaltra ricorre a studi effettuati a livello europeo, anche da parte di ONG,⁸⁶ o a riconoscimenti effettuati a livello internazionale⁸⁷.

5. Un uso diversificato della vulnerabilità coerente con la natura eterogenea delle cause.

In base all'analisi effettuata è emerso che la CGUE, a seconda dell'ambito considerato, gode di un differente margine di discrezionalità nell'apprezzare gli elementi che determinano la situazione di vulnerabilità. Tale situazione trova una stretta relazione con le direttive e l'attività svolta dalla Commissione e dal Consiglio Europeo.

Infatti, quando la Corte si occupa dell'ambito sociale, dà maggiore spazio a giudizi di valore alla luce del caso concreto. Ciò si deve probabilmente all'eterogeneità delle esperienze di vita, che difficilmente possono essere fatte rientrare all'interno di categorie definite *a priori* da parte del legislatore dell'Unione, tant'è che quest'ultimo preferisce adottare una definizione aperta di vulnerabilità.

Al contrario, nell'ambito economico ed ambientale viene ridotto il margine di apprezzamento riservato alla CGUE, in ragione dell'attività svolta dalle istituzioni europee nel fissare gli elementi che permettono di determinare la vulnerabilità *a priori* e nel realizzare accertamenti e periodi d'inchiesta. La delimitazione della discrezionalità è più blanda nell'ambito economico, dove si lascia un ruolo attivo del Tribunale in ordine alla valutazione degli indizi e dei criteri allegati dalla Commissione Europea e dal Consiglio, che costituiscono il limite al margine di interpretazione riservato all'organo giudiziario europeo. Al contrario, in materia ambientale la CGUE riveste un ruolo più passivo, consistente nella mera riproduzione delle direttive e, talvolta, di studi e ricerche svolte a livello europeo con il fine di vigilare l'adempimento degli obblighi assunti dagli Stati ed incentivare il rispetto dell'ecosistema.

L'uso polisemico della nozione di vulnerabilità riflette, quindi, l'eterogeneità casistica che viene trattata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e la sempre

⁸⁴ CGUE, *Bosphorus Queen Shipping Ltd Corp. contro Rajavartiolaitos*, 11 luglio 2018, C-15/17, par. 99.

⁸⁵ CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, 4 ottobre 2007, C-179/06, par. 32-44

⁸⁶ Per esempio, fa riferimento all'IBA 2000 (CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, 13 dicembre 2007, C-418/04, par. 94), ad atlanti scientifici - in concreto, *L'Atlas of Breeding Birds in Britain and Ireland: 1968-1972* e il *New Atlas of Breeding Birds in Britain and Ireland: 1988-1991*, a cura di D.W. Gibbons, J.B. Reid e R.A. Chapman - e ad un rapporto redatto dall'Irish Wildbird Conservancy (CGUE, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, 13 giugno 2002, C-117/00, rispettivamente ai par. 19 e 13).

⁸⁷ Nella sentenza della CGUE, *Bosphorus Queen Shipping Ltd Corp. contro Rajavartiolaitos*, 11 luglio 2018, C-15/17, al par. 104 la Corte afferma: «il Mar Baltico è internazionalmente riconosciuto come una zona speciale caratterizzata da peculiarità geografiche e da un ecosistema particolarmente vulnerabile che necessita di protezione speciale».

maggiore attenzione di questo organo giudiziario nei confronti degli aspetti sociali, promuovendo lo sviluppo sostenibile e l'integrazione dei diritti umani nelle differenti politiche nazionali.

Riferimenti bibliografici.

J. Abrisketa, et al., [Human rights priorities in the European Union's external and internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups](#), in *FRAME Deliverable No. 12.2*, 2015.

M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Giappichelli, 2016.

M.G. Bernardini, *Le teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le Teorie Critiche del Diritto*, Pacini Editore, 2017, pp. 13 ss.

M. G. Bernardini, et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, 2018.

L. Briguglio, [The Vulnerability Index and Small Island Developing States: A Review of Conceptual and Methodological Issues](#), Relazione al "AIMS Regional Preparatory Meeting on the Ten Year Review of the Barbados Programme of Action" (Praia, Cabo Verde, 1-5 settembre 2003), 2003.

L. Briguglio, G. Cordina, N. Farrugia e S. Vella, [Economic Vulnerability And Resilience: Concepts And Measurements](#), Research Paper 2008/055, UNU-WIDER, , 2008.

L. Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire*, in Ead. (a cura di), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014, pp. 237 ss.

G. Caridi, L. Milano, [L'abuso di posizione dominante nel mercato europeo](#), 2017.

R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi - Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2018, pp. 35 ss.

C. Churruca Muguruza, *Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria*, in M.C. Barranco Avilés, C. Churruca Muguruza (a cura di), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 45 ss.

Commissione europea, [The EU approach to resilience: learning from food security crises](#), 2012.

M. Esparza Flores, M.A. Díaz Barragán, *Vulnerabilidad ambiental y región: algunos elementos para la reflexión*, in *Observatorio del desarrollo. Investigación, reflexión y análisis*, vol. II, 6, 2013, pp. 26 ss.

P. Farah, R. Soprano, *DUMPING E ANTIDUMPING – Una guida per le imprese di fronte alle sfide della globalizzazione*, Il Sole 24 Ore, 2009.

N. Farrugia, *Conceptual Issues in Constructing Composite Indices*, in *Occasional Paper on Islands and Small States*, University of Malta, Islands and Small States Institute, 2, 2007, pp. 1 ss.

E. Ferrarese, 2018, *Il Geometra e i vulnerabili. Sugli usi del concetto di vulnerabilità nelle scienze sociali*, in M.G. Bernardini et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto* IF Press, 2018, pp. 271 ss.

M.A. Fineman, *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20, 1, 2008, pp. 1 ss.

A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo: percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Carocci, 2020.

O. Giolo, *Conclusioni. La Vulnerabilità e la forza: un binomio antico da ritematizzare*, in M.G. Bernardini et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto* IF Press, 2018, pp. 341 ss.

O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2018.

P. Guillaumont, [On the Economic Vulnerability of Low Income Countries](#), in *CERDI Etudes et Documents*, Working Paper 2001.02, 2001.

F. Ippolito, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars Interpretandi - Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2019, pp. 63 ss.

P. Kemp, J.D. Rendtorff, *The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles*, in *Synthesis Philosophica*, Vol. 46, 2, 2008, pp. 239 ss.

V. Lorubbio, [Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU](#), in *Familia - Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2020.

C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014.

V. Marzocco, *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico politico-giuridico del neoliberismo*, in M.G. Bernardini et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto* IF Press, 2018, pp. 295 ss.

C. Monereo Atienza, *Universos de dignidad*, Tirant lo Blanch, 2018.

D. Morondo Taramundi, *¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión | A new paradigm for equality? Vulnerability as human condition and as a state of defencelessness*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, pp. 205 ss.

E. Pariotti, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars Interpretandi - Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2019, pp. 155 ss.

B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2018, pp. 127 ss.

G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, 2008.

M. Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2018, pp. 161 ss.

S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra 'pretese di giustizia' e 'pretese di diritto'. Alcune considerazioni critiche*, in *Politica Del Diritto*, Vol. 47, 3, 2016, pp. 475 ss.

Riflessione

— Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa

Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità

The new prison rules of the Council of Europe

Theoretical aspects and practical limits of applicability

di Enrica Valente Sardina

Abstract. Il 1° luglio 2020, a quasi quindici anni dalla precedente versione delle Regole penitenziarie europee (EPR), il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha provveduto ad un aggiornamento del documento. Il presente contributo mira ad analizzare il testo delle nuove Raccomandazioni, facendo leva sugli elementi di novità che differenziano il documento dalla Raccomandazione (Rec)2 del 2006, e ragionando sulla misura con la quale il nostro Paese potrà dare seguito alle nuove disposizioni, tendendo in considerazione le forti aporie che caratterizzano il sistema penitenziario italiano, in particolare in materia di sovraffollamento carcerario. Tali riflessioni si rendono ancor più urgenti, a fronte dell'impatto che l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha avuto (anche) sul sistema carcerario.

Abstract. On 1st July 2020, almost fifteen years after the previous version of the European Prison Rules (EPR), the Committee of Ministers of the Council of Europe updated the document. This contribution aims to analyze the text of the new Recommendations, leveraging on the new elements that differentiate the document from Recommendation (Rec)2 of 2006, and thinking about the extent to which our country will be able to follow the new provisions, taking into account the strong aporia that characterize the Italian penitentiary system, particularly with regard to prison overcrowding. These reflections are even more urgent, given the impact that the health emergency from Covid-19 has had (also) on the prison system.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La struttura e i principi cardine delle Regole penitenziarie europee del 1° luglio 2020. – 2.1. Le disposizioni in materia di condizione di detenzione: un'occasione persa di riforma. – 2.2. Le nuove disposizioni in materia di ordine e sicurezza nelle carceri. – 2.3. Il monitoraggio degli istituti di pena e lo status di detenuto. – 3. Considerazioni conclusive.

SUMMARY: 1. Preamble. – 2. The structure and key principles of the European Prison Rules of 1st July 2020. – 2.1. The provisions on detention conditions: a lost opportunity for reform. – 2.2. The new provisions on order and security in prisons. – 2.3. The monitoring of prisons and prisoner status. – 3. Concluding considerations.

1. Premessa.

Lo scorso 1° luglio, durante la 1380^a riunione dei suoi Rappresentanti, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha emanato le nuove Regole penitenziarie europee (EPR), aggiornando, così, la Raccomandazione (Rec)2 dell'11 gennaio 2006¹.

Benché la tendenziale completezza del precedente documento – riconosciuta, tra gli altri, dalla giurisprudenza della Corte Edu e, in particolare, dalla Grande Camera – non consentiva di ritenere necessaria l'innovazione del testo, l'inerzia di molti Paesi (tra i quali l'Italia) nell'applicazione delle linee guida penitenziarie² nonché le nuove esigenze di tipo igienico-sanitario per il contenimento del contagio da Covid-19 hanno stimolato riflessioni sull'opportunità di ribadire entro quali limiti e secondo quali buone prassi debba concretizzarsi l'applicazione della pena *intra moenia*.

Sembra opportuno premettere che le Regole penitenziarie europee del 2006 – seppur facenti parte delle fonti del diritto di *soft law*, non vincolante per i Paesi aderenti – hanno rappresentato il raggiungimento pressoché completo e coerente della razionalizzazione dei principi cardine in materia carceraria, sanciti dalla C.E.D.U., e sottolineati all'interno dei rapporti generali dello stesso Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT).

Invero, il primo tentativo di fissare regole standard, in tema di misure carcerarie e pena detentiva, risale già al 1973, R. (73)5, allorché si era inteso recepire il modello rappresentato dalle norme minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite, del 1955.

Tale documento ha subito una prima corposa revisione nel 1987, alla luce delle mutate condizioni sociali e culturali, con l'obiettivo di «abbracciare le esigenze e le aspirazioni delle amministrazioni penitenziarie, dei detenuti e del personale penitenziario in un approccio coerente alla gestione e al trattamento che sia positivo, realistico e contemporaneo»³.

Successivamente, a quasi vent'anni di distanza dalla stesura del precedente testo, il mutato contesto criminale, la diffusa condizione di sovraffollamento carcerario, gli indirizzi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nonché, infine, il

¹ Per il testo del nuovo documento v. *Recommendation Rec (2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules*, in *Processo penale e giustizia*, 9 luglio 2020.

² Sul punto si confronti il lavoro svolto dall'Osservatorio penitenziario europeo, M. Crétenot, *Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria*, Antigone Edizioni, 2013, p. 8.

³ V. European Committee on crime problems (CDPC), Council for Penological Co-operation (PC-CP), *Revised commentary to Recommendation CM/REC (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European prison rules*, 2018, p.4.

corposo aumento degli Stati appartenenti alla cosiddetta “grande Europa” – aumentati *medio tempore* da 23 a 47 – hanno reso urgente un’ulteriore modifica, che ha visto la luce durante la 952^a seduta dei Rappresentanti dei Ministri del Consiglio d’Europa.

In un *corpus* di 108 articoli, senza pretesa di vincolabilità, venivano forniti preziosi stimoli, indicazioni e moniti alle Amministrazioni dei Paesi aderenti.

Peraltro, concordemente con quanto era stato sottolineato nella Risoluzione n. 4 della 26^a Conferenza dei Ministri della Giustizia europei (MJU-26, 2005 risoluzione 4 finale, par. 11)⁴, le EPR del 2006 terminavano con l’invito alle Istituzioni competenti ad un regolare aggiornamento della normativa, nonché ad un sistematico approfondimento della materia penitenziaria, tenuto conto dei mutamenti sociali, criminali e igienico-sanitari dei 47 Paesi appartenenti al Consiglio d’Europa.

Sulla base di tali presupposti, difatti, a distanza di quasi quindici anni, si è provveduto all’aggiornamento delle EPR del 2006.

Di seguito si cercherà di evidenziare le differenze che separano il nuovo documento da quello precedente, di volta in volta ragionando sulle nuove opportunità che esso offre ai Paesi membri e al tempo stesso sulle concrete difficoltà di applicazione di alcune delle regole all’interno del nostro ordinamento penitenziario.

2. La struttura e i principi cardine delle Regole penitenziarie europee del 1° luglio 2020.

La compiutezza delle Regole penitenziarie europee (EPR) del 2006 si evince anche dall’analisi del nuovo documento, che rispecchia, in buona sostanza e sotto molteplici aspetti, il suo predecessore⁵.

Anzitutto, anche la versione aggiornata delle EPR si compone di 108 articoli, suddivisi in nove parti, rispettivamente dedicate ai principi di base, alle condizioni di detenzione, alla salute, al buon ordine, alla gestione del personale, all’ispezione e al monitoraggio, allo *status* dei prigionieri imputati e a quello dei condannati e, infine, in una sola regola di chiusura, all’invito al costante aggiornamento della normativa.

La prima parte, dedicata, come anticipato, ai principi fondamentali ai quali le Amministrazioni penitenziarie dei diversi Paesi devono ispirarsi e al relativo ambito di applicazione delle nuove Raccomandazioni, si compone di tredici regole, che ricalcano interamente il testo del 2006.

⁴ Cfr. il lavoro del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, *Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa*, Ministero della Giustizia, in *Rassegna Penitenziaria*, 2007, p. 146.

⁵ A tale proposito, per un confronto con il commento alle disposizioni del vecchio testo v. *Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 cit.*, pp. 58 ss.; analogamente, *Revised commentary to Recommendation CM/REC (2006)2, cit.*

Benché non siano apprezzabili modifiche rispetto al precedente testo, si ritiene importante una loro sintetica disamina, al fine di comprendere su quali pilastri si sia orientato il Consiglio d'Europa nel fissare le linee guida. Peraltro, l'importanza di simili contenuti è riconosciuta in buona parte degli ordinamenti dei Paesi membri e trova conferma all'interno dell'ordinamento penitenziario italiano (l. n. 354/75 e successive modifiche).

Il primo aspetto, sul quale i redattori del documento si sono (nuovamente) soffermati, riguarda l'imprescindibile esigenza di trattamento dei soggetti *in vinculis*, nel rispetto dei diritti umani (regole 1 e 4), nonché degli ulteriori diritti di natura civile, politica e sociale, che non siano stati legittimamente sospesi a causa dello stato di detenzione (regola 2).

Come anticipato, la pregnanza di questo inciso sugli altri era già stata riconosciuta dal nostro legislatore, che aveva parimenti inserito all'art. 1 c. 3 della l. n. 354/75 il rispetto dei diritti fondamentali di ogni individuo, privato della libertà personale.

Anche la regola 3 richiama principi ben noti al nostro ordinamento, richiedendo l'adeguatezza e la proporzionalità delle restrizioni imposte ai detenuti.

Le regole successive, quindi, invitano le amministrazioni ad orientare la permanenza negli istituti penitenziari, in modo da ricalcare il più possibile la vita nella comunità, onde favorire e facilitare il reinserimento sociale. È auspicato, per tali fini, il coinvolgimento dei servizi sociali esterni.

Dalla regola 10 alla regola 13 viene precisato entro quale ambito di applicazione dovranno muoversi i Paesi del Consiglio d'Europa, intendendo come "detenuto", ai fini delle EPR, colui che è stato sottoposto a custodia cautelare in carcere ovvero condannato a pena detentiva da un'autorità giudiziaria competente. A tali categorie di soggetti, i redattori del testo equiparano tutti coloro che si trovano, per qualsiasi altra ragione, ristretti in carcere o in altro luogo legalmente e momentaneamente adibito alla limitazione della libertà personale.

Si richiedono, inoltre, edifici separati e norme dedicate per i minorenni, nonché per coloro che soffrono di disturbi mentali e il cui stato di salute risulti incompatibile con la convivenza in un istituto "comune".

La prima parte delle Raccomandazioni termina con una regola fondamentale che, nel rispetto del 12° Protocollo allegato alla C.E.D.U., impone, anche all'interno degli istituti di pena, il rigoroso rispetto del principio di uguaglianza tra tutti gli individui.

La medesima disposizione, peraltro in maniera ancora più esplicita, è contenuta nell'ordinamento penitenziario italiano, al primo comma dell'art. 1.

2.1. Le disposizioni in materia di condizione di detenzione: un'occasione persa di riforma.

Nella seconda e più corposa sezione, dedicata ad ampio spettro al regime di detenzione, si possono apprezzare alcune novità. L'osservazione delle nuove prassi nei

mesi a venire consentirà di valutare la misura con la quale le Amministrazioni penitenziarie hanno accolto tali moniti.

Occorre peraltro evidenziare che permangono ancora diversi rinvii alle legislazioni nazionali su questioni – prima fra tutte, il sovraffollamento carcerario – che, viceversa, si ritiene meriterebbero *input* più forti da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

In particolare, dalla regola 14 alla regola 16 sono disciplinati i principi e le modalità, in base ai quali deve essere garantito l'ingresso nell'istituto e la tenuta dei registri. A tale specifico proposito, alla regola 15.1 sono state aggiunte le lettere g) ed h); oltre agli aspetti indicati in precedenza, attinenti ai dati anagrafici e sanitari nonché quelli riguardanti i beni di proprietà del detenuto, si richiede che venga registrato, al momento dell'ammissione, il nominativo e il recapito di colui che dovrà essere informato in caso di decesso, lesioni gravi o malattia del detenuto (lettera g), nonché gli eventuali dati inerenti alla prole a carico dello stesso (lettera h), a beneficio di un maggiore collegamento con la famiglia.

Di nuova formulazione è pure la regola 16, in tema di attività da svolgere nel più breve tempo possibile, a seguito dell'accoglienza in carcere. Accanto alla necessità che le informazioni di tipo sanitario, riferite dall'interessato, siano integrate da una valutazione specifica, effettuata dal medico dell'istituto, il nuovo testo suggerisce che vengano raccolti nel registro del detenuto – e di volta in volta aggiornati – alcuni dati ulteriori (cfr. Regola 16 A.2 lettere a. e ss.), inerenti, ad esempio, lo stato del processo, la condotta tenuta dal detenuto, eventuali richieste di avvalersi di strumenti di moderazione, o i trasferimenti da un istituto di pena ad un altro.

Non si comprende, invece, l'eccessiva prudenza del legislatore europeo, per quanto concerne l'aggiornamento delle successive norme, in materia di assegnazione ed alloggio degli ospiti.

È ribadita, infatti, senza ulteriori specificazioni, l'importanza di selezionare il carcere più idoneo, in base al luogo di dimora della famiglia dell'interessato e alle eventuali richieste dallo stesso avanzate (tenendo sempre da conto le esigenze di indagine e di sicurezza). Sono richiamate, poi, le direttive in ordine agli spazi comuni e ai dormitori.

A tale proposito, considerato che attualmente il sovraffollamento costituisce la più grande patologia di cui soffrono le carceri di molti paesi della Grande Europa (tra cui l'Italia), si ritiene che sarebbero state opportune indicazioni pratiche, a seguito di riflessioni volte a comprendere le ragioni delle difficoltà delle Amministrazioni di rispondere efficacemente al problema.

Sul peso che tale problematica costituisce per il nostro Paese si tornerà nel prosieguo; basti ora osservare che, se è pacifica la competenza generale, in capo ai singoli Stati, a regolamentare la gestione interna degli istituti, è altresì imprescindibile il compito

affidato alle Istituzioni europee della salvaguardia del rispetto dei diritti fondamentali dei detenuti attraverso la promozione e lo scambio di buone pratiche tra i Paesi membri⁶.

A tale fine, come si vedrà, è stato di enorme rilevanza il ruolo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo che, chiamata più volte ad esprimersi in merito al trattamento del condannato da parte della Amministrazione degli Stati⁷, li ha vincolati a seguire norme minime, in via tendenzialmente conforme ai principi fondamentali della C.E.D.U.

Peraltro, nel corso degli ultimi mesi, alla già comprovata esigenza di dotarsi di strutture idonee ad ospitare equamente e dignitosamente tutti i detenuti, se n'è aggiunta una ulteriore, concernente la necessità di contenere l'emergenza igienico-sanitario dovuta alla diffusione da Covid-19.

Ciò premesso, *a fortiori* sarebbe stato opportuno un ripensamento della regola 18.

Se quest'ultima, infatti – per la prima volta nel 2006 – aveva inviato genericamente i legislatori nazionali ad adottare norme minime volte a contrastare il sovraffollamento delle carceri, nulla era stato prospettato in ordine alle modalità con le quali affrontare l'esigenza di distanziamento in casi emergenziali.

Parimenti silente sul punto è il nuovo documento del Consiglio d'Europa, nonostante la diffusione dell'epidemia all'interno delle carceri dei Paesi aderenti abbia sollevato nuove e complesse questioni in merito alla necessità di un bilanciamento tra preminenti interessi: da un lato, la tutela della salute degli ospiti delle carceri e del personale dipendente e, dall'altro, la sicurezza pubblica e la necessità di non creare pericolosi precedenti in ordine a future richieste di scarcerazione, motivate dalle medesime contingenze.

Peraltro, anche le successive regole che compongono la sezione II non presentano elementi di novità rispetto al precedente documento⁸, salvo alcune marginali eccezioni, in tema di detenute di sesso femminile e di stranieri.

Con la nuova disposizione della regola 34.1, infatti, si invitano gli Stati ad adottare politiche sensibili al tema dell'uguaglianza di genere, favorendo misure di tipo igienico-sanitario o sociale, che tengano conto degli specifici bisogni delle donne.

Per quello che concerne il nostro Paese, si ritiene di massima importanza puntare al rispetto di questa norma, nell'ottica di indirizzare la rieducazione delle condannate

⁶ Cfr., J. Bergeron, *Relazione sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione*, in *europarl.europa.eu*, 6 luglio 2017.

⁷ *Infra*, par. 3.

⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla norme riguardanti la cura e l'alimentazione del detenuto (Regole 19.1-22.6), la consulenza legale alla quale il prigioniero continua ad avere diritto (Regole 23.1-23.6), i suoi contatti con il mondo esterno, le diverse attività ricreative, lavorative e di studio (Regole 25.1-28.7), il diritto alla libertà di pensiero, coscienza, religione e quello all'informazione (Regole 29.1-30.3), i beni di proprietà del detenuto (Regole 31.1-31.7), il trasferimento ed il rilascio dei prigionieri (Regole 32.1-33.8), nonché il trattamento dei minorenni, detenuti o figli di tali, e neonati (Regole 35.1-36.3).

tenendo in considerazione la fragilità e l'insicurezza che spesso connotano la condizione delle detenute.

I dati, infatti, riferiscono che in Italia la stragrande maggioranza delle donne ristrette in carcere – prevalentemente per reati contro il patrimonio o per attività legate al traffico di stupefacenti – vivono la detenzione con passività e vittimismo, quale naturale conseguenza dell'essere parte di un contesto socio-familiare, che non avrebbe potuto offrire loro alternative, e dal quale non avrebbero potuto affrancarsi senza l'appoggio di un uomo⁹.

Tanto premesso, si ritiene che l'emancipazione delle detenute italiane attraverso, ad esempio, mansioni lavorative o di svago, che non rientrino convenzionalmente in attività "femminili" – che, al contrario, si è soliti proporre – ma che rispecchino gli specifici interessi e attitudini di ciascuna, potrebbe consentire loro di astrarsi dai legami interpersonali criminogeni e facilitare un autonomo progetto rieducativo.

Per quanto attiene agli ospiti stranieri, le nuove regole 37.1 e 37.2 sottolineano la necessità di adottare misure *ad hoc*, che abbiano a cuore la peculiare condizione di disagio e lontananza dai propri familiari, in cui potrebbero trovarsi tali soggetti. Si auspica, pertanto, l'avvicinamento con il mondo esterno, ove questo non sia scoraggiato dalle autorità diplomatiche, con le quali, peraltro, il detenuto ha il diritto di essere messo in contatto (regola 37.3).

È stata introdotta *ex novo* la regola numero 37.8, con la quale si precisa che anche per i condannati stranieri deve poter essere concessa la liberazione anticipata.

Per quanto riguarda il nostro Paese è, tuttavia, opportuno considerare le difficoltà che potranno riscontrarsi nell'attuare tali pregevoli obiettivi in considerazione della tuttora elevata – benché in leggera decrescita rispetto agli anni precedenti – percentuale di stranieri presente negli istituti di pena.

Di modesta portata risultano pure le regole in materia di trattamento penitenziario per i condannati minorenni, considerato che, ancora oggi, molte legislazioni difettano di una disciplina *ad hoc*.

A tale proposito, occorre ricordare che il nostro ordinamento, per oltre 40 anni, ha sofferto la mancanza di uno specifico sistema penitenziario minorile, rendendo necessari, *medio tempore*, diversi e importanti interventi della Consulta, volti a consentire l'interpretazione e l'applicazione della l. 354/75, in via costituzionalmente orientata ai diritti e ai bisogni degli infra-diciottenni¹⁰.

⁹ Sul tema cfr., G. Fabini, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, in *antigone.it*, 2017.

¹⁰ In tal senso, è opportuno ricordare la nota "sentenza monito", Corte cost., 25 marzo 1992, n. 125, con la quale veniva severamente denunciato che la parificazione dei due ordinamenti penitenziari – rispettivamente quello dei minorenni e quello degli adulti – non consentisse di perseguire le finalità di rieducazione, di recupero e di tutela effettivi del giovane che l'art. 31 c.2 Cost. (letto in combinato disposto con l'art. 27 c. 3), imporrebbe. A tale prima pronuncia, ha fatto seguito una corposa produzione giurisprudenziale da parte del Giudice delle leggi, che, sulla base delle medesime motivazioni, ha condotto alla censura di alcune disposizioni contenute

Peraltro, nemmeno l'attesa riforma introdotta dal d.lgs. 121/2018, recante la disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, sembra aver dato risposte efficaci alla necessità di una reale differenziazione e autonomia dei due sistemi penitenziari, posto che – soprattutto in tema di esecuzione *extra-moenia* e di trattamento dei detenuti per i reati gravi ex art. 4-bis c. 1 o.p. – sono tuttora presenti molteplici automatismi e rimandi alla normativa ordinaria. Il decreto, pertanto, pur avendo dato finalmente attuazione alla disposizione transitoria dell'art. 79 della l. 354/75¹¹, rimane in buona parte un mero "adeguamento" alla stessa¹².

Nella terza parte – dalla regola 39 alla regola 48.2 – le nuove Raccomandazioni si limitano a richiamare le disposizioni del precedente testo, affrontando il tema della sanità penitenziaria, e delegando, in buona parte, alle singole Amministrazioni nazionali il compito di riempire di contenuti la normativa.

A tale proposito, per quanto concerne il nostro Paese, la riforma dell'ordinamento penitenziario (d.lgs. 123/2018) sembrerebbe aver risposto in maniera soddisfacente, allorché ha conferito un più ampio margine di competenze in via esclusiva alle ASL, esigendo controlli stringenti sulla salute dei detenuti al momento del loro ingresso e prevedendo rapide procedure di trasferimento degli stessi in ospedali specializzati, in particolare se affetti da disturbi psichiatrici.

Da questo ultimo punto di vista, è doveroso comunque segnalare la carenza di strutture *ad hoc* (in particolare delle REMS) idonee ad ospitare e trattare adeguatamente i detenuti affetti da queste specifiche patologie¹³.

2.2. Le nuove disposizioni in materia di ordine e sicurezza nelle carceri.

La Parte IV, dedicata al rispetto del buon ordine e alla sicurezza all'interno delle case circondariali, presenta, al contrario, diversi elementi di novità.

Preliminarmente si ribadiscono le modalità secondo le quali l'ordine dovrà essere garantito.

Di estrema importanza, in particolare, l'inciso contenuto nella regola 49 – rimasta, peraltro, invariata rispetto al testo del 2006 – che impone, nell'espletamento di ogni attività

nella l. 354/75, ritenute inapplicabili all'esecuzione del condannato minorenne al momento del reato; in questo senso v. Corte cost. 9 aprile 1997, n. 109; Corte cost. 10 dicembre 1997 n. 403; Corte cost. 16 dicembre 1998, n. 450; Corte cost. 22 novembre 1999, n. 436; più di recente, Corte Cost. 22 febbraio 2017, n. 90, tutte in *giurcost.it*

¹¹ Il quale dispone, al primo comma, che «le norme della presente legge si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge».

¹² Cfr., L. Caraceni, M. G. Coppetta (a cura di), *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. Commento al d.lgs. 2 ottobre, n. 121*, Giappichelli Editore, 2019, pp. 5 ss.

¹³ Per il dato, cfr., C. Pagella, *Le carceri italiane sotto la lente del Consiglio d'Europa: il report del CPT sulle visite alle carceri di Biella, Milano Opera, Saluzzo e Viterbo e la replica del Governo italiano*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2020.

posta in essere dal personale dell'istituto, il rispetto della dignità del singolo. Tale regola implica che, anche a fronte di trasgressioni, seppur gravi, da parte degli ospiti del carcere, l'uso della forza deve costituire l'estrema *ratio*¹⁴.

Vengono integrate notevolmente le norme riguardanti la cosiddetta "alta protezione e sicurezza", comprendenti specifiche misure da adottare esclusivamente nelle ipotesi in cui un detenuto rappresenti una minaccia concreta per i compagni o per il personale penitenziario. Tali provvedimenti si considerano, pertanto, "eccezionali" e dovranno essere posti in essere per il tempo strettamente necessario al contenimento del pericolo.

Il nuovo documento precisa, inoltre, alle regole 53.5 e 53.6, che ogni decisione approvata dall'autorità competente, in ordine alle misure, dovrà essere comunicata per iscritto anche all'interessato, insieme alle indicazioni circa la possibilità di presentare eventuali reclami.

Innovativa è, ancora, la disposizione che richiede un'attenta valutazione dell'attualità del pericolo che il detenuto comporta per l'istituto, precisando, altresì, il costante rispetto del principio di proporzionalità delle predette misure speciali (regola 53.8).

Parimenti di nuova formulazione è la regola 53A, dedicata alla possibilità di tenere separati i detenuti considerati maggiormente pericolosi. Il distanziamento, tuttavia, dovrà essere eseguito nel rispetto di rigorose regole, volte a garantire, in ogni momento, la tutela dei diritti della persona dell'interessato.

Sono, a tale fine, concesse due ore di contatto umano al giorno. In aggiunta, deve essere attentamente considerato lo stato di salute del detenuto, valutando se un simile isolamento possa influire negativamente sulla sua vulnerabilità; ove ciò avvenga, la detenzione separata dovrà cessare. Ancora, le celle adibite "all'alta sicurezza" devono comunque soddisfare gli standard minimi richiesti dalle EPR, in ordine allo spazio, all'igiene e alla luce; infine, anche gli ospiti tenuti isolati devono avere la possibilità di svolgere attività di lettura o di esercizio fisico (seppur singolarmente) e devono ricevere le visite del direttore del carcere o del personale penitenziario.

Le nuove Raccomandazioni aggiungono alcune precisazioni circa i mezzi di contenimento e le punizioni di comportamenti posti in essere dai soggetti *in vinculis*, violativi delle normative nazionali o delle regole di comportamento carcerarie, ferma restando la delega ai singoli Stati, in ordine alla configurabilità o meno dell'illecito (di natura disciplinare o penale) e alla sanzione da irrogare.

Sul punto, la nuova regola 60.6 a) vieta che il confinamento di un prigioniero – quale conseguenza di un illecito grave – sia imposto nei confronti di minorenni, donne in gravidanza, madri in fase di allattamento o genitori con prole molto giovane a carico.

¹⁴ Nei medesimi termini, cfr. *Allegato alla Raccomandazione R(2006)2*, cit., pp. 104-105.

Nell'adottare l'isolamento quale punizione estrema per una condotta illecita, le Regole impongono l'attenta valutazione delle condizioni di salute e psichiche del detenuto, aggiungendo che, in ogni caso, è fatto divieto dell'uso di strumenti di tortura o trattamenti disumani e degradanti da parte del personale addetto, che deve, al contrario, fare visita regolarmente al detenuto. Si rinvia, invece, alle normative nazionali, in ordine alla durata massima del confino.

Ulteriori modifiche alla parte IV del testo riguardano i cosiddetti strumenti di contenimento (quali, ad esempio, manette o camicie di forza).

Sono state introdotte, difatti, alcune importanti disposizioni, che precisano la natura sussidiaria di questi mezzi, utilizzabili, pertanto, solamente ove siano state espletate – preliminarmente ed invano – misure meno invasive (regola 68.1). Ove necessari, peraltro, è sempre richiesto il rispetto del principio di minima offensività e proporzionalità nella scelta e nella durata della misura.¹⁵

Dopo aver ribadito, come nel precedente testo, in quali casi è consentito l'uso di manette o cinture di sicurezza, si aggiunge il categorico divieto dell'adozione di strumenti altamente invasivi e degradanti per la dignità del detenuto (ad esempio, le catene)¹⁶. È proibito, altresì, qualsiasi mezzo di contenimento nei confronti di donne in fase di travaglio o a seguito del parto (regole 68.6, 68.7).

La parte IV si chiude con alcune nuove disposizioni in merito ad eventuali reclami avanzati dai detenuti.

Gli elementi di novità riguardano, essenzialmente, la necessità che tali istanze vengano trattate celermente e mediante una procedura che coinvolga il contraddittorio tra gli interessati.

Si ribadisce che nessun detenuto debba subire punizioni o ritorsioni per i reclami proposti, ma si aggiunge, ora, la possibilità di presentare richieste in via confidenziale.

Nuova è anche la disposizione prevista alla regola 70.13, circa la tenuta di un registro, contenente le diverse istanze avanzate da ogni detenuto, nel rispetto del principio di riservatezza.

La parte V delle nuove Raccomandazioni si compone di venti regole (dalla 71 alla 91), dedicate all'importanza del ruolo di servizio pubblico delle carceri, a tutela della comunità.

A tale scopo, in questa sezione – che ricalca, quasi del tutto, il precedente testo – sono richiesti elevati standard professionali in capo al personale addetto agli istituti.

¹⁵ In argomento cfr. R. Zunino, *41-bis: perquisizioni, isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare*, in *Giurisprudenza penale*, 8 gennaio 2020, pp. 10-12.

¹⁶ È pacifica, sul punto, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: per tutte, Corte Edu, 1° marzo 2000, Labita c. Italia, n. 26722/95, traduzione in *Rassegna penitenziaria*.

La condotta esemplare dei membri delle amministrazioni penitenziarie è, infatti, elemento essenziale alla buona riuscita del processo rieducativo di ogni detenuto, che deve essere influenzato positivamente da coloro che monitorizzano giornalmente la propria condotta.

Per tale ragione, numerose regole sono dedicate alla selezione e alla formazione del personale.

Occorre, dunque, soffermarsi a riflettere nuovamente sull'operatività all'interno nostro Paese di simili disposizioni, ribadite tanto nella nuova quanto nella vecchia formulazione del testo.

La preparazione e la formazione della polizia penitenziaria e la sua idoneità a rapportarsi in maniera esemplare nei confronti del detenuto – evitando quanto più possibile, come detto, il ricorso alla coercizione fisica – impone che ogni Stato membro disponga di risorse sufficienti a poter selezionare e aggiornare di frequente il personale dipendente, così garantendo anche il benessere lavorativo dello stesso.

Tuttavia nella prassi ciò non pare rispettato, in considerazione della grande domanda di personale, necessaria a rispondere al numero sempre più elevato di ingressi in istituto.

A tale proposito, sembra opportuno menzionare il recente *report* pubblicato dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), all'inizio di quest'anno, circa un'analisi condotta tra il 12 e il 22 marzo 2019 presso alcune carceri italiane, allo scopo di verificare le condizioni dei detenuti sottoposti a regimi particolari (ad esempio, ai regimi di alta sicurezza o di isolamento)¹⁷.

Il Comitato ha potuto constatare la frequente incapacità del personale di relazionarsi pacificamente con il soggetto *in vinculis*, in particolare se straniero e sfornito della possibilità di avvalersi di interpreti o mediatori culturali.

Ancora, è stata riscontrata la scarsa preparazione nel contenimento degli ospiti che – in evidente stato di escandescenza o di delirio – venivano trattati con violenza.

Con riguardo a quest'ultimo punto, contrariamente a quanto auspicato nelle EPR del 2020, i dati mostrano un numero considerevole di denunce di maltrattamenti, fisici o verbali, spesso a sfondo razziale o omofobo, posti in essere dagli agenti¹⁸.

La ragione di ciò si rinviene, probabilmente, nella condizione di stress e frustrazione, dovuti al carico lavorativo che grava sul personale penitenziario, lasciato impreparato a gestire correttamente situazioni conflittuali e costretto a relazionarsi con un numero eccessivo di detenuti che – a diritto – lamentano condizioni di vita degradanti e, conseguentemente, mal rispondono alle regole dell'istituto.

¹⁷ Il testo del *report* è disponibile a questo indirizzo.

¹⁸ V. C. Pagella, *Le carceri italiane*, cit.

A conferma di una simile condizione di disagio, si ricordano i drammatici dati raccolti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute che, di recente, ha segnalato plurimi episodi di suicidi da parte della polizia penitenziaria, ritenendo di dover addurre tra le cause di questi atti estremi una «situazione segnata da una serie di criticità strutturali, gestionali e numeriche, rese ancora più evidenti in questi ultimi tempi dall'emergenza sanitaria in atto»¹⁹.

Si ritiene pertanto importante, in un'ottica di miglioramento della convivenza nelle case circondariali, che l'Amministrazione spenda alcune risorse economiche e professionali per monitorizzare sistematicamente e periodicamente anche le condizioni psico-fisiche del personale impiegato negli istituti di pena.

Tornando, dunque, alle innovazioni di questa sezione del documento, va menzionata la nuova lettera b) alla regola 83, in tema di gestione ed organizzazione delle case circondariali.

Nel ribadire la necessità di disporre di elevati livelli operativi, si è posto l'accento su un aspetto tralasciato nel 2006, concernente la capacità di adattamento a situazioni emergenziali e la prontezza nel porre i correttivi necessari, al tempo stesso essendo in grado di ristabilire i normali assetti, una volta che sia venuta meno la contingenza.

Nonostante l'a-specificità della regola non offra precise direttive agli Stati, si può apprezzare l'invito del Consiglio d'Europa a modificare le leggi nazionali penitenziarie, tenendo conto della possibilità che situazioni di estrema emergenza – come quella verificatasi negli scorsi mesi – necessiti di interventi celeri e decisioni efficaci, seppur temporanee.

2.3. Il monitoraggio degli istituti di pena e lo status di detenuto.

Gli ultimi aspetti sui quali i membri del Comitato dei Ministri hanno inteso apportare modifiche, riguardano le regole in tema di ispezione e monitoraggio delle carceri, contenute nella parte VI del documento.

Dopo il richiamo ai controlli degli istituti penitenziari da parte di enti governativi (regola 92), il nuovo testo dedica più ampio spazio all'attività di monitoraggio da parte di organismi indipendenti, designati a valutare, di volta in volta, e senza un necessario preavviso, che siano rispettati gli *standard* qualitativi delle carceri, richiesti dalle legislazioni nazionali, dal diritto internazionale e dalle stesse EPR. In particolare, è data loro la facoltà di controllare ogni luogo della casa circondariale e accedere a qualsiasi registro, compresi quelli riguardanti i reclami dei detenuti.

¹⁹ Cfr. il rapporto del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 24 agosto 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*. Più in generale, sul tema dei suicidi da parte degli agenti di polizia penitenziaria, si veda P. Buffa, *Il suicidio del personale del Corpo di Polizia penitenziaria*, in *questa rivista*, 31 luglio 2019.

Anche le disposizioni successive sono volte ad incoraggiare tali ispezioni, consentendo agli ospiti e al personale di comunicare quanto a loro conoscenza, senza dover subire eventuali sanzioni disciplinari.

La parte VI termina con l'invito alla pubblicità e alla collaborazione tra gli organismi di controllo, le agenzie internazionali e le autorità nazionali, al fine di offrire livelli qualitativamente sempre più alti di gestione degli istituti di pena.

Le sezioni VII e VIII non presentano, al contrario, elementi di novità rispetto al testo del 2006.

La prima (dalla regola 94.1 alla regola 101) si occupa di regolare la vita nel carcere degli imputati, definendo il loro *status* e suggerendo di differenziare, ove possibile, il loro trattamento da coloro che sono già stati condannati: a tale fine, ad esempio, gli deve essere consentita la possibilità di alloggiare in celle singole o di indossare indumenti propri e ad aver diritto ad un numero maggiore di visite rispetto agli altri detenuti.

Sulla scia di quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte Edu, tali facoltà rispecchiano la volontà di applicare il principio di presunzione di non colpevolezza – ben noto al nostro ordinamento – anche ai detenuti non ancora condannati, in via definitiva, mediante la sentenza di un'autorità giudiziaria²⁰.

Per quanto riguarda l'Italia, osta al rispetto di queste ultime regole la presenza di una percentuale altissima (soprattutto rispetto a molti paesi europei) di detenuti in attesa di giudizio ovvero di condannati con sentenza ancora non divenuta definitiva²¹.

Il dato preoccupa non solo per l'incapacità dell'Amministrazione di rispondere all'esigenza di differenziazione del trattamento tra ospiti con posizioni giuridiche diverse, ma anche perché un così alto numero di imputati in carcerazione preventiva contribuisce negativamente al sovraffollamento carcerario del Paese²².

Da ultimo, senza introdurre novità, nella parte VIII delle EPR, viene disciplinato lo *status* e il regime dei condannati, richiamando l'obiettivo cui deve tendere la permanenza intramuraria e incoraggiando ogni attività (scolastica, lavorativa o di altro genere), che possa fungere da stimolo ad un positivo ripensamento degli agiti commessi e al graduale riavvicinamento con la comunità (regole 102.1-107.5).

Come anticipato, anche le nuove Raccomandazioni contengono, nella parte IX, una regola di chiusura che invita a futuri aggiornamenti delle stesse, rimarcando l'attenzione dei redattori del testo ai cambiamenti e all'evoluzione sociale e culturale.

²⁰ Una su tutte, Corte Edu, 15 febbraio 2002, Iwanczuk c. Polonia, n. 25196/94, in www.refworld.org.

²¹ Secondo i dati riportati dal Ministero della Giustizia e aggiornati al 31 agosto 2020, a fronte di un totale di quasi 54.000 detenuti, il numero degli imputati raggiungerebbe le 9.344 unità, cui si aggiungerebbero 8.366 condannati con sentenza non definitiva; secondo altre fonti, peraltro, il nostro Paese sarebbe il quinto in Europa per numero di detenuti ristretti in carcere senza sentenza definitiva, dietro solamente a Lussemburgo, Paesi Bassi, Danimarca e Belgio. Sul punto cfr. *Detenuti presenti – aggiornamento al 31 agosto 2020*, in giustizia.it; European Prison Observatory, *Carceri d'Europa. Rapporto 2019 sulle carceri ed i sistemi penitenziari europei*, in antigone.it, 2019, pp. 11-12.

²² Per il dato v., *Detenuti presenti italiani e stranieri. Anni 1991-2019*, in giustizia.it.

3. Considerazioni conclusive.

Valutata complessivamente, la riforma del 2020 ha registrato una portata innovativa inferiore, rispetto al documento del 2006. Come si è visto, difatti, i redattori hanno preferito lasciare intatte diverse sezioni, apportando modifiche prevalentemente alle regole in materia di registri e gestione dei fascicoli del detenuto e in tema di trattamento speciale per le donne e per gli stranieri; più incisivo è stato il ripensamento delle misure speciali di alta sicurezza, del confinamento e dei mezzi di contenzione dei detenuti pericolosi, nonché quello dell'organizzazione del personale penitenziario e il monitoraggio degli istituti.

Indipendentemente dalle specifiche innovazioni del testo, sembra possibile formulare alcune considerazioni in merito alla concreta possibilità di fare seguito tanto alle nuove, quanto alle più risalenti disposizioni.

Infatti, a fronte delle difficoltà, che erano state riscontrate dagli Stati membri nell'applicabilità delle EPR del 2006, dovute, probabilmente alle molteplici criticità dei modelli organizzativi, il ripensamento di queste avrebbe forse dovuto toccare piuttosto indicazioni – ancorché non strettamente vincolanti – in merito alle concrete modalità di attuazione delle buone pratiche penitenziarie.

Per quanto riguarda l'Italia (ma il medesimo discorso può condividersi per altri paesi appartenenti alla Grande Europa), la manifestazione più eclatante di tale criticità concerne la materia – rimasta invariata nel nuovo testo – delle condizioni di alloggio, della gestione degli spazi comuni, della luce e dell'aria all'interno delle celle e, in generale, degli istituti. Tali problematiche, come si vedrà, si riversano sull'intera disciplina penitenziaria.

Il sovraffollamento rappresenta, infatti, il principale limite di molte carceri italiane che, per questa ragione, sono state oggetto di diverse denunce – e conseguenti condanne – che lamentavano la violazione degli *standard* minimi a permettere una permanenza in istituto quantomeno dignitosa.

La Corte Edu, difatti, chiamata ad esprimersi in più occasioni, ha riconosciuto che le condizioni igieniche nonché lo spazio a disposizione dei detenuti italiani (talvolta inferiore ai 3 metri quadrati) violassero l'art. 3 della C.E.D.U., in quanto rappresentativi di un trattamento di pena disumano²³.

I giudici di Strasburgo, peraltro, nel condannare il Paese, hanno denunciato la non saltuarietà del malfunzionamento degli istituti italiani, rilevando come la cronicità del problema avrebbe potuto dare adito a nuove denunce da parte di altri detenuti, così sollecitando celeri risposte.

²³ Su tutte: Corte Edu, Torreggiani e altri c. Italia, (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10), in *camera.it*, 8 gennaio 2013.

Ciononostante, anche i dati più recenti, non dimostrano un *trend* in miglioramento²⁴.

Pare pertanto impossibile, allo stato attuale, ipotizzare il rispetto assoluto da parte dell'Italia dei moniti giunti delle DPR.

Le ragioni a monte sono diverse e difficilmente potrebbero trovare un'adeguata risposta nel mero adeguamento del legislatore italiano alle direttive del Consiglio d'Europa.

In primo luogo, la carenza di risorse economiche, necessarie a dotare le strutture di pena dei mezzi idonei a garantire *standard* di soggiorno qualitativamente più elevati, nonché a fornire un numero equo di personale penitenziario in rapporto agli ospiti detenuti, rende, per il condannato, più gravosa e afflittiva l'esecuzione della pena detentiva e, per i dipendenti, particolarmente stressante l'attività lavorativa, con le conseguenze sopra ricordate.

Al sovraffollamento degli istituti di pena contribuisce poi, come anticipato, l'elevatissimo numero di soggetti in attesa di giudizio. Pare chiaro che la questione attiene all'efficienza della giustizia e prescinde dall'organizzazione delle carceri, le quali possono esclusivamente cercare – come auspicato nel documento in parola – di differenziare quanto più possibile il loro trattamento da coloro che hanno già subito una condanna definitiva.

In tale quadro, infine, la scarsa fiducia al ricorso a misure alternative alla detenzione comporta l'ingresso in carcere – seppur per un breve lasso di tempo – di un importante numero di condannati per pene detentive brevi.

Ciò, peraltro, non si riflette esclusivamente nella saturazione degli istituti di pena ma contribuisce a stigmatizzare inutilmente il reo, confliggendo con la primaria esigenza di rieducazione e risocializzazione, nonché facilitando il percorso della reiterazione.

Pertanto, un primo passo nel senso della riduzione del sovrappopolamento degli istituti, potrebbe tradursi nel rispetto costante del principio di *extrema-ratio* della detenzione nella scelta esecutiva, nell'ottica di un ricorso sempre maggiore a percorsi penali esterni maggiormente individualizzanti e meno segreganti del carcere.

Si ritiene, da ultimo, di dover spendere alcune parole in merito alla scelta di non apportare modifiche circa le regole sul distanziamento e sulle norme igienico-sanitarie degli istituti di pena.

Questo, nonostante lo stesso Consiglio d'Europa, in un'analisi effettuata lo scorso giugno, avesse posto in evidenza l'impatto che la diffusione del Covid-19 ha avuto anche sulle carceri²⁵.

²⁴ Secondo i dati del Ministero della Giustizia, al 29 febbraio 2020, i soggetti ristretti in carcere contavano 61.230 unità, a fronte di una capienza regolamentare delle carceri pari a 50.931 posti; cfr. *agi.it*.

²⁵ Cfr. M. F. Aebi, M. M. Tiago, *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the short-term impact of the COVID-19 on prison populations*, in *Space, council of Europe Annual Penal statistics*, 18 giugno 2020.

In particolare, dai dati ottenuti dal rapporto – che analizza il *trend* della popolazione carceraria europea dal 1° gennaio al 15 aprile 2020 – in tale lasso di tempo sono stati rilasciati oltre 128.000 detenuti di venti Stati membri.

I provvedimenti si sono resi necessari, al fine di contenere o ridurre la diffusione dell'epidemia all'interno degli istituti di pena, in considerazione del fatto che tali strutture in alcun modo si sono dimostrate in grado di consentire il distanziamento sociale imposto dai governi (eccezione fatta per la Svezia), nei mesi di "lockdown".

A dimostrazione di ciò, la stragrande maggioranza delle amministrazioni penitenziarie avevano denunciato la diffusione del virus all'interno delle carceri (l'Italia, tra queste, fa parte dei quindici paesi in cui sia il personale penitenziario che alcuni ospiti detenuti avevano contratto la malattia).

Sempre secondo tale documento, gli Stati che, per primi, hanno dovuto adottare questi provvedimenti, corrispondono essenzialmente a due profili: da un lato quelli il cui ordinamento presenta un basso livello di punibilità (come i Paesi scandinavi o i Paesi Bassi), dall'altro, gli Stati le cui amministrazioni penitenziarie lamentano, da tempo, il sovraffollamento delle case circondariali (tra questi, ad esempio, l'Italia, la Spagna e la Francia).

Tanto premesso (e fermo restando l'inciso di cui alla regola 83), ci si può auspicare che l'attuale silenzio delle DPR, in merito agli opportuni comportamenti igienico-sanitari da adottare in casi di emergenza, potrebbe rendere necessari nuovi ripensamenti del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, atti a fornire direttive più specifiche per contrastare il sovraffollamento carcerario, che vadano oltre il generico rinvio alle singole normative nazionali.

Al tempo stesso, rimane la consapevolezza che le fonti esterne non possano da sole ritenersi risolutive di una patologia cronicizzata, come quella che caratterizza molti istituti di pena italiani da ben prima della diffusione della pandemia.

Bibliografia.

M. F. Aebi, M.M. Tiago, *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the short-term impact of the COVID-19 on prison populations*, in *Space, council of Europe Annual Penal statistics*, 18 giugno 2020.

J. Bergeron, *Relazione sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione*, in *europarl.europa.eu*, 6 luglio 2017.

P. Buffa, *Il suicidio del personale del Corpo di Polizia penitenziaria*, in *questa rivista*, 31 luglio 2019.

L. Caraceni, M. G. Coppetta (a cura di), *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. Commento al d.lgs. 2 ottobre, n. 121*, Giappichelli Editore, 2019.

CDPC, PC-CP, *Revised commentary to Recommendation CM/REC (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European prison rules*, 2018.

M. Creténot, *Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria*, Antigone Edizioni, 2013.

Dip. amm. pen., *Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, Ministero della Giustizia, 2007.

European Prison Observatory, *Carceri d'Europa. Rapporto 2019 sulle carceri ed i sistemi penitenziari europei*, in *antigone.it*, 2019.

G. Fabini, *Donne e carcere: quale genere di detenzione*, 2017, in *antigone.it*.

C. Pagella, *Le carceri italiane sotto la lente del Consiglio d'Europa: il report del CPT sulle visite alle carceri di Biella, Milano Opera, Saluzzo e Viterbo e la replica del Governo italiano*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2020.

R. Zunino, *41-bis: perquisizioni, isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare*, in *Giurisprudenza penale*, 8 gennaio 2020.

Riflessione

— Amianto/2: giudici poco coraggiosi e un assurdo diritto all'oblio

Asbestos/2: judges who lack courage and an absurd right to be forgotten

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in Il Fatto Quotidiano, [il 10 settembre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

Amianto: da quanto tempo sappiamo?

Questa strage era prevedibile ed evitabile? Dipende.

La prevedibilità dipende dai tempi della evoluzione delle conoscenze scientifiche sulla dannosità e poi sulla cancerogenicità dell'amianto e l'evitabilità dalla volontà di porvi rimedio.

Mi limito all'essenziale anche perché l'essenziale basta ed avanza.

1. **Le prime conoscenze sulla pericolosità dell'amianto e la sua idoneità a provocare l'asbestosi risalgono ai primi del '900**, più precisamente nel 1906 quando, in occasione del Primo Congresso Internazionale per le malattie del lavoro, che si tenne a Milano, venne evidenziato il rischio morbigeno legato all'esposizione a polveri e fibre di amianto. Nel corso di tale Congresso, il prof. Luigi Scarpa esponeva i risultati degli studi che lo stesso aveva condotto tra il 1892 e il 1906. In particolare, il prof. Scarpa riferiva di aver trovato registrati al Policlinico Generale di Torino, dal 1894 al 1906, trenta operai addetti all'industria dell'amianto (sia in miniera, sia nella fabbricazione dei tessuti), ventinove dei quali erano deceduti – in meno di un anno dalla prima visita – per tubercolosi polmonare

con andamento “galoppante”, e osservava come ciò giustificarsi “per lo meno come grido di allarme il sospetto che l’industria dell’amianto costituisca, forse a motivo dello speciale pulviscolo cui dà luogo, una delle occupazioni più perniciose...e che si impongano speciali misure di igiene e speciali condizioni di lavoro per gli operai che si adibiscono”.

2. Le prime evidenze sulla correlazione tra esposizione ad amianto e tumore polmonare iniziano negli anni '40, ma la comunità scientifica non riconobbe l'amianto come fattore di rischio per il tumore al polmone fino alla pubblicazione dello studio di Richard Doll del 1955 (“Mortality from Lung Cancer in Asbestos Workers”, in Br. J. Ind. Med., 12: 81-86);

3. Il primo studio che individua il mesotelioma tra le possibili patologie associate all’esposizione ad amianto è stato pubblicato da H.W. Wedler nel 1943 (Wedler HW, Asbestose and lungenkrebs, in Deutsche Med Wochenschr, 1943; 69:575-576), anche se l’associazione fra l’esposizione ad amianto e il mesotelioma viene riconosciuta dalla comunità scientifica solo a seguito dell’articolo di Wagner del 1960 (Wagner J.C. e al., Diffuse pleural mesothelioma and asbestos exposure in the north western Cape Province, in Brit. J. Ind. Med, 1960, 17:260-271) nel quale viene descritta una proliferazione di casi di mesotelioma fra i minatori che estraevano la crocidolite in Sud Africa.

4. L’evento internazionale nel quale è stato definitivamente e ufficialmente affermato il potere cancerogeno dell’amianto per il polmone (carcinoma) e per la pleura (mesotelioma) è il rapporto del gruppo di lavoro su Asbesto e Cancro sponsorizzato dall’Unione Internazionale Contro il Cancro, presentato nel 1964 alla conferenza della “New York Academy of Sciences” e pubblicato nel 1965.

5. Con riguardo all’Italia, l’evento di riferimento è identificato nel “Congresso Nazionale della Società Italiana di Medicina del Lavoro” del 1971, durante il quale Rubino e altri colleghi esposero i primi casi di mesotelioma pleurico verificatisi in provincia di Alessandria, nell’indotto del cemento – amianto.

6. 1973: l’International Agency for Research on Cancer (IARC) dell’Organizzazione mondiale della sanità, nella sua prima monografia sull’amianto (IARC, *Some inorganic and organometallic compounds*, in IARC *Monogr Eval Carcinog Risk Chem Man*, 1973, vol. 2, 1–181), dà evidenza dell’associazione tra cancro polmonare e mesotelioma pleurico con l’amianto, concludendo per la “sufficiente evidenza” della sua cancerogenicità per i lavoratori addetti alla manipolazione di materiali in amianto.

7. 1977 la IARC classifica l'amianto tra gli agenti cancerogeni per l'uomo.

Il *data base* completo delle evidenze scientifiche sull’amianto dopo il 1977 è fatto di decine di migliaia di articoli pubblicati su riviste scientifiche internazionali e nazionali.

Giudici coraggiosi (pochi) e giudici meno coraggiosi (quasi tutti).

La storia d’Italia è costellata di più o meno oscure stragi di cui tanto parliamo. La strage dell’amianto di cui, invece, non parliamo proprio, di quelle è assai più grave.

I PM e i Giudici si sono avveduti però solo da una ventina d’anni che il diritto penale poteva essere usato per punire le morti connesse all’uso dell’amianto.

Eppure Giudici coraggiosi avevano già celebrato processi, addirittura nel lontano 1906.

Agli inizi del '900, in Piemonte, si celebrò uno storico processo nell'ambito del quale venne appurato come l'esposizione a polvere di amianto fosse mortale.

In sintesi, nella primavera del 1906 le società Bender & Martiny e The British Asbestos Company Limited, operanti nell'area di Nole Canavese, programmarono una ristrutturazione aziendale che non incontrò il favore degli operai e delle operaie. Ne conseguirono scioperi e in quell'occasione il giornale *Il progresso del Canavese e delle valli di Stura*, edito a Ciriè, si schierò dalla parte dei lavoratori pubblicando diversi articoli in cui si faceva, anche riferimento alla pericolosità delle polveri di amianto per la salute e alla riduzione delle aspettative di vita degli esposti.

In particolare, il giornale aveva affermato che "l'industria dell'amianto fa annualmente un numero incredibile di vittime e che dalle tavole necrologiche di quel comune appare che con triste frequenza operai e operaie dell'amianto muoiono per tisi, anemia o per gastroenterite".

The British Asbestos Company Limited chiese al giornale una rettifica circa la pericolosità delle fibre; il giornale pubblicò il 23 giugno 1906 la richiesta di rettifica, a cui non venne dato alcun seguito, commentando, anzi, che "anche a costo di suscitare gli sdegni della Compagnia abbiamo sempre affermato che le domande operaie erano giuste dato il genere di industria che annualmente fa un numero incredibile di vittime".

The British Asbestos Company Limited reagì citando in giudizio l'Avv. Pich e il Sig. Mariani, rispettivamente direttore e gerente del giornale, presso il tribunale di Torino per chiederne la condanna al risarcimento dei presunti danni sostenendo che non fosse vero quanto da loro dichiarato e cioè che "l'industria dell'amianto fa annualmente un numero incredibile di vittime e... dalle tavole necrologiche di quel Comune appare che con triste frequenza operai ed operaie dell'amianto muoiono per tisi, anemia, o gastro-enterite".

In sede di giudizio fu dimostrato, attraverso un certificato del Sindaco di Nole Canavese, un'elevata mortalità nel periodo 1902-1906 fra gli operai dell'amianto ivi residenti. Inoltre, dai certificati medici emerse che gli operai di Nole Canavese addetti alla lavorazione dell'amianto erano soggetti a bronco-polmoniti dovute alle "aspirazioni di quel minerale" poiché "è cosa da tempo risaputa che gli operai dove si lavora l'amianto si ammalano più facilmente, in confronto degli operai che frequentano altri stabilimenti [...] di malattie croniche delle vie respiratorie e in conseguenza di enfisema, di tubercolosi polmonare".

Il Tribunale di Torino, seconda Sezione Civile, con Sentenza del 22.10.1906 n. cron. 8688 (n. rep. 9914 -Archivio di Stato di Torino), rigettò la domanda risarcitoria assolvendo Pich e Mariani poiché "**purtroppo disse il vero il Progresso del Canavese circa alla mortalità degli operai [...]**"; lo scrittore ha detto il vero, sette morti per tisi e uno per bronco-polmonite sui soli operai dell'amianto, contro 17 degli operai di tutte le altre industrie, che formano quasi il quintuplo dei primi, è pur un qualche cosa che il giornalista poteva dire impressionante [...]. E l'avvocato Pich fu esatto anche quando scrisse che la mortalità in

genere è maggiore fra li operai dell'amianto che fra quelli delle altre industrie; i certificati prodotti lo provano in modo veramente irrefutabile".

La Corte di Appello di Torino, cui ricorse The British Asbestos Company Limited, confermò la sentenza di primo grado evidenziando come anche il consulente di parte attrice non aveva potuto smentire le affermazioni di Pich e Mariani.

In particolare, nella sentenza si afferma che: "Posciaché la circostanza che la lavorazione di qualsiasi materia che sprigioni delle polveri [...] aspirate dall'operaio, sia dannosa alla salute, potendo produrre con facilità dei malanni, è cognizione pratica a tutti comune, come è cognizione facilmente apprezzabile da ogni persona dotata di elementare cultura, che l'aspirazione del pulviscolo di materie minerali silicee come quelle dell'amianto [...] può essere maggiormente nociva, in quanto le microscopiche molecole volatizzate siano aghiformi od almeno filiformi ma di certa durezza e così pungenti e meglio proclivi a produrre delle lesioni ed alterazioni sulle delicatissime membrane mucose dell'apparato respiratorio".

Pertanto, indipendentemente dal fatto che allora le conoscenze non consentivano ancora di diagnosticare il mesotelioma e il tumore polmonare, già da inizio novecento, almeno in Piemonte, era noto anche alla cronaca che le lavorazioni che espongono a fibre di amianto aerodisperse sono nocive per la salute, anzi mortali.

Il lungo diritto all'oblio concesso dal diritto penale agli stragisti dell'amianto.

E poi? Poi più nulla o quasi, per molto tempo.

PM e Giudici, dopo gli eroici inizi, sonnecchiarono per molti decenni mentre intorno a loro uomini e donne morivano muoiono e moriranno di amianto.

Essi stessi, però, nelle requisitorie e nelle sentenze, scrivono che per la scienza il fatto che l'amianto causasse il mesotelioma della pleura – e forse altri tipi di tumore – era certo (o quasi) almeno dagli anni '60 del secolo passato e, come abbiamo visto, la conoscenza scientifica risale anche più indietro nel tempo.

C'è anche di più.

Nei processi penali l'accusa esibisce documenti che provano che in riunioni, nemmeno segrete, ministri di governi sapevano dagli anni '70 quel che c'era da sapere*, e d'accordo con le associazioni delle imprese, **si presero la responsabilità politica di giudicare che rimuovere l'amianto, che era ubiquitario, cioè era ovunque, non solo nelle fabbriche, ma**

* Il riferimento corre al documento prodotto dalla Pubblica Accusa nell'ambito dei procedimenti penali Eternit e Olivetti, nel quale sono sintetizzati gli esiti di una riunione, tenutasi il 17 novembre 1978 presso l'Assocemento di Roma, in cui si discuteva della proposta di legge per la regolamentazione sull'amianto. Secondo quanto riportato nel documento, i rappresentanti dell'ENPI (Ente Nazionale Prevenzione Infortuni) avrebbero aderito a una serie di "sollecitazioni" provenienti dall'allora presidente di Confindustria allo scopo di "rallentare" l'emanazione dei valori limite per le polveri, incluso l'amianto. Nel documento si precisa, altresì, che tale fatto sarebbe stato confermato anche dall'allora ministro della Sanità, l'on. Tina Anselmi.

anche nelle chiese, nelle scuole, nei treni, nelle abitazioni di tutti noi, sarebbe stato troppo oneroso per un'economia capitalista ancora nella fase dell'accumulazione, cioè del "peccato originale di rapina".

Il 17 novembre 1978 presso l'Assocemento di Roma si è svolta una riunione in cui si discute di una proposta di legge per la regolamentazione dell'amianto. Dal resoconto della riunione emerge che il ministro del Lavoro e della previdenza sociale – Vincenzo Scotti – avrebbe affidato al Direttore generale del Ministero del Lavoro insieme al Direttore Generale del ministero dell'Industria e Sanità il compito di valutare la proposta di legge di concerto con i rappresentanti di categoria.

Emerge altresì che il ministero del Lavoro aveva richiesto all'ENPI (Ente Nazionale Previdenza Infortuni) di definire i limiti delle polveri di amianto, che il dott. Annibaldi rappresentante di Confindustria sarebbe intervenuto sull'ENPI al fine di rallentare l'emissione di tali limiti e che l'ENPI – dott. Maggio – "ha aderito a tale sollecitazione"; circostanza che, si legge nel resoconto della riunione, sarebbe stata confermata dall'allora ministro della Sanità Tina Anselmi.

L'invito a rallentare l'emissione di regole a salvaguardia del lavoro contro i mortali pericoli dell'amianto fu raccolto, come diremo tra un attimo, fino al 1992.

Le conoscenze relative alla pericolosità dell'amianto in capo all'ENPI, peraltro, possono essere fatte risalire già al 1939 e al 1940. In quegli anni, infatti, il prof. Vigliani, direttore dell'ENPI, pubblica i risultati di un'indagine condotta nel territorio torinese, descrivendo il primo caso di asbestosi in Italia relativo a un lavoratore di una manifattura di amianto (VIGLIANI E.C., *Asbestosi polmonare*, *Rass Med Indust X-6*, 1-12, 1939) e uno studio (*Studio sull'asbestosi nelle manifatture d'amianto*, ENPI Ed., collana n. 34 delle pubblicazioni degli Istituti di Medicina Industriale dell'ENPI, 1940) nel quale viene esaminato il rischio per i lavoratori dell'industria estrattiva e manifatturiera di amianto in Piemonte.

L'ENPI, prima denominato ANPI (Associazione Nazionale per la Prevenzione degli Infortuni) è ente di diritto pubblico a partire dal 1926 e svolge la propria attività sotto l'egida del ministero dell'Economia nazionale.

Il suo statuto è stato, infine, approvato su proposta del ministero per il Lavoro e la previdenza sociale, di concerto con il ministero per il Tesoro, per l'industria e il commercio, nel 1952 con il d.p.r. 1512. L'ENPI, persona giuridica pubblica, è sottoposto alla vigilanza del ministero del Lavoro.

Qualcuno ancor oggi dice che in Italia spira da sempre un vento anti impresa...

Il rischio di strage accettato. Il diritto penale silenziato.

Sebbene non esplicitamente detto, la conclusione allora condivisa – almeno da chi era stato invitato a quel tavolo per decidere (gli altri, quelli che morivano e che sarebbero morti per amianto non c'erano) – dovette essere che il prezzo in vite umane da pagare

poteva essere accettabile a fronte di un costo economico per rimuovere l'amianto ed impedire quelle morti che allora parve inaccettabile.

Il rischio di strage, anzi la certezza della strage, era serenamente accettata anche dal diritto penale e dal suo apparato di cosiddetta giustizia, per decenni corrivo agli interessi della grande industria ma anche della piccola e media.

La legge dello Stato proibì qualunque uso dell'amianto solo nel 1992 (Legge 27 marzo 1992, n. 257) e con non poche ambiguità poiché quella legge non vietava l'uso di quanto già prodotto e non imponeva la bonifica dei siti inquinati.

Probabilmente è dietro questo ombrello – la mancata previsione di puntuali obblighi di bonifica – che si è protetta la Cassazione quando – pur senza mai dirlo espressamente – ha dichiarato la morte per prescrizione del processo Eternit, negando – con tortuosi e quasi inintelligibili giri di parole – che il disastro ambientale potesse essere commesso anche per omissione, cioè a causa dell'omessa bonifica.

Se si fosse voluto si sarebbero potute trovare anche altre norme giuridiche nel sistema idonee a fondare l'obbligo giuridico di non uccidere mediante omissione della condotta riparatoria alla propria precedente condotta che avrebbe impedito la morte di molti esseri umani.

Forse si poteva cominciare coi X Comandamenti.

I PM e i Giudici hanno comunque cominciato a intravedere delitti di omicidio colposo nelle morti da amianto, ancora più tardi della legge dello Stato, un decennio dopo, più o meno, ma di quei delitti hanno chiamato a rispondere solo l'impresa capitalista, senza il coraggio di andare fino in fondo e incriminare chi, nello Stato, aveva agevolato l'impresa nella strage.

Pavidità comprensibile: **avrebbero dovuto incriminare PM e Giudici che avevano accettato di farsi silenziare per quasi tutto il XX secolo** e di non esercitare mai o quasi mai quell'azione penale che pure, Costituzione alla mano, sarebbe stato loro dovere esercitare.

Parliamo come detto di decine o centinaia di migliaia e migliaia di morti.

Perché chi governava allora l'apparato punitivo del diritto penale non vedeva nella legge il diritto penale che poi, nel XXI secolo, hanno visto, o meglio cominciato a intravedere, in modo ambiguo e altamente inadeguato, come diremo tra un momento?

Se il vecchio cane da guardia, il diritto penale, è stato quindi sguinzagliato con decenni di ritardo, approssimativamente solo nel nuovo millennio, dobbiamo capire perché.

È accaduto lo stesso nel celeberrimo e importantissimo processo al Petrolchimico di Porto Marghera, in cui il PM portò a processo il gotha della chimica italiana, pubblica e privata, per farli condannare per le morti di lavoratori causate dall'esposizione a cloruro di vinile monomero (che è la materia prima del PVC, cioè della plastica). Il PM scoprì nel processo che la cancerogenesi del CVM era nota in tutto il mondo dal 1973, che dopo

quella data le industrie del mondo provvidero ad abbattere i livelli di esposizione a CVM, così come scoprì che molti lavoratori erano stati esposti ad essa anche prima del 1973, e alcuni erano morti di una rarissima forma di tumore certamente ascrivibile all'esposizione, ma scoprì anche come tutti che nessun PM prima di lui aveva mai esercitato l'azione penale per contestare gli eventuali omicidi colposi commessi prima del 1973. Il processo, nato vent'anni dopo rispetto a quando sarebbe dovuto nascere, finì in una bolla di sapone. Era scontato. Quel PM, però, ha l'imperituro merito storico di aver inventato il disastro ambientale, usando per la prima volta l'art. 434 del codice penale. A suo modo fu una trovata di genio, sebbene anche in quel processo alla fine i Giudici non trovarono alcun fatto che potesse meritare quell'etichetta, se non la memoria di fatti accaduti forse decenni prima quando il diritto penale c'era e non c'era. Anche questo era scontato. La stessa bolla di sapone che esploderà – è già esplosa! – nei processi d'amianto.

(2/Continua)

Riflessione

— L'obiezione di coscienza del personale sanitario

Interruzione volontaria della gravidanza: Italia e Svezia a confronto

Healthcare personnel's conscientious objection

Voluntary termination of pregnancy: a comparison between Italy and Sweden

di Alessia Strigini

Abstract. L'obiezione di coscienza è il rifiuto di obbedire a una legge o a un comando dell'autorità, in quanto contrastante con i principi e le convinzioni personali, radicati nella propria coscienza. In Italia, è possibile fare obiezione di coscienza in relazione al servizio militare obbligatorio, ma anche in ambito scientifico contro la sperimentazione animale, e medico, in relazione all'interruzione volontaria della gravidanza (IVG). A questo proposito, però, il numero elevatissimo di obiettori di coscienza tra il personale sanitario nel Paese è stato individuato come una delle cause che rendono l'accesso a tale servizio molto difficile, soprattutto per le donne provenienti dalle aree rurali e/o che si trovano in una condizione socioeconomica precaria. Diametralmente opposta è la situazione in Svezia, dove non è previsto, per il personale sanitario, il diritto di sollevare obiezione di coscienza in relazione all'intervento abortivo, per garantire una piena tutela del diritto alla salute delle donne richiedenti.

Abstract. Conscientious objection is the fact of refusing to obey a particular order or rule or to do a particular type of work for moral or religious reasons. In Italy, it is possible to invoke conscientious objection with regard to military service, experiments on animals and abortion. In this respect, however, the high number of conscientious objectors among the medical personnel in the Country has been pointed out as one of the causes of the difficulties in accessing the service, especially for those women who come from rural areas and/or find themselves in a precarious situation. The situation in Sweden is diametrically opposed: there is no right for the medical personnel to abstain from performing an abortion in the name of conscientious objection, in the main interests of the protection of the right to health of those women who ask for an abortion.

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. Introduzione... – 2. ... in Italia. – 3. ... in Svezia. – 4. Il caso *Grimmark c. Svezia*: la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Considerazioni conclusive.

SUMMARY: 0. Premise. – 1. Introduction... – 2. ... in Italy. – 3. ... in Sweden. – 4. European Court of Human Rights, *Grimmark c. Sweden*. – 5. Concluding remarks.

0. Premessa.

La l. 22 maggio 1978, n. 194, che stabilisce la disciplina normativa dell'interruzione volontaria della gravidanza (IVG), riconosce espressamente il diritto, per il personale sanitario, di sollevare obiezione di coscienza rispetto alle attività necessariamente e specificamente dirette a provocare l'aborto, restando invece escluse l'assistenza antecedente e conseguente l'intervento, nonché quelle circostanze in cui l'azione dell'obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna, in imminente pericolo.

In campo medico, è prevista l'obiezione di coscienza anche nell'ambito delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), introdotte con la l. 22 dicembre 2017, n. 219: secondo il dettato normativo, il medico sarà esente da ogni obbligo professionale, quando le richieste del paziente siano contrarie alla deontologia professionale¹.

Una doverosa premessa riguarda l'inquadramento della questione dell'obiezione di coscienza nell'ambito della responsabilità professionale in campo sanitario, alla luce soprattutto dell'intervento normativo operato con la c.d. Riforma Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24), sulle *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*. Come è noto, la legge, in virtù del suo art. 6, introduce nel codice penale l'art. 590-sexies, rubricato *Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, il quale pone una causa di esclusione della punibilità quando – qualora i fatti di cui agli artt. 589 (omicidio colposo) e 590 c.p. (lesioni personali colpose) siano stati commessi nell'esercizio della professione sanitaria a causa di imperizia – siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge, se esse risultano adeguate alle specificità del caso concreto, ovvero le buone pratiche clinico-assistenziali.

Tale riforma risulta dunque incentrata sul rispetto delle "linee guida" o delle "buone pratiche"², in relazione alle quali l'art. 5 fornisce un'articolata puntualizzazione, facendo riferimento ai protocolli elaborati da enti e istituzioni pubbliche o private, nonché da società scientifiche o dalle associazioni tecnico - scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco del Ministero della Salute.

¹ L. 22 dicembre 2017, n. 219, art. 1.6: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

² Sul punto D. Pulitanò, *L'attività terapeutica*, in *Id.* (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. I, *Tutela penale della persona*, III Ed., Giappichelli, 2019, p. 40.

Orbene, per quanto riguarda l'eventuale responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente, si è visto che lo stesso testo normativo prevede l'esenzione del medico da ogni obbligo professionale, quando le richieste del paziente siano contrarie alla deontologia professionale: è possibile dunque affermare che ci si trovi di fronte, in questo caso, a una nuova forma di esclusione di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che si aggiunge a quella prevista dal menzionato art. 590-sexies c.p.

Manca, invece, qualsiasi previsione analoga con riferimento all'obiezione di coscienza di fronte all'interruzione volontaria della gravidanza. Come si è accennato, e come verrà approfondito nel presente contributo, secondo la normativa vigente il diritto di obiezione è tutelato entro lo stretto limite delle attività mediche dirette all'interruzione della gravidanza, esaurite le quali il medico obiettore non può opporre alcun rifiuto dal prestare assistenza alla donna. Né potrà astenersi dall'intervenire in quelle situazioni di particolare gravità, in cui la vita della paziente si trovi in imminente pericolo.

Potranno pertanto verificarsi, in alcune ipotesi, situazioni in cui non emerga con assoluta chiarezza il crinale tra intervento obbligatorio e non, dovuto, il primo, al precipitare della condizione sanitaria della paziente e tali, dunque, da escludere la sussistenza di un diritto all'obiezione.

È necessario richiamare, in proposito, l'intervento esegetico compiuto dalla Corte di Cassazione, al fine di chiarire alcuni dubbi interpretativi derivanti dall'applicazione della legge n. 24 del 2017, con una recente pronuncia delle Sezioni Unite del 2018³. È stato infatti affermato che l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico - chirurgica «a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve"), da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee - guida o dalle buone pratiche clinico - assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee - guida o di buone pratiche clinico - assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee - guida o buone pratiche clinico - assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico»⁴.

Per quanto concerne la materia trattata in questo contributo, potrebbe risultare configurabile l'ipotesi delineata *sub d)* laddove il medico obiettore, non ritenendo la situazione caratterizzata da un elevato livello di rischio, in contrasto con le indicazioni emergenti dalle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali, omettesse di intervenire, determinando in tal modo la morte della paziente.

³ Cass. pen., sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770. Per un'analisi completa della pronuncia, v. D. Pulitanò, *L'attività terapeutica*, cit., pp. 40 e 41.

⁴ *Idem*.

1. Introduzione...

Il termine obiezione deriva dal latino *obiectio-onis*, che significa contrapposizione, rifiuto. Nel nostro ordinamento, l'obiezione di coscienza è il rifiuto di obbedire a una legge o a un comando dell'autorità, in quanto contrastante con i principi e le convinzioni personali, radicati nella propria coscienza.

L'obiettore di coscienza è dunque il cittadino che al dovere di prestare servizio militare contrappone il proprio rifiuto all'uso delle armi e alle attività a esse collegate; è il ginecologo o l'anestesista che si rifiuta di effettuare un intervento di interruzione volontaria della gravidanza; è il ricercatore che ripudia la sperimentazione sugli animali.

Nell'ambito dell'Unione europea, 21 dei 27 Stati membri contemplano nel proprio ordinamento il diritto per il personale sanitario di sollevare obiezione di coscienza in relazione all'aborto⁵.

Ciò può influire tuttavia sull'effettiva prestazione del servizio: i dati disponibili sono pochi, ma basti pensare, a titolo di esempio, che in Croazia circa il 70% dei medici si dichiara obiettore di coscienza e parecchi ospedali nel Paese non sono più in grado di effettuare interventi abortivi⁶.

In Italia, la percentuale di professionisti sanitari che esercitano il diritto all'obiezione di coscienza è costantemente monitorata, secondo le disposizioni della l. n. 194 del 1978⁷, che ha introdotto nel Paese il diritto all'aborto: tale numero è risultato negli anni assai elevato, con evidenti riflessi sull'effettiva erogazione della prestazione sull'intero territorio nazionale. Per questo l'Italia è stata citata per ben due volte, in tempi recenti, davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali⁸, con l'accusa, da un lato, di aver violato il diritto alla salute delle donne richiedenti l'interruzione volontaria della gravidanza, anche sulla base di considerazioni discriminatorie legate in particolare alla regione di residenza, dall'altro di aver messo in atto un trattamento di tipo discriminatorio sul posto di lavoro, ai danni dei medici ginecologi non obiettori, rispetto ai colleghi obiettori. In entrambi i casi, la violazione dei rispettivi articoli della Carta Sociale Europea è stata ritenuta integrata.

⁵ European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Sexual and reproductive health rights and the implication of conscientious objection*, 2018, p. 97. Gli Stati membri dove è prevista l'obiezione di coscienza in relazione all'aborto sono: Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Germania, Estonia, Irlanda, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Ungheria, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia, Slovacchia.

⁶ European Parliament, cit., p. 101.

⁷ Art. 16: «Entro il mese di febbraio, a partire dall'anno successivo a quello dell'entrata in vigore della Presente legge, il Ministro della sanità presenta al Parlamento una relazione sull'attuazione della legge stessa e sui suoi effetti, anche in riferimento al problema della prevenzione.

Le regioni sono tenute a fornire le informazioni necessarie entro il mese di gennaio di ciascun anno, sulla base di questionari predisposti dal Ministro.

Analogamente presenta il Ministro di grazia e giustizia per quanto riguarda le questioni di specifica competenza del suo Dicastero».

⁸ European Committee of Social Rights, *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy* (no. 87/2012), 10.03.2014; European Committee of Social Rights, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy* (no. 91/2013), 11.04.2016.

Diametralmente opposta alla “nostra” è la situazione in Svezia, uno dei pochi Stati membri dell’Unione europea che non prevede, nel proprio ordinamento, il diritto all’obiezione di coscienza per il personale sanitario, dal momento che le necessità e i diritti dei pazienti sono considerati preminenti e le mansioni ospedaliere vengono organizzate e distribuite in funzione della massima efficienza del sistema sanitario. La mancata previsione del diritto all’obiezione di coscienza è stata oggetto di due giudizi⁹ davanti a organi europei: il primo, davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, e il secondo, conclusosi all’inizio del 2020, davanti alla Corte EDU. In entrambi i casi, a differenza di quanto avvenuto nel nostro Paese, non è stata riscontrata alcuna violazione.

Lo scopo di questo contributo è mettere a confronto due realtà, quella italiana e quella svedese, tra loro opposte in tema di diritto all’obiezione di coscienza con riguardo all’interruzione volontaria della gravidanza, per evidenziare come la mancata previsione della possibilità di dichiararsi obiettori, e quindi astenersi dall’effettuare interventi abortivi, possa non costituire una violazione dei diritti umani del personale sanitario, qualora si riveli necessaria al fine di garantire la tutela del diritto alla salute delle donne richiedenti l’intervento abortivo.

2. ... in Italia.

In Italia, la possibilità legale di interruzione volontaria della gravidanza è stata introdotta con la famosa l. 22 maggio, 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*. Questa permette alla donna, «che accusi [entro i primi novanta giorni] circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito»¹⁰, di rivolgersi a un consultorio pubblico, a una struttura socio-sanitaria messa a disposizione dalla regione, o ancora al suo medico di fiducia, al fine di interrompere volontariamente la gravidanza. Non è ammesso, quindi, richiedere un aborto senza fornire una motivazione; di fatto, però, la normativa lo permette in qualsiasi situazione, entro i primi 90 giorni.

Superato questo termine, alla donna sarà permesso abortire solo quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della stessa, ovvero quando siano stati accertati processi patologici tali, da determinare un grave pericolo per la sua salute fisica o psichica¹¹.

Insieme al diritto di abortire, all’art. 9 della l. n. 194 del 1978 viene introdotto anche quello, per il personale medico e sanitario, di scegliere se praticare o meno le attività

⁹ European Committee of Social Rights, *Federation of Catholic Families in Europe (FAFCE) v. Sweden* (no. 99/2013), 27.07.2015; Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. III, *Grimmark v. Sweden*, app. no. 43726/17, 11.02.2020.

¹⁰ L. 22 maggio 1978, n. 194, art. 4.

¹¹ *Idem*, art. 6.

specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza: il diritto, cioè, di sollevare obiezione di coscienza, tramite dichiarazione che può essere rilasciata (e revocata) in qualsiasi momento¹².

Tale diritto non è illimitato e lo stesso art. 9 vi pone alcune eccezioni. Innanzitutto, al par. 3, è previsto l'esonero per il personale medico e sanitario solo dal praticare le attività direttamente finalizzate a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dal prestare l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento. Un rifiuto in tal senso potrà integrare gli estremi del delitto di rifiuto di atti d'ufficio ex art. 328 c.p.: così ha ritenuto la Corte di Cassazione con riguardo a un medico obiettore di coscienza che, chiamato ad assistere una paziente, precedentemente sottoposta a intervento abortivo mediante somministrazione farmacologica da un altro professionista, si era rifiutato di visitarla e assisterla nel "secondamento" (la fase espulsiva), nonostante le richieste di intervento dell'ostetrica, preoccupata per i possibili rischi di emorragia, e i successivi ordini di servizio impartiti telefonicamente dal primario e dal direttore sanitario. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto integrato il delitto ex art. 328 c.p. «dal momento che il rifiuto ha riguardato un atto sanitario, peraltro richiesto con insistenza da personale infermieristico e medico, in una situazione di oggettivo rischio per la paziente che non aveva ancora espulso la placenta [...] il medico ha comunque l'obbligo di recarsi immediatamente a visitare il paziente al fine di valutare direttamente la situazione, soprattutto se a richiedere il suo intervento sono soggetti qualificati – come è accaduto nella specie –, in grado cioè di valutare la effettiva necessità della presenza del medico; peraltro, che fosse necessario un medico è dimostrato dal fatto che, dopo il rifiuto dell'imputata, è dovuto intervenire il [...] primario del reparto e obiettore anch'egli, che l'ha assistita nella fase finale del secondamento eseguita manualmente»¹³.

Sul punto, la Corte ha dunque precisato che «la legge tutela il diritto di obiezione entro lo stretto limite delle attività mediche dirette all'interruzione della gravidanza, esaurite le quali il medico obiettore non può opporre alcun rifiuto dal prestare assistenza alla donna. D'altra parte, il diritto all'aborto è stato riconosciuto come ricompreso nella sfera di autodeterminazione della donna e se l'obiettore di coscienza può legittimamente rifiutarsi di intervenire nel rendere concreto tale diritto, tuttavia non può rifiutarsi di intervenire per garantire il diritto alla salute della donna, non solo nella fase conseguente all'intervento di interruzione della gravidanza, ma come si è visto, in tutti i casi in cui vi sia un imminente pericolo di vita»¹⁴.

¹² Quello di sollevare obiezione di coscienza è, in Italia, un diritto costituzionalmente garantito, sulla base di una lettura combinata degli artt. 2, 3, 13 e 19 Cost., non solo quindi in relazione all'interruzione volontaria della gravidanza. Il legislatore era già intervenuto per la disciplina dell'obiezione di coscienza in relazione al servizio militare obbligatorio, ora soppresso, con la l. 15 dicembre 1972, n. 772 (c.d. Legge Marcora), seguita dal relativo regolamento di attuazione di cui al d.P.R. 28 novembre 1977, n. 1139 (*Norme di attuazione della legge 15 dicembre 1972, n. 772, sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza*), che permetteva agli obiettori di scegliere il servizio civile sostitutivo obbligatorio, di durata di 8 mesi superiore alla durata del servizio militare (motivo di censura da parte della Corte Costituzionale, con sentenza 19 luglio 1989, n. 470).

Rilevano, poi, la disciplina di cui alla l. n. 413 del 1993, in tema di obiezione di coscienza alla sperimentazione animale, e quella dell'art. 16 della l. n. 40 del 2004, che riconosce l'obiezione di coscienza alla procreazione medicalmente assistita.

¹³ Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2013, n. 14979, par. 4.2.

¹⁴ *Idem*, par. 4.1.

E difatti, come espressamente stabilito dall'art. 9 par. 5 della l. n. 194 del 1978, qualora l'intervento di un obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo, questi non potrà invocare l'obiezione di coscienza ed esimersi dall'intervenire. Infine, è posto l'obbligo per gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate di assicurare lo svolgimento effettivo degli interventi di interruzione della gravidanza; spetta alla Regione di riferimento controllare e garantire l'attuazione, anche attraverso la mobilità del personale¹⁵.

A seguito dell'introduzione della l. n. 194 del 1978, secondo i dati ISTAT, il picco del numero di interventi di interruzione di gravidanza praticati in un anno è stato raggiunto nel 1982, con 234.593 aborti; è poi progressivamente sceso, arrivando a quota 80.733 nel 2017¹⁶. La riduzione del numero di gravidanze indesiderate, conseguente alla diffusione dei metodi di contraccezione, rappresenta sicuramente un fattore determinante di questo andamento.

Eppure, non può essere considerato ininfluenza il fatto che, al contrario, il numero di obiettori di coscienza sia aumentato. Nel 2017, il 68,4% del totale dei ginecologi italiani era obiettore¹⁷, con un notevole divario nella distribuzione a livello regionale: tra i numeri più elevati, il Molise con il 96,4% di ginecologi obiettori, la Basilicata con l'88,1%, la Provincia autonoma di Bolzano con l'85,2% e la Sicilia con l'83,2%; all'estremo opposto si colloca invece la Valle d'Aosta, dove appena il 17,6% dei ginecologi a livello regionale è composto da obiettori di coscienza¹⁸.

Per quanto riguarda il personale non medico e gli anestesisti, la percentuale di professionisti obiettori di coscienza nel 2017 in Italia era, rispettivamente, del 38,9% e del 45,6%¹⁹.

Come emerge dai dati riportati, dunque, in alcune Regioni di Italia l'accesso all'intervento di interruzione volontaria della gravidanza è, di fatto, praticamente impossibile.

La l. n. 194 del 1978 pone per gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate l'obbligo di assicurare lo svolgimento effettivo degli interventi di interruzione della gravidanza, eppure, come emerge dalla relazione del Ministero della Salute, il servizio è disponibile solo nel 64,5% delle strutture che hanno un reparto di ostetricia e/o ginecologia²⁰.

¹⁵ *Idem*, art. 9, par. 4.

¹⁶ Ministero della Salute, *Relazione del Ministero della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza*, dati definitivi 2017, Roma, 31 dicembre 2018, p. 11. Disponibile su: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2807_allegato.pdf.

¹⁷ *Idem*, p. 46.

¹⁸ *Idem*, tabella 28.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Idem*, p. 47.

Tra quelle in cui il servizio non è disponibile, si segnala il caso peculiare del Policlinico Universitario Campus Bio-Medico di Roma, presso il quale, come dichiarato dalla Carta delle finalità dell'istituto, vi è, di fatto, l'obbligo per studenti e docenti di praticare l'obiezione di coscienza e nei corsi di specializzazione non vengono impartiti insegnamenti relativi a metodi di contraccezione, aborto e manipolazione degli embrioni²¹.

I dati registrati dall'ISTAT con riferimento al 2017, peraltro, riflettono una tendenza che si è accentuata nel Paese nel corso degli anni, suscitando, soprattutto nell'ultimo decennio, non poche preoccupazioni riguardo alla possibilità concreta di abortire, in maniera omogenea, su tutto il territorio nazionale.

Tali preoccupazioni, tutt'altro che astratte, sono sfociate in ben due giudizi davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, nei quali l'Italia è stata convenuta per violazione dell'art. 11 (diritto alla protezione della salute) della Carta Sociale Europea²², proprio per la mancata garanzia dell'accesso all'interruzione di gravidanza.

Nel caso *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012), l'IPPF EN sosteneva che, a causa dell'elevato numero di obiettori di coscienza tra il personale medico e non, l'obbligo di assicurare l'esecuzione effettiva degli interventi di interruzione della gravidanza, posto dall'art. 9 par. 4 della l. n. 194 del 1978 a carico degli enti ospedalieri e delle case di cura autorizzate, non fosse stato rispettato nella pratica, integrando una violazione del diritto alla salute, garantito dall'art. 11 della Carta Sociale Europea. Riteneva dunque l'IPPF EN che mancassero delle previsioni specifiche, nella normativa di riferimento, volte ad assicurare alle donne la possibilità effettiva di sottoporsi all'interruzione volontaria della gravidanza, in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale. Per questo motivo, parte ricorrente allegava anche una violazione dell'art. E (non discriminazione)²³, in combinato disposto con l'art. 11, non essendo l'aborto garantito a tutte le donne in maniera uguale, a causa delle differenze notevoli nella presenza di personale medico non obiettore tra le varie Regioni.

²¹ *Carta delle finalità dell'Università Campus Bio-Medico di Roma*, art. 10: «Il personale docente e non docente, gli studenti e i frequentatori dell'Università si impegnano a rispettare la vita dell'essere umano dal momento iniziale del concepimento fino alla morte naturale. Essi considerano l'aborto procurato e la cosiddetta eutanasia come crimini in base alla legge naturale; per tale motivo si avvarranno del diritto di obiezione di coscienza previsto dall'art. 9 della legge 22 maggio 1978 n. 194. Si ritiene inoltre inaccettabile l'uso della diagnostica prenatale con fini di interruzione della gravidanza ed ogni pratica, ricerca o sperimentazione che implichi la produzione, manipolazione o distruzione di embrioni», disponibile su: https://www.unicampus.it/documents/UCBM_Carta_delle_finalita.pdf.

²² Consiglio d'Europa, *Carta Sociale Europea*, Strasburgo, 3 maggio 1996, art. 11: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione della salute, le Parti s'impegnano ad adottare sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private, adeguate misure volte in particolare: 1) ad eliminare per quanto possibile le cause di una salute deficitaria; 2) a prevedere consultori e servizi d'istruzione riguardo al miglioramento della salute ed allo sviluppo del senso di responsabilità individuale in materia di salute; 3) a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni», disponibile su: <https://rm.coe.int/168047e179>.

²³ *Idem*, art. E: «Il godimento dei diritti riconosciuti nella presente Carta deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione».

Nella propria decisione, il Comitato considera innanzitutto che «l'erogazione dei servizi abortivi deve essere organizzata in maniera tale da andare incontro ai bisogni delle pazienti che ne facciano richiesta. Ciò implica la necessità di adottare misure adeguate ad assicurare la disponibilità di personale sanitario non obiettoro dove necessario, tenendo presente che non è possibile prevedere numeri e tempistiche di tali richieste [...]. Bisogna adottare misure adeguate, affinché sia assicurata alle donne la possibilità di abortire quando lo richiedano»²⁴.

Come sostenuto dall'organizzazione denunciante, il Comitato riconosce che l'Italia presenta una serie di problematiche in relazione all'accesso all'intervento di interruzione volontaria della gravidanza, tra cui: una costante diminuzione, nel corso degli anni, del numero delle strutture ospedaliere dove è possibile abortire; un numero significativo di strutture dove l'aborto è garantito, ma mancano, in concreto, ginecologi non obiettori, ovvero ce n'è solo uno; un divario notevole tra il numero di richieste di interventi abortivi e quello del personale disponibile; tempi di attesa eccessivi; impossibilità di sostituire i medici non obiettori quando sono in ferie/in malattia/vanno in pensione; operatori sanitari che si rifiutano di prestare la dovuta assistenza *pre* e *post* operatoria in caso di aborto²⁵.

Alla luce di tutto ciò, il Comitato riconosce che vi sono molti problemi nell'erogazione dell'intervento di interruzione volontaria della gravidanza in Italia e le donne che vogliono sottoporsi all'intervento possono incontrare difficoltà oggettive. In alcuni casi, addirittura, visto il carattere di urgenza che contraddistingue questo tipo di intervento, alcune possono essere costrette a rivolgersi a strutture diverse, dentro o fuori dal Paese, se non, addirittura, a sottoporsi a un intervento clandestino²⁶. Si è in presenza, dunque, di una palese violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea.

Il Comitato ritiene fondato anche il secondo motivo di doglianza e riconosce, quindi, la violazione dell'art. E, in combinato disposto con l'art. 11, dal momento che «Sulla base delle informazioni fornite dall'organizzazione ricorrente e non contraddette dal Governo, il Comitato rileva che, come risultato della mancanza di professionisti sanitari non obiettori in varie strutture italiane, in alcuni casi le donne sono costrette a spostarsi da un ospedale all'altro nel Paese o all'estero [...], in alcuni casi, con pregiudizio per la propria salute. Perciò, il Comitato ritiene che queste donne sono trattate in maniera differente rispetto ad altre nella medesima situazione, relativamente alla possibilità di accesso alle prestazioni sanitarie, senza alcuna giustificazione»²⁷.

²⁴ European Committee of Social Rights, *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy*, cit., par. 163-164. «The provision of abortion services must be organised so as to ensure that the needs of patients wishing to access these services are met. This means that adequate measures must be taken to ensure the availability of non-objecting medical practitioners and other health personnel when and where they are required to provide abortion services, taking into account the fact that the number and timing of requests for abortion cannot be predicted in advance. [...] adequate measures must be put into place to ensure that women are able to access abortion services as and when they are required».

²⁵ *Idem*, par. 169.

²⁶ *Idem*, par. 174-175.

²⁷ *Idem*, par. 191: «Based on the information provided by the complainant organisation and not contradicted by the government, the Committee notes that, as a result of the lack of non-objecting medical practitioners and other health personnel in a number of health facilities in Italy, women are forced in some cases to move from one hospital to another within the country or to travel abroad [...] in some cases, this is detrimental to the health

Un anno dopo l'Italia è nuovamente convenuta in giudizio davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali per una serie di inadempienze in materia di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza. Ferma restando la pronuncia precedente per quanto riguarda la violazione dell'art. 11, da solo e in combinato disposto con l'art. E, da questo secondo giudizio è emersa una problematica ulteriore: la CGIL, infatti, adduceva una violazione anche dell'art. 1 par. 2²⁸, che proibisce la discriminazione sul lavoro, dal momento che il personale medico non obiettore risultava, di fatto, discriminato, in termini di carico di lavoro, opportunità di carriera e tutela della propria salute e sicurezza. Il numero insufficiente di medici non obiettori che praticano l'aborto significava, per costoro, un carico di lavoro eccessivo²⁹.

Sulla discriminazione in ambito lavorativo, il Comitato ricorda innanzitutto che «l'art. 1 §2 impone agli Stati firmatari l'obbligo di garantire ai lavoratori il diritto di guadagnarsi da vivere attraverso un lavoro liberamente scelto. Quest'obbligo comporta, tra l'altro, l'eliminazione di ogni forma di discriminazione sul lavoro, al di là della natura del rapporto professionale. [...] Per discriminazione deve intendersi la differenza di trattamento tra soggetti che si trovano in condizioni analoghe, quando tale differenza non sia messa in atto per raggiungere uno scopo legittimo, non si basi su elementi oggettivi o risulti sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. [...] Può esserci una discriminazione indiretta quando non siano state prese in debita considerazione tutte le differenze esistenti tra individui in situazioni analoghe, ovvero quando non siano state adottate tutte le misure necessarie a garantire l'effettiva fruibilità di quei diritti e vantaggi collettivi che devono essere aperti a tutti»³⁰.

Il Comitato considera che il personale medico obiettore e non obiettore possano costituire due gruppi di raffronto, dal momento si trovano in una situazione paragonabile, hanno le stesse qualifiche e lavorano nello stesso settore. Alla luce di questo e delle prove addotte da CGIL, ritiene che in Italia i medici non obiettori soffrano, rispetto agli obiettori, di un trattamento differenziale in senso negativo, perché praticano interventi di interruzione volontaria della gravidanza, e dunque per il solo fatto di agire in conformità con la legge. Non vi è, afferma, alcuna motivazione razionale o obiettiva alla base di questa

of the women concerned. Therefore, the Committee holds that the women concerned are treated differently than other persons in the same situation with respect to access to health care, without justification».

²⁸ Consiglio d'Europa, *Carta Sociale Europea*, cit., art. 1 «[parte I] Ogni persona deve avere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso.

[parte II] Per garantire l'effettivo esercizio del diritto al lavoro, le Parti s'impegnano: [...] 2) a tutelare in modo efficace il diritto del lavoratore di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso».

²⁹ European Committee of Social Rights, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, cit.

³⁰ *Idem*, parr. 235-237: «article 1§2 requires the States having accepted it to effectively protect the right of workers to earn their living in an occupation freely entered upon. This obligation requires, inter alia, the elimination of all forms of discrimination in employment regardless of the legal nature of the professional relationship. [...] Discrimination is defined as a difference in treatment between persons in comparable situations, where the treatment does not pursue a legitimate aim, is not based on objective and reasonable grounds or is not proportionate to the aim pursued. [...] Indirect discrimination may arise by failing to take due and positive account of all relevant differences between persons in a comparable situation or by failing to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all».

differenziazione di trattamento³¹, che integra invece una violazione dell'art. 1 par. 2 della Carta.

L'esercizio massiccio del diritto all'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario, dunque, limita fortemente le possibilità di usufruire dell'interruzione volontaria della gravidanza nel Paese, tanto da chiedersi se, al contrario di quanto affermato nel *report* annuale del Ministero della Salute³², questo non possa rientrare a ragione tra i fattori preponderanti alla base della menzionata riduzione del numero di aborti nel corso degli anni³³. Come emerso dai dati, la percentuale di personale sanitario obiettore di coscienza è assai elevata e la disparità in termini di accesso al servizio a livello regionale è altissima, essendo tale accesso, di fatto, quasi impossibile in alcune aree: ciò significa che molte donne sono costrette a rivolgersi a strutture private o fuori dalla loro Regione di residenza, con la conseguenza di un notevole svantaggio, finanche di una disparità di trattamento, a danno di quelle che provengono da aree rurali o che si trovano in una condizione socioeconomica più svantaggiata³⁴.

3. ... in Svezia.

Come detto in precedenza, il sistema svedese, diametralmente opposto a quello italiano, non prevede il diritto all'obiezione di coscienza per il personale ospedaliero, in nome dell'efficienza del sistema sanitario e della tutela del diritto alla salute dei propri cittadini.

La possibilità di abortire, a determinate condizioni, venne introdotta in Svezia all'inizio del 1939³⁵. Era inizialmente previsto che una donna potesse accedere all'interruzione volontaria della gravidanza qualora proseguirla avrebbe messo a rischio la propria vita o salute, in caso di stupro o quando vi fosse il rischio che il bambino nascesse affetto da gravi patologie fisiche e mentali. Nonostante l'apertura statale all'aborto, le concrete possibilità di richiederlo e ottenerlo erano molto basse, mentre altissimo era ancora il numero di interventi clandestini³⁶.

La normativa attualmente in vigore, con alcune modifiche, è stata introdotta nel 1975 (SFS 1974:595): è possibile accedere all'interruzione volontaria della gravidanza, su richiesta e senza dover addurre alcuna giustificazione, entro le prime 18 settimane di

³¹ *Idem*, par. 245.

³² Ministero della Salute, *Relazione del Ministero della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità...*, cit., pp. 46-53.

³³ European Parliament, *Sexual and reproductive health rights...*, cit., pp. 102-103.

Sugli studi più recenti, cfr. E. Caruso, *Abortion in Italy: Forty Years On*, in *Feminist Legal Studies*, 28 gennaio 2020, disponibile su: <https://doi.org/10.1007/s10691-019-09419-w>; T. Autorino et al., *The impact of gynecologists' conscientious objection on abortion access*, in *Social Science Research*, 22 gennaio 2020, disponibile su: <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2020.102403>.

³⁴ *Idem*, pp. 104-105.

³⁵ The Abortion Act governing termination of pregnancy, 1938:318.

³⁶ F. Myrra Hellgren, *Conscientious Objection and Access to Lawful Abortion in the Council of Europe System - Does Conscientious Objection Undermine Legal Abortion Rights?*, Lund University, 2014, p. 59.

gestazione³⁷; superato questo termine, è possibile abortire previa autorizzazione del Consiglio nazionale per la salute e il benessere, che sarà concessa solo in presenza di circostanze eccezionali³⁸.

La normativa è molto chiara anche per quanto riguarda l'obiezione di coscienza: qualora un operatore sanitario si rifiuti intenzionalmente di effettuare un intervento abortivo o di prestarvi assistenza³⁹, verrà segnalato al Consiglio nazionale per la salute e il benessere e verrà multato o condannato a un massimo di sei mesi di detenzione.

La Svezia è dunque uno dei pochi Stati europei che non prevede, nel proprio ordinamento, il diritto all'obiezione di coscienza per il personale sanitario, indipendentemente dalle motivazioni religiose o morali addotte: i diritti e i bisogni dei pazienti sono ritenuti preminenti rispetto a quelli degli operatori sanitari⁴⁰.

Se qualcuno di questi ultimi dovesse richiedere (cosa che di fatto avviene) di essere esonerato dall'effettuare determinati interventi, come quello di interruzione volontaria della gravidanza, perché obiettore di coscienza, il capo reparto, ovvero il direttore della clinica, potrebbero decidere di assegnarlo a mansioni diverse o a un altro reparto. Il personale sanitario non gode, però, di alcun diritto in tal senso: un'eventuale riassegnazione può essere disposta, sulla base di un'analisi caso per caso, in funzione dell'efficienza del servizio sanitario e della qualità dell'ambiente di lavoro. Si tratta, dunque, di una mera opzione per il datore di lavoro, subordinata all'obbligo di garantire il funzionamento e la qualità del servizio sanitario⁴¹.

La legislazione laburista svedese prevede infatti il diritto, in capo al datore di lavoro, di decidere le mansioni di ciascuno dei propri dipendenti e di organizzare le loro attività in base a ciò che questi ultimi sono legalmente tenuti a fare, non essendo ravvisabile, invece, un corrispondente diritto del lavoratore di essere riassegnato o esonerato da determinate mansioni. Così, se un soggetto insiste nella richiesta di riassegnazione o spostamento in un altro reparto, in presenza del diniego da parte del datore di lavoro, e si rifiuta di effettuare determinate incombenze, vi sono tre possibilità: accettare una penalità, come la riduzione del salario; essere licenziato; dare le dimissioni e cercare un nuovo lavoro.

³⁷ Il testo della norma è disponibile, in parte e in lingua inglese, in European Committee of Social Rights, *Federation of Catholic Families in Europe (FAFCE) v. Sweden* (no. 99/2013), 27 luglio 2015, par. 29: «Section 1: If a woman requests termination of her pregnancy, an abortion may be performed if the procedure is performed before the end of the eighteenth week of pregnancy and it may not be assumed that it will entail serious danger to the woman's life or health on account of her having an illness. Act (1995:660)».

³⁸ *Ibidem*: «Section 3: After the end of the eighteenth week of pregnancy an abortion may be performed only if the National Board of Health and Welfare has granted the woman permission for the procedure. Such permission may only be granted if exceptional grounds exist for the abortion. Permission under the provisions of the first section of this paragraph may not be granted if there is reason to assume that the foetus is viable. [...] Section 6: If it may be assumed that the pregnancy entails grave danger to the life or health of the woman, on account of her having an illness or bodily defect, the National Board of Health and Welfare may give permission to terminate the pregnancy after the end of the eighteenth week of pregnancy, regardless of how far the pregnancy has progressed».

³⁹ *Ibidem*: «Section 4: If an abortion in a case referred to under Section 1 is refused, the matter shall be immediately referred to the National Board of Health and Welfare for review».

⁴⁰ European Parliament, *Sexual and reproductive health rights...*, cit., pp. 97 ss.

⁴¹ C. Munthe, *Conscientious refusal in healthcare: the Swedish solution*, in *J Med Ethics*, 2017, 43, pp. 257-259.

Questo, indipendentemente dall'area in cui il lavoratore opera e dai motivi alla base della sua richiesta. Tali previsioni si applicano, dunque, anche in caso di obiezione di coscienza⁴².

L'omessa tutela degli obiettori di coscienza nel Paese è stata lamentata davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali dalla Federation of Catholic Families in Europe (FAFCE). Nel ricorso, proposto nel 2013, la FAFCE citava la Svezia per un'asserita violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea, per non aver previsto un quadro giuridico chiaro e comprensivo in relazione all'esercizio dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario svedese⁴³. Erano contestati, inoltre, un numero troppo elevato di aborti; l'autorizzazione di aborti dopo le 18 settimane da parte del Consiglio nazionale per la salute e il benessere, anche in caso di feto vitale e non compromesso; aborti eugenetici e basati su una selezione del sesso e altre accuse dello stesso tenore.

In relazione alla mancata definizione di un quadro legislativo chiaro relativamente agli obiettori di coscienza, il Comitato sottolinea innanzitutto come l'art. 11 non imponga agli Stati un obbligo positivo di prevedere un diritto all'obiezione di coscienza per gli operatori sanitari, essendo tale norma finalizzata, piuttosto, a garantire alle donne in stato di gravidanza (destinatari primarie della disposizione) l'accesso adeguato alle cure mediche⁴⁴.

Non sussiste, ad avviso del Comitato, una violazione dell'art. E, in combinato disposto con l'art. 11, sulla base di una presunta discriminazione nei confronti degli obiettori di coscienza in ambito sanitario, essendosi infatti ribadita l'inapplicabilità, come si è detto, dell'art. 11 in questo contesto.

Per quanto riguarda, invece, le accuse di aborti di feti vitali e non compromessi, eugenetici o selettivi del sesso, il Comitato ritiene che «con il ricorso proposto la FAFCE vuole ampliare l'ambito di applicazione soggettivo della Carta anche ai soggetti non ancora nati. [...] Il ricorso tocca un argomento assai delicato per molti degli Stati firmatari, cioè il momento in cui inizia la vita, circostanza a cui sarà data una risposta differente in base alla diversità dei valori e delle tradizioni vigenti in ciascuno di essi. [...] Gli Stati firmatari godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere quando inizi la vita e, pertanto, spetta a ogni Stato determinare, entro detto margine, se il feto gode o meno del diritto alla salute»⁴⁵. Non avendo la Svezia ecceduto il margine di apprezzamento concessole, ed essendo la legislazione in vigore nel Paese il prodotto di un bilanciamento ritenuto appropriato tra i diritti della donna e quelli della salute del feto, anche per queste accuse non è ravvisabile una violazione dell'art. 11.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ European Committee of Social Rights, *Federation of Catholic Families in Europe (FAFCE) v. Sweden*, cit.

⁴⁴ *Idem*, par. 70.

⁴⁵ *Idem*, par. 73: «*In the instant complaint FAFCE aims, through its allegations, to widen the personal scope of the Charter, by applying it to the unborn. [...] FAFCE's complaints relate to an issue which is very sensitive for many of the State Parties to the Charter, i.e. the question of when human life begins, which depends on the wide diversity of values and traditions in the different states. [...] States Parties enjoy a wide margin of appreciation in deciding when life begins and it is therefore for each State Party to determine, within this margin of appreciation, the extent to which a foetus has a right to health*».

4. Il caso *Grimmark c. Svezia*: la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In una recentissima pronuncia, che riguarda proprio la Svezia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto come il dovere statale di garantire l'aborto possa giustificare la decisione di non assumere obiettori di coscienza, tutelando così il diritto alla salute, e legittimando in tal modo la soluzione svedese.

Il caso in questione è quello di G., infermiera svedese obiettrice di coscienza, la cui candidatura è stata rifiutata da due ospedali diversi per il suo rifiuto di praticare interventi di interruzione volontaria della gravidanza⁴⁶. Esperiti senza successo tutti i gradi di giudizio a livello nazionale, nel 2017 G. si rivolgeva alla Corte EDU, lamentando una violazione dell'art. 9 CEDU: sosteneva, infatti, che le autorità svedesi, impedendole di fatto di lavorare come ostetrica, avevano interferito con il suo diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, senza che vi fosse alcuna norma di legge a fondamento di tale interferenza, ma che quest'ultima fosse anzi arbitraria e discrezionale, non necessaria e non proporzionata in un Paese democratico.

La Corte ha escluso che in questo caso fosse configurabile una violazione dell'art. 9 CEDU, in base al quale «1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui»⁴⁷.

La libertà religiosa ricomprende il diritto, per il singolo, di manifestare e praticare il proprio culto da solo e in privato, o insieme alla comunità di riferimento e in pubblico. Dal momento che tale manifestazione può avere un impatto anche su altri individui, il secondo paragrafo dell'art. 9 stabilisce la possibilità per ciascuno Stato di porre alcune limitazioni alla libertà in questione, purché espressamente previste dalla legge e necessarie al conseguimento di altri obiettivi, tra i quali la tutela della salute. Il margine di discrezionalità lasciato agli Stati nel decidere se e quanto interferire in tal senso è abbastanza ampio e la Corte EDU si limita a verificare se le limitazioni, decise a livello nazionale, siano giustificate e proporzionate.

Nel caso specifico, la Corte riconosce l'obiezione di coscienza della ricorrente come una manifestazione del proprio orientamento religioso, come tale tutelata dall'art. 9.1, sopra citato; vi è stata, dunque, un'interferenza, da parte delle autorità statali, rispetto alla sua libertà di religione. Interferenza, come riportato anche dagli organi giudiziari locali, che risulta fondata nella normativa svedese, secondo la quale il lavoratore dipendente è tenuto a svolgere tutte le mansioni che gli vengono assegnate.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grimmark v. Sweden*, cit.

⁴⁷ *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, art. 9. Testo disponibile [a questo indirizzo](#).

Sulla necessità di tale previsione, la Corte osserva che la Svezia garantisce il servizio di interruzione volontaria della gravidanza su tutto il territorio nazionale, avendo dunque l'obbligo positivo di organizzare il proprio sistema sanitario in maniera tale che l'esercizio dell'obiezione di coscienza da parte del personale non interferisca con la fornitura del servizio. E continua: «L'obbligo per le ostetriche di svolgere tutte le mansioni inerenti alla posizione vacante non appare sproporzionato o ingiustificato. I datori di lavoro godono, secondo il diritto svedese, di una grande flessibilità nel decidere come organizzare il lavoro dei propri dipendenti, così come del diritto di pretendere che questi ultimi svolgano tutte le mansioni proprie dell'incarico ricoperto. Al momento dell'assunzione, i dipendenti accettano tali mansioni. Nel caso in oggetto, la ricorrente ha scelto in maniera volontaria di diventare ostetrica e candidarsi per alcune posizioni vacanti, consapevole del fatto che ciò avrebbe comportato anche prestare assistenza durante interventi abortivi»⁴⁸.

Peraltro, anche a seguito dei due dinieghi, la ricorrente non era rimasta disoccupata, avendo continuato a lavorare come infermiera nell'ospedale presso il quale si trovava già occupata.

Alla luce delle considerazioni riportate, la Corte EDU ha ritenuto quindi il ricorso infondato e l'ha respinto. L'obbligo dello Stato di garantire il diritto a interrompere una gravidanza (manifestazione del più generale obbligo di tutela del diritto alla salute) rende, dunque, sempre secondo la Corte EDU, legittima e proporzionata la scelta di non assumere ostetriche e ostetrici obiettori di coscienza.

Ciò a riconferma del fatto che la mancata previsione di un diritto all'obiezione di coscienza non costituisce, nei fatti, una violazione del più generale diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, se prevista da una legge dello Stato a tutela del diritto alla salute.

5. Considerazioni conclusive.

Come ribadito dalla Corte EDU, il diritto di sollevare obiezione di coscienza è espressione del più ampio diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, e, come tale, riconducibile al novero dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti e tutelati a livello nazionale e internazionale.

Tuttavia, alle volte, è possibile e anzi opportuno, nonché previsto anche dalla CEDU, che il legislatore statale proceda a un bilanciamento con altri diritti di particolare rilevanza, godendo, in questo giudizio, di un ampio grado di discrezionalità.

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grimmark v. Sweden*, cit., par. 26: «*The requirement that all midwives should be able to perform all duties inherent to the vacant posts was not disproportionate or unjustified. Employers have, under Swedish law, great flexibility in deciding how work is to be organized and the right to request that employees perform all duties inherent to the post. When concluding an employment contract, employees inherently accept these duties. In the present case, the applicant had voluntarily chosen to become a midwife and apply for vacant posts while knowing that this would mean assisting also in abortion cases*».

È ben possibile, quindi, che il diritto specifico del personale sanitario di dichiararsi obiettore di coscienza e, dunque, di astenersi dal praticare o assistere interventi di interruzione volontaria della gravidanza risulti soccombente, all'esito del menzionato bilanciamento, rispetto al diritto alla salute delle donne che richiedono tale intervento.

In Italia, la normativa vigente prevede un generale diritto all'obiezione di coscienza per il personale sanitario, relativamente all'intervento abortivo: il diritto alla salute della donna risulta preminente solo in presenza di circostanze eccezionali, quando, cioè, la stessa si trovi in imminente pericolo di vita. Sebbene la l. n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza ponga un obbligo generale per gli enti ospedalieri, pubblici e privati, di garantire questo servizio, tale previsione si scontra con la realtà del Paese, in cui non tutti gli ospedali, di fatto, riescono a offrire l'intervento abortivo a tutte le donne che ne facciano richiesta, per mancanza o insufficienza di personale ospedaliero a ciò preposto. Vi è anzi un istituto che, contrariamente al dettato normativo, rifiuta espressamente di praticare interruzioni volontarie della gravidanza *come istituto*, imponendo di fatto l'obiezione di coscienza quale condizione necessaria per il proprio personale e, trattandosi di un polo universitario, non formando gli studenti su questo tipo di intervento.

Dunque, l'esercizio massiccio del diritto all'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario, concentrato in alcune Regioni piuttosto che in altre, limita fortemente le possibilità di usufruire dell'interruzione volontaria della gravidanza nel Paese, e quindi di accedere alla stessa in maniera sicura, efficiente e uniforme, senza discriminazioni di sorta. In Italia, il diritto alla salute della donna risulta, nei fatti, soccombente rispetto a quello del personale sanitario di dichiararsi obiettore.

In Svezia, al contrario, l'efficienza del sistema sanitario è obiettivo preminente nell'organizzazione del lavoro dipendente, fino al punto di comprimere alcuni diritti dei lavoratori in nome di questo. È ciò che succede relativamente all'obiezione di coscienza: nel pieno rispetto della CEDU, che espressamente prevede questa possibilità, il Paese limita in parte la libertà di pensiero, coscienza e religione dei propri cittadini, perché, a seguito del menzionato giudizio di bilanciamento, ritiene di importanza preminente il conseguimento di altri obiettivi, nello specifico la tutela della salute delle donne che richiedono un intervento abortivo e, in generale, come si è detto, l'efficienza del sistema sanitario.

La mancata previsione della possibilità, per i professionisti sanitari, di dichiararsi obiettori di coscienza, e quindi di astenersi dall'effettuare interventi abortivi, non costituisce dunque una violazione dei diritti umani di questi, qualora si riveli necessaria al fine di garantire la tutela del diritto alla salute dei pazienti, nello specifico, delle donne richiedenti l'intervento abortivo. L'orientamento in questo senso da parte della Corte EDU sarebbe da prendere in opportuna considerazione anche a livello nazionale.

Bibliografia.

T. Autorino et al., *The impact of gynecologists' conscientious objection on abortion access*, in *Social Science Research*, 22 gennaio 2020, disponibile su: <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2020.102403>.

E. Caruso, *Abortion in Italy: Forty Years On*, in *Feminist Legal Studies*, 28 gennaio 2020, disponibile su: <https://doi.org/10.1007/s10691-019-09419-w>.

F. Myrra Hellgren, *Conscientious Objection and Access to Lawful Abortion in the Council of Europe System - Does Conscientious Objection Undermine Legal Abortion Rights?*, Lund University, 2014.

C. Munthe, *Conscientious refusal in healthcare: the Swedish solution*, in *J Med Ethics*, 2017, 43, pp. 257-259.

D. Pulitanò, *L'attività terapeutica*, in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I, Tutela penale della persona*, III Ed., Giappichelli, 2019.

D. Pulitanò, *La vita prenatale e la procreazione assistita*, in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I, Tutela penale della persona*, III Ed., Giappichelli, 2019.

Conversazione

— Il linguaggio del diritto nella società dell'immagine – Ch. 4

Giudicare tra “fermo-immagine” e “immagine-flusso”

The language of law in the society of images – Ch. 4

Judging between "freeze frame" and "flow of images"

di Alessandro Rudelli, Chiara Simonigh e Paolo Heritier

Alessandro Rudelli

Credo che nel nostro conversare si sia toccato uno dei cuori della questione, perché l'area di significazione e di concettualizzazione riferita all'immagine è trasversale e determinante.

Forse è proprio lì che si situa il un punto di applicazione della **transdisciplinarietà**.

La transdisciplinarietà, andando a preparare un oltrepassamento delle cornici disciplinari di partenza, deve necessariamente trovare un **punto di applicazione** esterno e l'immagine, riferita tanto al discorso giuridico quanto al discorso clinico, può forse mettere in dinamica le discorsività degli apparati disciplinari.

Ora a me viene un pensiero: c'è il **fermo-immagine** e c'è l'**immagine-flusso**. Tra l'una e l'altra cambia tutto.

Ora io mi metto nei panni di un giudice che si trova molto spesso ad avere a che fare nel prendere le decisioni giudiziarie con una proliferazione legislativa che modifica piccole porzioni di norme precedenti che hanno rilevanza penale; cioè c'è una tale instabilità nel legislatore che sembra di vivere in un'immagine-flusso del diritto piuttosto che in un fermo-immagine. A voi che pensieri vengono in mente?

Chiara Simonigh

È molto interessante questa suggestione perché dietro a queste due definizioni, immagine-flusso e fermo-immagine, c'è moltissimo.

Il fermo-immagine talvolta rischia una cristallizzazione, una sclerotizzazione eccessiva, quindi l'innalzamento di un significato anche al di sopra di tutto ciò che lo contraddice nei fatti.

Questo è il rischio del fermo-immagine: fissa una porzione di realtà e permette di conoscerla approfonditamente, con il pericolo però di cadere nell'assolutizzazione, nell'esaltazione di quanto contiene il fermo-immagine anche contro e a dispetto di tutte le prove contrarie.

Il flusso invece dà conto del divenire in cui ci troviamo immessi tutti.

Chiaramente questo divenire è diventato oggi qualcosa di accelerato a dismisura e questa accelerazione impedisce di fissare: non si ha il tempo di compiere un fermo-immagine che già appare l'immagine successiva.

È un po' l'esperienza che già Walter Benjamin descriveva nel 1936¹ con queste stesse parole quando parlava degli spettatori cinematografici di allora: abituati ad una cultura di immagini fotografiche fisse improvvisamente si trovavano di fronte all'esperienza scioccante delle immagini flusso di un film, senza riuscire a parametrare la loro interpretazione, la loro percezione in rapporto a questa velocità.

Quale può essere la giusta via di mezzo? Uno strumento può essere quello del montaggio.

Il montaggio è uno strumento che tiene conto sia del fermo-immagine sia del flusso e in quanto strumento può aiutarci a compiere quelle pause, quelle soste necessarie senza perdere di vista la metamorfosi continua e accelerata in cui siamo immessi.

¹ Si veda in particolare: W. Benjamin, *Aura e choc. Saggi sulla teoria dei media*, a cura di Andrea Pinotti e Antonio Somaini, Einaudi, 2012.

Il montaggio è proprio un modo di pensare e di ragionare.

Su questo è stato scritto tantissimo e ora non mi addentro, ma può essere senz'altro quello lo strumento utile per creare una giusta via di mezzo tra i *pro* e i *contra* tanto del fermo-immagine quanto dell'immagine-flusso.

Paolo Heritier

Colgo subito la doppia provocazione di chi ha posto il problema e di Chiara Simonigh perché mi sembra che parlando di penale indubbiamente il problema del fermo-immagine si pone.

Direi che il processo penale si conclude e **deve** concludersi con un fermo-immagine che è la sentenza: condanna o assoluzione.

Quello che tecnicamente si chiama il giudicato è un fermo-immagine.

Però tutto quello che avviene prima è un flusso: è un flusso di immagini che avviene prima di tutto nella mente del giudice, nella ricostruzione del fatto e nella valutazione del diritto.

E questo secondo me è l'elemento centrale: io credo che ci sia una possibile virtuosità del riconoscimento dell'accettazione dell'inevitabilità del flusso-immagine all'interno della metodologia giuridica.

Faccio solo l'esempio di norme come la "Convenzione dei diritti delle persone con disabilità" del 2006² che è uno dei primi grandi testi costituzionali in cui l'immagine della disabilità non è riconosciuta come un fermo-immagine, ma come un'immagine-flusso che è strettamente collegata all'evoluzione sociale della rappresentazione della disabilità.

Cioè il disabile non è, come si diceva una volta, "l'handicappato" o la persona che "non può", ma è strettamente collegato alla società che lo include o lo esclude. E questa dinamica di inclusione ed esclusione è una dinamica davvero arricchente che non vale solo nei confronti del disabile, ma in tutte le forme di discriminazione.

Perciò io vorrei che ci fossero più norme che seguono un flusso di immagine, seguendo la metafora, piuttosto che norme in fermo-immagine.

Ribadisco però che la sentenza definitiva giudiziaria è un fermo-immagine, cioè una decisione sulla quale può poi intervenire la storia, la critica, la filosofia, ma che per l'ambito giuridico costituisce la chiusura di un discorso.

² Si può scaricare il testo completo della "Convenzione dei diritti delle persone con disabilità" dal sito dell'Unicef, [a questo indirizzo](#).

Io ho apprezzato molto un intervento e un libro scritto dal giudice Fassone dal titolo "Fine pena: ora"³, che noi abbiamo utilizzato anche nei nostri corsi e di cui abbiamo anche fatto l'anno scorso un cortometraggio per Matera, capitale europea della cultura.

Fassone racconta della sua corrispondenza durata oltre venticinque anni dopo la sentenza con il pluriomicida che aveva condannato.

Questo secondo me rappresenta davvero il fatto che il diritto penale non può che concludersi con un fermo-immagine e sarebbe profondamente scorretto fare una retorica del flusso di immagine da questo punto di vista.

Naturalmente il giudicato non è l'ultima parola, ma dopo di esso si apre tutta la fase della rieducazione della pena, della reinclusione con il trattamento carcerario; è a questo punto che il diritto si deve riappropriare di questa idea del flusso e dell'immaginamento nella valutazione della persona.

E qui c'è un'idea sostanziale di articolazione anche molto delicata tra la necessità di una severità del diritto e una riapertura umanistica dei suoi effetti.

Il tema è di straordinario interesse e credo davvero che questa immagine di Benjamin proposta da Chiara Simonigh possa essere trasferita direttamente al diritto.

Chiaro che il punto centrale è la terzietà del giudice, che si costruisce un flusso di immagini all'interno del quale sa che deve arrivare a una parola definitiva e ultima.

Questo è un compito molto grave, davvero un potere straordinario e anche una grandissima responsabilità; io francamente non credo che sarei mai in grado di fare il giudice, mi sembra quasi un compito divino, preferisco fermarmi al flusso-immagine.

[continua]

³ E. Fassone, *Fine pena: ora*, Sellerio, 2015; una corrispondenza durata 26 anni tra un detenuto e il suo giudice dopo la condanna all'ergastolo per Salvatore nell'ambito del maxi-processo alla mafia catanese svoltosi a Torino nel 1985.

Riflessione

— Neuroscienze e diritto

Intersezioni complesse e nuove prospettive

Neuroscience and law*Complicated crossings and new perspectives**di Giacomo Rizzolatti*

Traduzione della prefazione del volume di A. D'Aloia, M.C. Errigo (a cura di), [Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives](#). Springer Nature, 2020, pp. viii-xi.

Prefazione. Le neuroscienze, oggi.

Il campo della neuroscienza è quasi sconfinato. Alcuni scienziati hanno identificato, l'esistenza di circa venti sottocategorie all'interno di questa disciplina. Tuttavia, i temi che saranno sviluppati in questa sede saranno limitate all'ambito delle cosiddette neuroscienze cognitive. In effetti, si tratta di un settore che ha suscitato interesse anche nel mondo giuridico, in particolare con riguardo ai concetti di libero arbitrio e responsabilità. Questi problemi rappresentano questioni tradizionalmente proprie al campo della filosofia e per i quali ancora oggi non è stata trovata una risposta. Alcuni filosofi interessati alle problematiche connesse ai processi decisionali dell'essere umano hanno preferito affrontare tali questioni secondo un approccio pragmatico. Nello specifico, secondo Ayer, una decisione *libera* significa «una decisione che nasce da dentro di me» mentre una decisione *non libera* è «una decisione che mi viene imposta»: le azioni sono forzate quando una persona, attraverso l'uso della forza o dell'inganno, o addirittura dell'ipnosi, obbliga un'altra persona a tenere un certo comportamento.

È anche importante sottolineare, anche se solo brevemente, che la nostra facoltà di decidere è limitata da fattori legati all'organizzazione funzionale del sistema nervoso. Uno di questi è il "condizionamento classico o pavloviano". Il condizionamento classico si verifica quando uno stimolo intrinsecamente neutro è associato a un altro stimolo, che produce uno specifico effetto. Dopo alcune associazioni, lo stimolo neutro assume le caratteristiche dello stimolo incondizionato. Il condizionamento pavloviano è qualcosa che si verifica nella vita di tutti i giorni. Per esempio, se vediamo la pubblicità di un prodotto associato all'immagine di una bella ragazza, dopo un po' di tempo anche il prodotto ci apparirà bello. Circa trent'anni fa, il condizionamento e la paura a esso connessa erano un tema ampiamente dibattuto, mentre oggi la questione appare in una certa misura dimenticata. In realtà, il condizionamento pavloviano è presente nella nostra società e ha la capacità di influenzare notevolmente il nostro comportamento e la nostra facoltà di scelta.

Un altro fattore che influenza il nostro comportamento è l'imitazione. La cultura è imitazione. Noi sono diventati "*homo sapiens*" perché abbiamo imparato a imitare; altri primati non hanno questa capacità, o la possiedono in misura molto ridotta. Il neuroscienziato Vilayanur S. Ramachandran ha formulato la seguente ipotesi: l'essere umano si è differenziato dagli altri primati quando ha iniziato a imitare. Allo stesso modo, oggi, la nostra società sta cambiando, in quanto assistiamo a continui progressi basati sull'imitazione e a successive modifiche rispetto al modello originario. Questo rappresenta il lato positivo dell'imitazione. Tuttavia, è stato messo in luce anche un lato negativo, in particolare da parte del genetista Robert Dawkins, che ha parlato di "meme". Il meme rappresenta un'unità di cultura umana auto-replicante, simile a ciò che il gene è per la genetica. In altre parole, ci sono alcuni aspetti del nostro modo di vivere ordinario che si propagano come se fossero dei virus. Alcune espressioni del linguaggio quotidiano possono essere considerati "memi", come «portare avanti un discorso», «assolutamente sì» e «fare un passo indietro». Si tratta di espressioni estremamente pervasive; da notare che, il concetto di "meme" include anche idee più complesse, che si diffondono allo stesso modo. Pensate, ad esempio, ad alcune forme di linguaggio "politicamente corretto".

Viviamo, quindi, in una società che limita la nostra libertà in virtù di una serie di fattori psicologici che sono solo indirettamente neurologici. Tuttavia, questo non significa che non vi siano anche alterazioni dirette del sistema nervoso che limitano la nostra libertà di decisione.

La storia dei rapporti tra diritto e sistema nervoso inizia con uno studio molto famoso, condotto nel diciannovesimo secolo: il caso di Phineas Gage. Gage lavorava nelle ferrovie, negli Stati Uniti, ed era sempre stato considerato una "brava persona". Un giorno, a causa di un incidente sul lavoro, una barra di metallo gli trafisse il cranio. Miracolosamente Phineas Gage sopravvisse, ma da quel giorno il suo comportamento cambiò completamente, con manifestazioni di una natura aggressiva che pare non gli fosse mai appartenuta in precedenza. Di recente, grazie all'ausilio delle tecniche di *neuroimaging*, Damasio ricostruì la lesione di Gage e scoprì che l'area danneggiata era una parte della parte rostrale del lobo frontale. Si tratta di una delle zone del cervello di più recente evoluzione nell'uomo e i danni che interessano quest'area producono conseguenze drammatiche. Phineas Gage, infatti, pur essendo sopravvissuto, iniziò a comportarsi in modo differente e più aggressivo verso gli altri rispetto a prima dell'incidente.

Nel campo della ricerca riguardante i rapporti tra lesioni cerebrali e comportamento antisociale, un autore che ha offerto un grande contributo è stato Adrian Raine. È stato il primo a utilizzare le tecniche di *neuroimaging* in questo settore, in particolare prima la PET, e poi la fMRI, una tecnica più precisa in termini di localizzazione. Raine studiò il cervello di cinquanta soggetti detenuti in carcere per omicidio e quello di altri cinquanta individui che non avevano commesso alcun reato. I risultati della sua ricerca hanno mostrato la quasi costante presenza di lesioni nel cervello dei criminali, specialmente nel lobo frontale. Un dato emblematico, se letto alla luce di altri studi che hanno dimostrato come il lobo frontale agisca da "freno" a comportamenti istintivi. Gli esseri umani, infatti, sono in grado di fermarsi, di bloccare le proprie risposte istintive, proprio grazie al funzionamento del lobo frontale.

Un altro esempio delle connessioni tra alterazioni neurologiche e comportamenti criminali, descritto da Raine, riguarda un uomo di mezza età, senza alcun precedente penale di rilievo. Un giorno, mentre si trovava alla guida della propria auto, l'uomo si imbatté in un gruppo di ciclisti; chiese strada, ma, non avendola ottenuta, accelerò la corsa e li investì uccidendo alcuni di loro. Durante il processo che ne seguì, egli non mostrò alcun segno di pentimento, sostenendo anzi di essere nel giusto: «la strada era mia e ho esercitato il mio diritto». Gli esami radiologici mostrarono l'esistenza di lesioni del lobo frontale.

Tutto ciò, ovviamente, pone un problema per il diritto: che cosa dobbiamo fare di questo individuo? Merita di essere condannato all'ergastolo o dovremmo invece "riabilitarlo" e, in questo caso, in che modo? Naturalmente, occorre mettere un limite alla sua libertà, dal momento che si tratta di una persona pericolosa; tuttavia, è un dato di fatto che egli, per circa quarant'anni, non abbia mai tenuto comportamenti veramente pericolosi, anche egli era descritto come personaggio sgradevole e rissoso.

Allo stesso modo, significativo è anche il caso di un quarantenne che fu condannato dopo aver aggredito una ragazza. Gli esperti si resero conto che qualcosa, nel suo cervello, non funzionava correttamente, e fu sottoposto a un lungo percorso di riabilitazione. Dopo aver portato a termine con apparente successo la riabilitazione, l'uomo fu rilasciato, ma a distanza di poco tempo aggredì nuovamente un bambino. Furono svolte indagini più approfondite e si scoprì che l'uomo era affetto da un tumore che interessava un'area del cervello cruciale per quanto riguarda l'inibizione degli impulsi aggressivi. Il tumore fu rimosso. Dieci anni dopo, l'uomo cominciò nuovamente a tenere i medesimi comportamenti criminali. Si scoprì che il tumore era ricresciuto.

Interessante è il caso degli adolescenti. È stato recentemente accertato che il lobo frontale continua a svilupparsi durante tutta l'adolescenza; dunque un ragazzo di quattordici/diciassette anni ha di gran lunga meno freni inibitori rispetto a una persona di quarant'anni.

Gli studi di Adrian Raine hanno anche dimostrato che alcuni soggetti responsabili di omicidio possono presentare lesioni in altre aree del cervello (diverse dal lobo frontale), come ad esempio l'amigdala. In questi casi, l'autore di reato è poco sensibile alla paura. L'attivazione dell'amigdala, infatti, è responsabile del senso di paura e se questo "centro"

non funziona come dovrebbe, il soggetto prova meno timore e non è in grado di riconoscere la paura negli altri individui.

Il problema ha assunto dimensioni maggiori negli ultimi anni, includendo molteplici casi che riguardavano i veterani tornati dal Vietnam. Alcuni di questi si sono adattati alla vita civile, altri invece hanno mantenuto una tendenza a comportamenti violenti. Riguardo a questi ultimi, la ragione è dovuta alla presenza di traumi che hanno determinato *deficit* neuropsichiatrici evidenti. Alla luce di questi problemi, è pertanto necessario individuare: 1. Metodi di riabilitazione scientificamente fondati; 2. Metodi efficaci per il controllo del comportamento.

Un fenomeno da tenere a mente è quello della presenza di empatia. Noi siamo in grado di capire gli altri in due modi diversi: (a) fenomenologicamente: l'azione dell'altro è "vissuta" dalla persona che la osserva. Ad esempio, se un individuo entra in un bar e vede un'altra persona prendere un bicchiere di birra, comprende immediatamente questo gesto, in virtù dell'attivazione di alcuni neuroni che codificano quell'azione (i neuroni specchio). È come se fosse lui (o lei) a compiere personalmente l'azione osservata, e (b) logicamente; il che significa che siamo capaci di comprendere l'azione di un altro soggetto mediante un ragionamento inferenziale.

Un classico esperimento, realizzato tramite la risonanza magnetica funzionale, spiega bene questa dicotomia. Durante l'esperimento, ai soggetti sottoposti a scansione furono inizialmente mostrati alcuni filmati in cui un uomo, un cane o una scimmia eseguivano la stessa azione: mordere. Un'azione che, si noti, viene compiuta in natura da tutte e tre le specie. Nella seconda parte del medesimo esperimento, i gesti mostrati nei filmati erano diversi: l'uomo leggeva un giornale (la voce, tuttavia, non si sentiva), la scimmia "schioccava le labbra" (un gesto che ha un significato sociale di «non sono un tuo nemico») e il cane abbaia. I risultati furono chiarissimi: nel primo caso, indipendentemente da chi avesse compiuto l'azione, si osservò nei partecipanti un'attivazione del sistema dei neuroni specchio, compresi i neuroni premotori, che normalmente entrano in gioco quando siamo noi stessi a compiere l'azione. In altri termini, i soggetti dell'esperimento avevano compreso, in modo fenomenologico, diretto, le azioni della scimmia e del cane. Al contrario, le attivazioni corticali risultarono completamente diverse quando i partecipanti osservavano gesti che non appartenevano al repertorio motorio delle tre specie. Se una persona vede qualcun altro leggere, si attiva l'area di Broca, una zona del cervello collegata alla linguaggio; invece, in colui che osserva un cane che abbaia, si attivano solamente le aree visive. Gli esseri umani non sanno "fenomenologicamente" cosa significa "abbaia"; è qualcosa che abbiamo imparato, ma che rimane estranei a noi e non fa parte del nostro comportamento.

Esistono dunque due modi di comprendere gli altri. Inizialmente questa scoperta ha riguardato solamente azioni prive di contenuto emotivo, le cosiddette *cold actions*, "azioni fredde", (ad esempio afferrare un oggetto). Ricerche successive hanno dimostrato che tutto ciò valeva anche per le *hot actions*, le "azioni calde", cioè gesti che presentano un contenuto emotivo.

In particolare, si scoprì che nella parte più anteriore dell'insula vengono codificati alcuni movimenti ingestivi. Infatti, tramite l'utilizzo di microelettrodi rimovibili, è stato possibile osservare che, stimolando questa porzione dell'insula nel cervello di una

scimmia, questa compiva atti di masticazione e deglutizione. Se però la stimolazione veniva eseguita, sempre nell'insula anteriore, ma pochi centimetri più in basso, la scimmia tendeva a rifiutare qualunque cibo le venisse offerto. Questa parte dell'insula è deputata al controllo del disgusto. È sufficiente stimolarla per provocare un senso di disgusto che induce la scimmia a rifiutare persino gli alimenti di cui è più ghiotta. Lo stesso esperimento è stato condotto su un gruppo di pazienti chirurgici e ha permesso di confermare che l'insula anteriore rappresenta l'area in cui è rappresentato il disgusto.

Il risultato della stimolazione dell'insula ci ha permesso di interpretare meglio gli esiti di uno studio precedente, condotto mediante risonanza magnetica funzionale, in cui i partecipanti, sottoposti a scansione cerebrale, erano inizialmente esposti ad alcuni odori sgradevoli; in un secondo momento, furono loro mostrati diversi filmati connessi alle emozioni del disgusto e del piacere, insieme ad altri a contenuto emotivamente neutro.

L'analisi dei dati mostrò che l'insula ventro-rostrale, la cui stimolazione provoca una sensazione di disgusto, era attivata sia quando il soggetto era disgustato a causa di un odore sgradevole sia quando osservava l'espressione di disgusto sul volto di un attore. In altre parole, quando vediamo il disgusto nell'espressione di un altro, lo *sentiamo dentro di noi*. Lo stesso fenomeno è stato osservato anche in relazione al dolore, sebbene con riferimento ad aree cerebrali differenti.

Questo meccanismo di rispecchiamento, che si colloca in diverse aree cerebrali, è molto importante perché rappresenta il meccanismo attraverso il quale io, come essere umano, sento quando un altro essere umano soffre. Sapere che alcune persone hanno sofferto, perché lo troviamo scritto all'interno di un giornale, è ben diverso dallo scoprire la sofferenza quando, lasciata la nostra casa, vediamo una persona con la faccia insanguinata per un incidente stradale. In questo ultimo caso, l'emozione mi coinvolge personalmente, mentre nel primo, la situazione viene "gestita" come un'informazione cognitiva.

I sistemi biologici sono duttili, non fissi. Immaginiamo che un individuo, per ragioni culturali o ideologiche, presenti una compromissione del sistema *mirror*, che è alla base della sua capacità di comprensione fenomenologica. È persino possibile ipotizzare, in alcuni casi, che sia la cultura stessa a pregiudicare questo meccanismo biologico naturale. Cosa succederebbe se qualcuno riuscisse a convincermi di determinate posizioni ideologiche alterando quei meccanismi? Pensiamo a ciò che è accaduto in Germania negli anni '30. In una delle nazioni più civili nel mondo, un genio della propaganda come Goebbels è stato in grado di far passare l'idea che un gruppo di individui fosse responsabile della sconfitta militare della Germania nella prima guerra mondiale. Questi individui non appartenevano alla razza ariana e non erano neppure del tutto umani, erano degli *"untermenschen"*. Le tragiche conseguenze di questa narrazione, e in particolare il senso di irresponsabilità e di autoassoluzione di coloro che hanno perpetuato crimini contro coloro che non consideravano neppure esseri umani, sono state poste in evidenza da Hannah Arendt. Nel suo libro *"La banalità del male"*, ella presenta il caso di Adolph Eichmann. Quando gli fu chiesto di giustificare il proprio comportamento, nell'organizzazione del trasporto degli ebrei verso i campi di sterminio, rispose: «come ci sentiamo autorizzati ad abbattere gli alberi per produrre la legna e a uccidere gli animali per nutrirci, così ci sentiamo moralmente giustificati per aver ucciso dei primati sub-umani».

Come è evidente, arrivati a questo punto, si pone un problema molto serio di empatia. Empatia, in infatti, non significa “essere buoni”, ma significa “*entrare nel medesimo stato emotivo degli altri*”. Un gruppo di ricercatori di Chicago ha studiato i criminali sadici, quelli che hanno commesso crimini con modalità crudeli e ne hanno esaminato le aree responsabili dell’empatia. Hanno scoperto che queste zone si attivavano quando i criminali assistevano a scene caratterizzate da crudeltà. Un dato che appare logico, dal momento che questi individui traggono piacere dal dolore altrui e, pertanto, devono essere in grado di capire che le altre persone soffrono. In conclusione, il sadico possiede una capacità empatica esattamente come una persona normale; ciò che cambia è il modo in cui queste informazioni vengono utilizzate.

Il proposito di rafforzare l’empatia attraverso fattori culturali e ambientali (nel senso di «ama il prossimo come te stesso») è dunque una necessità, che permette di eventi tragici e disastrosi come quelli che si sono già verificati nel secolo scorso.

Riflessione

— Percezione del rischio e attribuzione di responsabilità

«Perché l'avvelenamento da amianto è considerato più spaventoso del fuoco?». Gli studi dell'antropologa Mary Douglas

Risk perception and attribution of responsibility

«Why is asbestos poisoning seen to be more fearsome than fire?». The anthropologist Mary Douglas's studies

di Susanna Arcieri

Abstract. L'indagine sui rapporti tra diritto penale e società del rischio¹ non può prescindere dall'esame delle principali teorie elaborate in ambito antropologico e sociologico in ordine alla percezione culturale del rischio, alle componenti oggettive e soggettive della valutazione dei rischi da parte degli individui e ai principali meccanismi di attribuzione delle responsabilità – da parte del singolo e della collettività – a fronte della concretizzazione, sotto forma di danno, di uno o più rischi paventati.

Con l'intento di fornire un primo apporto in tal senso, il presente scritto si focalizza sulle teorie in tema di rischio, società e cultura formulate, nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso, dalla nota antropologa inglese Mary Douglas.

Abstract. The investigation of the relationship between criminal law and the risk society cannot be separated from the analysis of the main theories elaborated in the anthropological and sociological field about the

¹ Si tratta del percorso di indagine al quale questa rivista dedica il [Cantiere Aperto su diritto penale e rischio](#), sui cui contenuti e finalità si veda il contributo di apertura di L. Santa Maria, [Il cantiere aperto sul diritto penale nella società del rischio](#), in questa rivista, 6 giugno 2019.

cultural perception of risk, the objective and subjective components of risk assessment, and the main mechanisms for attributing responsibilities – by both the individual and the community – in the face of the realization, in the form of damage, of one or more feared risks.

With the intention of providing a first contribution in this sense, this paper focuses on the theories on risk, society and culture, formulated in the second half of the 90s of the last century by the renowned English anthropologist Mary Douglas.

SOMMARIO: 1. La percezione del rischio e il problema dell'attribuzione della colpa. – 1.1. Disastri, spiegazioni possibili e attribuzione di responsabilità nelle società primitive. – 1.2. Il passaggio alla modernità: la fiducia nel progresso tecnologico e la sua crisi. La nascita dell'analisi del rischio. – 2. L'impossibilità di conoscere realmente i rischi. – 3. La percezione soggettiva e "culturalmente orientata" del rischio: il confronto tra la percezione degli "esperti" e quella dell'"uomo comune". – 4. Il ruolo delle istituzioni. – 5. Strategie di rifiuto.

SUMMARY: 1. The perception of risk and the problem of blame attribution. – 1.1. Disasters, possible explanations and attribution of responsibility in primitive societies. – 1.2. The passage to modern times: confidence in technological progress and its crisis. The birth of risk analysis. – 2. The impossibility to truly know the risks. – 3. The subjective and "culturally oriented" perception of risk: the comparison between the perception of "experts" and that of the "common man". – 4. The role of the institutions. – 5. Refusal strategies.

1. La percezione del rischio e il problema dell'attribuzione della colpa.

1.1. Disastri, spiegazioni possibili e attribuzione di responsabilità nelle società primitive.

La teoria culturale del rischio elaborata dall'antropologa britannica Mary Douglas prende le mosse dall'analisi dei comportamenti diffusi nelle **società primitive, soprattutto per quanto riguarda il profilo dell'attribuzione di responsabilità per gli eventi dannosi** e si fonda su un primo, fondamentale presupposto (vedi *infra*, par. 2): nessuno è in grado di conoscere effettivamente la totalità dei fattori di rischio che ci circondano. Per questo motivo, secondo l'autrice, il problema della percezione del rischio deve essere affrontato secondo una prospettiva non oggettiva, ma che appare profondamente influenzata da molteplici fattori culturali e sociali: una prospettiva, cioè, **essenzialmente politica**.

Inoltre, quale diretta conseguenza di queste influenze, lo studio della percezione del rischio non può prescindere dal problema dell'**attribuzione della responsabilità** per i danni derivanti dai rischi stessi. Scrive infatti l'antropologa:

«La teoria culturale della percezione del rischio [...] vede l'ambiente sociale, i criteri di selezione e il soggetto che percepisce come un unico sistema. Non ignora l'esistenza di pericoli reali. È sempre presente un gran numero di pericoli reali. Non c'è dubbio che l'acqua, nell'Europa del XIV secolo, rappresentava una minaccia costante per la salute, ma una teoria culturale della percezione sottolineerebbe che essa divenne un problema pubblico solo quando risultò plausibile accusare gli ebrei di avere avvelenato i pozzi. Un approccio culturale può farci comprendere come il consenso generale metta in relazione alcuni pericoli naturali con i difetti morali. Secondo questa impostazione, i pericoli arrivano a destare preoccupazione pubblica in base alla forza e alla direzione della critica sociale [...]. **Perché l'avvelenamento da amianto è considerato più spaventoso del fuoco?** L'amianto è stato prodotto per salvare le persone dalla combustione; l'avvelenamento da amianto è una forma di inquinamento industriale il cui numero di morti per cancro giustifica una particolare critica

antiindustriale molto più di quanto non lo faccia il numero di vite umane perse a causa di incendio»².

Ancora:

«Numerosi ricercatori hanno fatto notare che la gente ha una conoscenza limitata dei rischi che corre (Kunreuther et al., 1978), e hanno osservato che le persone, prese individualmente, sopravvalutano alcune categorie di rischi e ne sottovalutano altre senza ragione apparente (Harvey, 1979), che la gente tende a sopravvalutare i pericoli connessi a eventi rari e a sottovalutare quelli connessi a eventi ordinari (Slovic, Fischhoff e Lichtenstein, 1979a, 1981) [...], e che gli individui propendono a essere ottimisti sulle probabilità che derivano dal loro comportamento (Lalonde, 1974) [...]. I più comuni pericoli quotidiani vengono tendenzialmente ignorati, e lo stesso si può dire per i pericoli più rari e meno probabili [...]. L'individuo sembra da una parte inibire le sue percezioni di rischi altamente probabili in modo che il mondo circostante appaia più sicuro di quello che è, e, dall'altra, si disinteressa anche degli eventi meno probabili, facendo scomparire anche i pericoli lontani»³.

Dal momento che gli individui non sono in grado di conoscere realmente le cause delle disgrazie che li colpiscono, né d'altra parte dispongono delle conoscenze necessarie a individuare e prevenire tutti i fattori di rischio, secondo la Douglas **l'unico approccio possibile al problema del rischio è quello di "sfruttarlo politicamente"**.

Tale formulazione individua un approccio in base al quale il tema dell'individuazione dei pericoli e dell'attribuzione della responsabilità per gli accadimenti lesivi viene analizzato non (come sarebbe naturale) sotto il profilo della conoscenza e del sapere scientifico, ma secondo un punto di vista prettamente socio-politico. Preso atto, cioè, dell'impossibilità di addivenire a una conoscenza reale e certa delle fonti di rischio, ecco che la prospettiva cambia, e **la gestione del rischio diventa un problema sociale**, un utile strumento di stabilizzazione e controllo sociale.

Le diverse fonti di pericolo («i disastri che sporcano l'aria e la terra e che avvelenano l'acqua») vengono così sfruttate politicamente: **qualcuno, il più delle volte un soggetto già per qualche ragione impopolare, finirà con l'essere incolpato**⁴.

Il meccanismo di imputazione della colpa non è però sempre lo stesso in tutte le forme di società e in relazione a tutte le fonti di pericolo: al contrario, secondo la Douglas,

² M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, University of California Press, 1983, p. 7 («The cultural theory of risk perception [...] sees the social environment, the selection principles, and the perceiving subject as all one system. It does not ignore the reality of the dangers around. Plenty of real dangers are always present. No doubt the water in fourteenth century Europe was a persistent health hazard, but a cultural theory of perception would point out that it became a public preoccupation only when it seemed plausible to accuse Jews of poisoning the wells. A cultural approach can make us see how community consensus relates some natural dangers to moral defects. According to this argument, dangers are selected for public concern according to the strength and direction of social criticism [...]. Why is asbestos poisoning seen to be more fearsome than fire? Asbestos was developed to save people from burning; asbestos poisoning is a form of industrial pollution whose toll of deaths by cancer justifies a particular anti-industrial criticism more strongly than does loss of life by fire»).

³ M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Feltrinelli, 1991, pp. 35 ss.

⁴ M. Douglas, *Rischio e colpa*, Il Mulino, 1992, p. 19.

è possibile individuare una sorta di “repertorio fisso” di possibili cause (e quindi di possibili colpevoli) per spiegare un certo accadimento lesivo, e a ognuna di queste ipotesi corrisponde e segue una specifica linea d’azione. La scelta, all’interno di questo repertorio, **dipende dal tipo di organizzazione sociale** in cui la singola vicenda si inserisce. In particolare, è grazie allo studio delle **società primitive** che l’autrice riesce a mettere in luce come il problema del rischio tenda ad assumere i connotati di uno strumento di controllo sociale, attraverso meccanismi di attribuzione della colpa.

Ad esempio: una donna muore. Secondo una prima spiegazione, di tipo **moralistico**, si può affermare che «la donna è morta perché aveva oltraggiato gli avi, aveva violato un tabù, aveva peccato»⁵. In altre parole, in adozione di tale paradigma esplicativo **la colpa** dell’accaduto **viene fatta ricadere sulla stessa vittima**. L’azione che ne consegue, da parte della comunità, è il compimento di sacrifici o rituali di purificazione, di **espiazione**. La comunità viene così esortata a obbedire alle leggi se vuole evitare lo stesso destino.

In una realtà sociale del tutto diversa, in cui è esclusa la componente morale, la spiegazione più plausibile è quella secondo cui la morte della donna è dovuta all’**opera degli avversari**, delle donne rivali, più scaltre e più furbe della vittima. L’assenza dell’elemento morale, in questo caso, può produrre l’effetto di **escludere in radice** qualsiasi meccanismo di **attribuzione della colpa**.

«La ragione per cui la donna è morta può essere attribuita al fatto che non è stata abbastanza rapida o capace nel perseguire i propri interessi [...]. Le rivali che l’hanno uccisa difficilmente verranno incolpate quando saranno indicate come la causa della sua morte, perché non è in gioco una **forte preoccupazione morale**: ognuno avrebbe fatto lo stesso per **favorire i propri interessi**»⁶.

Ancora, può darsi che la disgrazia venga spiegata nel senso di attribuirne la colpa a un **nemico esterno**: la donna è morta perché un nemico della comunità, un «ignoto traditore» ha avuto il sopravvento su di lei:

«L’azione che segue la diagnosi è **scovare il nemico**, infliggergli una punizione decisa dalla comunità ed esigere un risarcimento»⁷.

Da quanto osservato nel corso delle sue ricerche sulle società primitive, la Douglas sembra intuire che maggiore è il grado di (apparente) certezza e precisione con il quale un’organizzazione sociale è in grado di fornire adeguata spiegazione agli avvenimenti dannosi, maggiore sarà il **livello di stabilità** dell’organizzazione stessa: se i pericoli sono ben definiti, la comunità conosce perfettamente ciò che è riprovevole e perché.

«La **definizione del pericolo** ha lo scopo di proteggere il bene pubblico e l’attribuzione della colpa è **un sottoprodotto dei sistemi** adottati per persuadere gli altri membri a contribuirvi [...]. Nulla rende più consapevoli dei loro doveri i membri di una comunità. Un pericolo comune offre loro l’appiglio per **esercitare**

⁵ *Idem*, p. 20.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

il controllo, la minaccia di una contaminazione estesa a tutta la comunità è un'arma per la reciproca coercizione»⁸.

1.2. Il passaggio alla modernità: la fiducia nel progresso tecnologico e la sua crisi. La nascita dell'analisi del rischio.

L'antropologa si interroga inoltre su quale sia il ruolo che l'**evoluzione in campo tecnologico** e il conseguente aumento delle conoscenze disponibili hanno avuto nell'ambito del sopra descritto meccanismo di spiegazione dei pericoli e dell'attribuzione delle responsabilità per eventi lesivi.

Secondo Douglas, il progresso della tecnologia e della scienza ha generato, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, un diffuso **senso di entusiasmo** soprattutto per ciò che riguarda le nostre capacità di comprensione della realtà e, quindi, di individuazione dei pericoli in essa presenti.

«Si credeva che fossimo capaci di conoscere i pericoli concreti, quelli le cui cause sono oggettivamente identificate, sostenute dall'autorevolezza di validi esperimenti e di una valida teoria. Il caso, il mistero e il male si celavano negli angoli remoti non ancora rivendicati dalla scienza, ma, in termini generali, grazie alla nostra **precisa conoscenza del mondo** e alla nostra potente tecnologia, la nostra tendenza a incolpare portava direttamente alle **vere cause** invece di deviare verso la funzione di sostegno delle istituzioni che svolgeva altrove»⁹.

Si pensava cioè che l'aumento delle conoscenze rendesse per noi accessibile un processo di **attribuzione della colpa corrispondente a "verità"**.

«La sua base oggettiva nella conoscenza garantiva dunque la **vera colpa** contro la possibilità di essere utilizzata a vantaggio dell'opera sordida dell'ideologia»¹⁰.

Douglas esamina poi i lavori dei colleghi antropologi e degli psicologi che si sono sforzati di delineare le **differenti modalità** con cui i **primitivi** e i **moderni** percepiscono il rischio, e la conclusione alla quale tali studi giungono sembra essere sempre la stessa: l'aumento di conoscenze, lo sviluppo tecnologico hanno permesso di scardinare la logica dei tabù, di **uscire dall'ignoranza** e di indirizzare colpe e rimproveri in modo **non più arbitrario** ma ispirato a criteri di razionalità. Le nuove conoscenze avrebbero cioè permesso di sciogliere quel **legame antico tra morale e pericolo**; nella società moderna, i principi morali sono imposti razionalmente e il pericolo si conosce mediante la tecnologia. In passato era l'assenza di tecnologia a far sì che le accuse, anche quelle più avventate, fossero «lanciate a destra e a manca» e che fossero inventate misteriose forze spirituali per «coprire le crepe presenti nella plausibilità»¹¹.

⁸ *Idem*, p. 21.

⁹ *Idem*, p. 22.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Idem*, p. 25.

Sennonché, osserva Douglas, è quanto storicamente accaduto in seguito a dimostrare che le cose non stanno affatto come le ricerche dei colleghi paiono suggerire. Infatti:

«Improvvisamente, **la tecnologia stessa fu messa sotto accusa come fonte di pericolo**. Tutto cambiò. Divenne chiaro che la stessa connessione tra morale e pericolo non era costituita dalla mancanza di conoscenza. La conoscenza è sempre insufficiente. L'ambiguità è sempre in agguato. Volendo attribuire una colpa, **si troverà sempre il modo di interpretare le prove nel senso voluto** [...]. L'industrializzazione non ha prodotto degli esseri umani capaci di non ricorrere al pericolo nella logica che protegge il bene pubblico. La differenza non risiede nella qualità della conoscenza, ma nel genere di comunità che vogliamo creare [...] o [...] che la tecnologia rende possibile per noi»¹².

È proprio da questa sorta di **disillusione**, da questa presa di coscienza della **irrimediabile insufficienza** della tecnologia e del progresso scientifico a fornire una indicazione oggettiva e affidabile di quali siano effettivamente i rischi che corriamo, che nascono e si sviluppano le ricerche nel campo della cosiddetta **analisi di rischio** (vedi *infra* par. 3).

Stando così le cose, che cosa si può dire dei meccanismi di attribuzione della colpa nelle società moderne? Rispetto al problema dell'individuazione oggettiva delle fonti di pericolo non abbiamo fatto troppi passi avanti rispetto al passato, avverte la Douglas.

Si potrebbe perciò pensare che anche la tendenza caratterizzante le società primitive a fare del problema del rischio un problema politico, di controllo sociale – oltre che inscindibilmente legato a meccanismi di attribuzione di colpe – sia ravvisabile, magari in una forma leggermente differente, anche nella società moderna.

In effetti, Douglas ritiene che, con il passare del tempo e con il progressivo sviluppo del vivere sociale, la logica dell'attribuzione della colpa¹³ non sia affatto scomparsa: sono solo i suoi connotati a essere diversi:

«Tra i diversi tipi di sistemi di attribuzione di colpa che caratterizzano le società tribali, quello in cui ci troviamo ora è pronto a considerare ogni morte come imputabile a qualcuno. Ogni incidente come causato dalla negligenza criminale di qualcuno, ogni malattia una minaccia di chiamata in giudizio. **La prima domanda è: di chi è la colpa? Poi: quale l'atto?** Quali i mezzi, quali i danni? Quale il risarcimento? Quale la riparazione? [...] Sotto la bandiera della riduzione del rischio, un nuovo sistema di attribuzione di colpa ha sostituito la precedente combinazione di condanna moralistica della vittima e **condanna opportunistica** dell'incompetenza della vittima [...]. Dobbiamo abituarci a queste inquietudini, a questa matematica delle probabilità che si insinua nelle nostre faccende private, a questa oggettività fasulla, a questa codifica del rischio nella cultura del nostro tempo [...]. Sarebbe meglio se potessimo sperare di sfuggire sia al modello antagonista di attribuzione di colpa sia a quello moralistico, e adottare il modello in cui nessuno viene incolpato [...]. Non ci sarà bisogno di un capro

¹² *Idem*, p. 26.

¹³ In tema di attribuzione della colpa nell'epoca moderna, vedi anche *infra* par. 4.

espiatorio [...]. Dobbiamo conoscere meglio le condizioni che rendono possibili queste attraenti culture senza colpevoli»¹⁴.

2. L'impossibilità di conoscere realmente i rischi.

Come anticipato sopra, un punto di partenza fondamentale della teoria culturale del rischio sviluppata da Mary Douglas è l'idea secondo cui, in ogni caso, **non è possibile conoscere realmente i rischi** che ci circondano¹⁵. Vale la pena di esaminare questa asserzione più nel dettaglio.

Alcuni rischi sono ben noti, altri non lo sono; alcuni rischi sono noti ad alcune persone ma ignoti ad altre. Perciò nessuno è davvero in grado di valutare la totalità dei rischi che lo circondano. D'altra parte – sembra suggerire l'autrice – questo può, sotto un certo profilo, essere un bene per l'individuo:

«I rischi esigono attenzione: in ogni luogo, in ogni boccone e a ogni passo, vi sono probabilmente innumerevoli pericoli. **L'agente razionale che volesse prestare attenzione a tutti i pericoli, resterebbe paralizzato**»¹⁶.

L'evoluzione in campo scientifico, d'altra parte, ci offre una conoscenza sempre più approfondita della natura e dei fenomeni che la regolano, oltre che dei pericoli che in essa si nascondono. Tuttavia, Douglas osserva che:

«Aprendo nuovi scenari di conoscenza [...] la scienza può al contempo **aumentare il divario** tra ciò che è noto e ciò che vorremmo sapere. Di che cosa avremmo bisogno per essere in grado di comprendere i rischi che dobbiamo affrontare? – Niente di meno della **conoscenza totale** (una risposta folle a una domanda impossibile)»¹⁷.

Quanto maggiori sono le conoscenze disponibili, cioè, tanto più chiaramente ci rendiamo conto dell'impossibilità di arrivare davvero a conoscere tutto. La "valutazione del rischio", in questo senso, epurata di qualsiasi illusoria pretesa di esaustività, si rivela quindi un **processo necessariamente selettivo**.

«La speranza che si possa produrre una tassonomia, una valutazione e, infine, una soluzione tecnica al problema dei rischi è, di fatto, tanto ambiziosa quanto lo è l'ambizione di porre l'intera esperienza e il valore umano su una scala di misura per effettuare elaborazioni matematiche o politiche»¹⁸.

¹⁴ M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 34.

¹⁵ M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture*, cit., p. 1.

¹⁶ M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo*, cit., p. 81.

¹⁷ M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture*, cit., p. 3 [«By opening up new realms of knowledge [...] science simultaneously can increase the gap between what is known and what it is desirable to know. What would be needed to make us able to understand the risks that face us? – Nothing short of total knowledge (a mad answer to an impossible question)»].

¹⁸ J.R. Ravetz, *Public Perceptions of Acceptable Risks as Evidence for the Cognitive, Technical, and Social Structure*, in *Technological Risk*, 45, 1980, cit. in M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture*, cit., p. 3 («The hope that one can produce a taxonomy, evaluation, and finally a technical fix to the problems of risks is in substance as ambitious as the program of putting all of human experience and value onto a scale of measurement for mathematical or political manipulation»).

Le nostre conoscenze, per quanto suscettibili di approfondimento continuo, restano, dunque, sempre inevitabilmente insufficienti. A questo proposito Mary Douglas riporta le affermazioni di **Isaac Strauss**, che nell'esaminare l'analisi statistica presente in un rapporto della *Nuclear Regulatory Commission*, evidenzia come le conclusioni cui il rapporto giunge sono basate su dati insufficienti e inadatti a calcolare in modo affidabile la probabilità degli incidenti. Scrive infatti Strauss:

«Dovremmo imparare a sospendere il giudizio [...]. Ma se da un lato dovremmo apprezzare la precisione di cui siamo capaci, dall'altro non dovremmo mai fingere una precisione che non possediamo; e dovremmo essere sempre consci della nostra ignoranza, anche quando ciò addolora [...]. **Gli scienziati e i tecnici non dovrebbero fingere una conoscenza che non hanno solo perché un governo o il pubblico esigono risposte a domande per le quali non esistono prove sufficienti.** D'altro canto, il pubblico e i governi dovrebbero comprendere e rispettare i limiti entro cui dovrebbero attendersi scienziati e tecnici responsabili. Dovrebbero astenersi dall'esercitare pressioni irragionevoli sui ricercatori per indurli a mutare il loro più fondato giudizio»¹⁹.

Da questo assunto nasce la domanda a cui l'antropologa, nel corso delle proprie ricerche, cerca di fornire una risposta: su quale base gli individui selezionano i rischi da fronteggiare e – correlativamente – quali sono i criteri che portano gli individui a ignorarne altri, pur oggettivamente esistenti? Quali sono i **rischi** ritenuti **socialmente accettabili**, e perché?

Innanzitutto, l'autrice individua quelle che, a livello di ordine pubblico (*public policy*), sono le principali **categorie di rischio**:

- «1. Affari esteri: il rischio di attacco o invasione straniera; guerra; perdita di influenza, prestigio e potere;
2. Criminalità: collasso interno al sistema; fallimento della legge e dell'ordine; violenza e criminalità dei colletti bianchi;
3. Inquinamento: abuso delle tecnologie; minacce per l'ambiente;
4. Crisi economica: perdita di prosperità»²⁰.

Si tratta allora di capire quali, tra queste categorie di rischio, sono percepite come tali dagli individui, quali no, e perché. Abbiamo visto che quello della percezione del rischio è qualificato da Douglas come un problema politico, e che, pertanto, anche il criterio di selezione del rischio socialmente accettabile ha natura essenzialmente politica. Citando i risultati di uno studio condotto in Inghilterra all'inizio degli anni '80, Mary Douglas afferma che:

«[La] scelta dipende dalle alternative, dai valori e dalle convinzioni presi in considerazione. Di conseguenza, **non esiste un valore unico** che indichi, per

¹⁹ I. Levi, *The Enterprise of Knowledge: An Essay on Knowledge, Credal Probability, and Chance*, MIT Press, 1980, p. 441 ss., cit in M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 55.

²⁰ M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture*, cit., p. 2 («1. Foreign affairs: the risk of foreign attack or encroachment; war; loss of influence, prestige, and power; 2. Crime: internal collapse; failure of law and order; violence versus white collar crime; 3. Pollution: abuse of technology; fears for the environment; 4. Economic failure: loss of prosperity»).

qualsiasi fine, quale è il **“rischio accettabile”** per una società. I valori e le incertezze sono parte integrante di ogni problema di rischio accettabile. Di conseguenza, non esistono processi decisionali privi di valore per la scelta tra alternative rischiose. La ricerca di un **“metodo oggettivo”** è destinata al fallimento e può rendere i ricercatori ciechi alle proprie assunzioni pregne di giudizi di valore [...]. Non solo il singolo approccio non è in grado di dare una risposta definitiva, ma esso è addirittura strutturato per rappresentare interessi particolari e suggerire soluzioni particolari. Quindi, **la scelta di un metodo è una decisione politica che veicola un messaggio preciso su chi dovrebbe decidere e su quali temi dovrebbero essere ritenuti più importanti»²¹.**

La **selezione dei rischi**, insieme con la maggiore o minore propensione a evitare/affrontare i rischi ritenuti meritevoli di attenzione, è quindi suscettibile di variare a seconda dei diversi contesti sociali:

«Una volta accettata l'idea che le persone **scelgono di essere consapevoli di certi pericoli** per conformarsi a uno specifico modo di vivere, ne consegue che coloro che aderiscono a forme di organizzazione sociale diverse sono disposte a correre (ed evitare) diversi tipi di rischio. Modificare la selezione e la percezione del rischio, quindi, richiederebbe un cambiamento dell'organizzazione sociale»²².

3. La percezione soggettiva e **“culturalmente orientata”** del rischio: il confronto tra la percezione degli **“esperti”** e quella dell'**“uomo comune”**.

L'approccio socioculturale di Mary Douglas al tema della percezione del rischio è stato così sintetizzato:

«Il modo migliore di accostarsi alla sua produzione sul rischio è considerarla l'esito di un **percorso di ricerca sul corpo**, il sé, il **rituale della contaminazione** e il pericolo, che [la Douglas] ha intrapreso circa trent'anni fa nel tentativo di identificare gli aspetti simbolici insiti nelle valutazioni del pericolo, la profanazione e l'Altro. Secondo Douglas, il rischio è una delle strategie attraverso le quali le società occidentali contemporanee affrontano il pericolo e l'Altro. Molti dei suoi lavori su tale tema cercano di spiegare come accada che certi pericoli vengano identificati quali **“rischi”** e altri no, e le risposte principali che essi propongono ruotano intorno all'importanza che i gruppi sociali, le organizzazioni e le società attribuiscono alla possibilità di mantenere un

²¹ B. Fischhoff, S. Lichtenstein, P. Slovic, S.L. Derby, R. Keeney; *Acceptable Risk*, Cambridge University Press, 1981, cit. in M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture*, cit., p. 4 («That choice depends upon the alternatives, values, and beliefs that are considered. As a result, there is no single all-purpose number that expresses “acceptable risk” for a society. Values and uncertainties are an integral part of every acceptable risk problem. As a result, there are no value-free processes for choosing between risky alternatives. The search for an “objective method” is doomed to failure and may blind the searchers to the value-laden assumptions they are making [...]. Not only does each approach fail to give a definitive answer, but it is predisposed to representing particular interests and recommending particular solutions. Hence, choice of a method is a political decision with a distinct message about who should rule and what should matter»).

²² M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture*, cit., p. 9 («Once the idea is accepted that people select their awareness of certain dangers to conform with a specific way of life, it follows that people who adhere to different forms of social organization are disposed to take (and avoid) different kinds of risk. To alter risk selection and risk perception, then, would depend on changing the social organization»).

confine tra loro stessi e l'Altro, al controllo della devianza, e al conseguimento dell'ordine pubblico»²³.

Partendo dal presupposto dell'impossibilità di addivenire a una teoria della percezione del rischio oggettivo, in quanto ciò che gli individui sono in grado di percepire è solo una selezione (culturalmente e socialmente orientata) dei rischi effettivamente esistenti, Mary Douglas prosegue le proprie ricerche analizzando **l'atteggiamento** nei confronti del rischio **dell'uomo comune** da un lato, **e degli esperti** – gli analisti del rischio – dall'altro lato, osservando come, secondo questi ultimi, l'uomo comune non sarebbe realmente capace di identificare correttamente i rischi che lo circondano e, quindi, di proteggersi da essi.

L'autrice approfondisce le ragioni alla base di una simile convinzione per poi esprimere con forza il proprio personale disaccordo.

L'analisi del rischio – ossia il punto di vista degli esperti – risulta ispirata al concetto di **"razionalità statistica"** e presuppone un **ragionamento di tipo probabilistico**: in questo contesto, il rischio può essere definito come il prodotto del danno (D) associato a quell'evento per la probabilità che quell'evento ha di verificarsi in un intervallo di tempo (P/T). Si tratta, evidentemente, di un approccio **essenzialmente cognitivo**, una visione razionalistica e positivista del rischio, che non prende affatto in considerazione l'aspetto "sociale" dell'attore: viene cioè concettualizzato **un attore perfettamente razionale** e inserito in un mondo riconducibile immediatamente a criteri di prevedibilità e oggettività²⁴. Osservato da quest'angolo visuale, il comportamento delle persone appare spesso "sconcertante":

«rifiutano di assicurarsi contro inondazioni e terremoti, attraversano strade pericolose, guidano veicoli non sicuri, acquistano articoli domestici potenzialmente pericolosi, e non danno ascolto a chi li istruisce sui rischi [...]»²⁵.

Secondo l'autrice, il fatto che l'approccio degli analisti del rischio non sia in grado di spiegare l'atteggiamento mostrato dalle persone "comuni" nei confronti del pericolo, dipende essenzialmente da un **errore di metodo**. L'approccio razionalistico e cognitivistico, cioè, **non può spiegare tutto**, «non è così che vengono prese le decisioni rischiose, neppure quelle banali, e tantomeno quelle importanti»²⁶.

Gli analisti del rischio trascurano nella propria analisi l'importanza centrale assunta dal **"fattore umano"**:

«**Rabbia, speranza e paura** si manifestano nelle situazioni più rischiose. Nessuno prende una decisione che implichi dei costi senza consultare le persone che gli sono più vicine, i familiari, i colleghi [...]. Concentrarsi esclusivamente sulle capacità cognitive dell'individuo elude il problema. Gli analisti della percezione del rischio non dicono praticamente nulla a proposito

²³ R.D. Lupton, *Il rischio*, il Mulino, 2003, p. 43, cit. in L. Napoli, *La società dopo-moderna. Dal rischio all'emergenza*, Morlacchi, 2007, p. 47.

²⁴ L. Napoli, *La società dopo-moderna*, cit., p. 49.

²⁵ M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 28.

²⁶ *Ibidem*.

dell'intersoggettività, del consenso, o degli **influssi sociali sulle decisioni** [...]. Per quanto possiamo crederci esseri impulsivi, passionali e intrinsecamente sociali, noi uomini siamo presentati in questo contesto come calcolatori edonisti, sfacciatamente tesi al perseguimento degli interessi privati. Si sostiene che non amiamo il rischio ma che, purtroppo, siamo così incapaci di manipolare l'informazione da finire per assumerci il rischio involontariamente. **Sotto sotto, saremmo pazzi**»²⁷.

Mary Douglas esclude, cioè, che il discorso sulla percezione del rischio possa esaurirsi nel campo dell'analisi delle probabilità e della pura e semplice razionalità di comportamento. La ragione per cui, dal punto di vista degli esperti, l'atteggiamento delle persone nei confronti del rischio **appare spesso del tutto irrazionale** sta nel fatto che gli analisti del rischio sono soliti trascurare, nella loro analisi, una componente fondamentale, quella sociale. A tal proposito, la Douglas sottolinea peraltro che:

«È un errore concepire i fattori sociali che influenzano la percezione del rischio come ditate che imbrattano le lenti di un telescopio e distorcono le immagini: questa metafora legittima un approccio negativo alla questione. Ma il punto di vista sociale, che viene così liquidato, **comprende dei giudizi morali** sul tipo di società nella quale desideriamo vivere. Perché dovrebbero essere sbrigativamente accantonati? Analizzate in una maniera più corretta, queste trasformazioni dell'immagine potrebbero essere viste non come distorsioni, ma come miglioramento: il risultato di una messa a fuoco più precisa che valuti la società insieme alle sue valutazioni dei rischi»²⁸.

L'atteggiamento degli individui nei confronti del rischio, quindi, **è socialmente orientato, non è irrazionale**. Se lo fosse, evidenzia la Douglas,

«Come potremmo essere sopravvissuti su questo pianeta con un pensiero così imperfetto?»²⁹.

In altri termini, gli individui percepiscono sì i rischi, ma in modo differenziato, socialmente e culturalmente orientato, dando risalto ad alcuni fattori di rischio e non ad altri. Quale diretta conseguenza, la mera consapevolezza dell'esistenza di un certo numero di probabilità che un dato evento si verifichi può non costituire per l'individuo, secondo la Douglas, una valida guida all'azione. Infatti:

«Gli esponenti della teoria delle probabilità, che hanno introdotto la valutazione del rischio come **strumento di analisi oggettivo**, puramente **neutrale**, non possono fare a meno di notare quanto esso si trasformi quando si sposta **sul terreno della politica** [...]. Il calcolo numerico **non ha importanza**: l'idea di rischio viene registrata semplicemente come pericolo inaccettabile. Così "rischio" non indica una valutazione globale delle possibili conseguenze, ma diviene uno **strumento contro l'autorità**, spesso **uno slogan per alimentare la xenofobia** [...]. Il nostro discorso politico svilisce questa parola. Da un complesso tentativo di

²⁷ *Idem*, p. 31.

²⁸ M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo*, cit., p. 31.

²⁹ M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 31.

ridurre l'incertezza essa è diventata un ornamento retorico della parola "pericolo"»³⁰.

Un elemento in particolare di cui gli analisti del rischio non tengono conto, e che però influenza enormemente (differenziandolo) l'atteggiamento delle persone di fronte al rischio, è **la paura**.

Mary Douglas cita a questo proposito le ricerche condotte dal sociologo francese Denis Duclos, il quale

«Si interroga sulle origini della paura collettiva, e si chiede se trovarsi davanti a **gravi rischi industriali** generi o no un senso del "sacro" [...]. Egli ritiene che la denuncia dei rischi tecnologici riveli due tipi di paura della tecnologia, non in primo luogo la paura della distruzione e del disastro, ma **la paura dell'oppressione da parte dell'autorità** prepotentemente conferita dalla nuova tecnologia, e la paura della trasparenza nella vita sociale, in cui nulla può sfuggire ai nuovi mezzi elettronici di indagine»³¹.

La percezione del rischio è quindi **inseparabile dai valori** fatti propri da un individuo, e varia a seconda del **contesto sociale**:

«La percezione del rischio non dipende da tratti della personalità, da bisogni, da preferenze personali o dalle proprietà di ciò che l'oggetto del rischio. Si tratta di un **fenomeno costruito socialmente o culturalmente**. Ciò che è percepito come pericoloso, e la misura del rischio accettabile, sono funzione della adesione culturale e dell'apprendimento sociale di ciascuno»³².

Pertanto, i reclami della gente circa i rischi dovrebbero essere interpretati alla luce della forma dell'**organizzazione sociale** che nella quale i rischi sono inseriti: ogni tipologia di comunità (caratterizzata da un più o meno ampio il sostegno che i membri danno all'autorità) mostra differenti criteri di selezione dei pericoli per i suoi fini autoconservativi.

4. Il ruolo delle istituzioni.

Nella teoria della Douglas, la propensione degli individui a identificare come "rischi" alcuni aspetti della vita sociale in luogo di altri, e i conseguenti meccanismi di attribuzione della colpa sono dunque fortemente influenzati dal contesto istituzionale di riferimento. Non solo: secondo la Douglas l'esistenza di un sistema istituzionale stabile consente anche di superare, almeno in parte, la profonda incertezza che circonda la previsione e la valutazione dei rischi:

³⁰ *Idem*, p. 43.

³¹ D. Duclos, *La peur et le savoir: la société face à la science, la technique et leurs dangers*, Paris, 1989, cit. in M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 50.

³² S. Oltedal et al., *Explaining risk perception. An evaluation of cultural theory*, in *Routunde*, 85, 2004, p. 16 («According to Mary Douglas [...] risk perception is not governed by personality traits, needs, preferences, or properties of the risk objects. It is a socially, or culturally, constructed phenomenon. What is perceived as dangerous, and how much risk to accept, is a function of ones cultural adherence and social learning»).

«I disastri non sono del tutto imprevisi. Persino le forme inedite di minaccia, senza essere state predette, possono essere **etichettate e inserite nelle categorie esistenti della responsabilità**. L'incertezza nella previsione delle reazioni umane sarà stata accuratamente ridotta da procedure note, proverbi e massime morali. Qualche percezione precedente della probabilità del verificarsi del pericolo sarà stata **incorporata nelle strutture istituzionali**. [...]. Alcuni pericoli vengono selezionati da un processo culturale affinché siano riconosciuti, e la reazione viene precedentemente codificata in termini di azione appropriata, come **un'inchiesta pubblica, una punizione o il ritiro del sostegno** [...]. **L'aspettativa dei pericoli tende a essere istituzionalizzata** in modo da diventare stabile e, in generale, da sostenere il governo locale, quale che sia»³³.

L'antropologa analizza l'atteggiamento delle persone comuni nei confronti dei macroeventi avversi, le "disgrazie", e osserva, innanzitutto che:

«L'ipotesi soggiacente è che, all'interno di una organizzazione, ogni disgrazia di una certa gravità suscita una serie di interrogativi sulla responsabilità. Se l'organizzazione è durata abbastanza a lungo da acquisire una forma determinata, gli interrogativi non saranno posti in modo casuale [...]. Per esempio, se i membri di un'organizzazione non gradiscono il modo in cui è stata esercitata l'autorità ai massimi livelli istituzionali, sarà credibile che la responsabilità delle disgrazie venga **attribuita ai vertici**; durante il processo di accertamento della responsabilità saranno esaminati e sottoposti a critica la durezza e l'arbitrio dell'autorità. Oppure [...], se la maggioranza dei membri di un'organizzazione è preoccupata per il comportamento distruttivo degli **elementi più giovani** e timorosa di una possibile minaccia dell'autorità tradizionale, allora sembrerà plausibile che disgrazie grandi e piccole siano state provocate dai giovani ribelli [...]. A seconda che le istituzioni si siano sviluppate in una direzione o in un'altra, la ricerca di un agente colpevole sarà influenzata di conseguenza. Ecco come i disastri provocati dall'uomo e dalla natura si sono intrecciati con la micropolitica delle istituzioni. I processi di imputazione di colpa o di assoluzione rafforzano il modello dell'organizzazione e ne sono effettivamente parte integrante»³⁴.

Nello stesso senso, Douglas sottolinea altresì che:

«Tutti i membri sono profondamente interessati a **sentire le scuse e le giustificazioni** per i danni verificatisi, e a esprimere un giudizio. Ma la loro **non** è un'inchiesta **caratterizzata dall'imparzialità**. Influenzati dal ricordo di indagini passate e di fatti precedenti, essi compiono i test di coerenza logica con un bagaglio di intuizioni culturalmente impregnate su quale dovrebbe essere l'organizzazione ideale. Quale che sia la direzione in cui si è sviluppata l'istituzione, la ricerca di un agente colpevole verrà orientata di conseguenza»³⁵.

Ecco allora che l'indagine sui disastri non può prescindere dall'esame del **contesto istituzionale o del regime** in cui l'indagine stessa si svolge.

³³ M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo*, cit., pp. 75 ss.

³⁴ M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 68.

³⁵ M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo*, cit., p. 111.

Ad esempio, nelle società ispirate a **istanze competitivo-individualistiche** e fondate sulla libertà di negoziazione (le quali, secondo la Douglas, sono caratterizzate da una spiccata instabilità sociale), accade di frequente che in caso di disgrazie la responsabilità sia attribuita al soggetto che, in quel momento, detiene il maggior potere e quindi esercita un forte controllo sociale: è proprio questa posizione di supremazia che, dal punto di vista dei consociati, costituisce un pericolo.

«Si potrebbe pensare che sia problematico vivere in un tipo di società come questo, ma lo è più per i suoi *leader* importanti che per gli altri. Chi controlla il maggior potere [...] viene identificato come la maggior fonte del pericolo che si sta profilando»³⁶.

In un **assetto istituzionale più stabile**, la colpa delle disgrazie viene invece attribuita agli “elementi politicamente riprovevoli” ovvero (nei casi in cui la tendenza è quella di evitare in toto il meccanismo di attribuzione di colpa) alla vittima stessa. Quest’ultimo modello è suscettibile, si noti, di conferire ulteriore forza a un’autorità già di per sé stabile:

«nessuno dovrà più emettere sentenze: la spiegazione delle disgrazie sarà di sostegno all’autorità in modo diffuso e obliquo, grazie a un tacito consenso sul fatto che debba venire protetta. Le disgrazie più gravi saranno classificate come un intervento radicale da parte di un’autorità superiore a quella umana, o come una punizione cercata: X è morto a causa del suo disprezzo per le regole, Y ha subito questa disgrazia perché alimentava la sovversione»³⁷.

In un contesto ancora diverso, la colpa può spostarsi dalle vittime per ricadere sulle spalle dei loro cari o amici più intimi. I **parenti stretti**, sui quali viene fatta ricadere la responsabilità delle disgrazie, non possono lamentarsi perché “sanno” di essere rimproverabili:

«Così i genitori di un bambino handicappato si domandano che cosa abbiano fatto perché il bambino debba soffrire così: forse hanno mostrato indifferenza quando è nato? O in seguito? In alcune società africane questa tendenza è resa ancora più evidente dalla connessione tra particolari disastri e determinati comportamenti: un guerriero ha scarse probabilità di vincere in battaglia se sua moglie, mentre lui è in pericolo, lo tradisce; quando poi torna a casa ferito, la sua famiglia sa di chi sospettare. Il parto e le battaglie sono pericoli reali. Ma i pericoli possono essere costruiti in modo che la responsabilità ricada esattamente sulle persone giuste»³⁸.

Secondo l’autrice, questi ultimi due modelli sociali (nei quali la colpa delle disgrazie viene fatta ricadere sulla vittima, o sulle persone a questa più vicine) risultano particolarmente efficaci nell’assicurare che la condotta dei singoli sia conforme ai principi morali che ispirano la società stessa: e ciò accade grazie alla “**minaccia della natura**”. La natura viene cioè strumentalizzata per tenere i comportamenti delle persone sotto controllo, orientandoli secondo le direzioni volute da chi è al potere. «Se tradisci tuo marito

³⁶ M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 72.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo*, cit., p. 79.

mentre combatte in battaglia, la natura ti punirà e tuo marito sarà ferito»³⁹. La minaccia della natura ci ricorda **quali sono i nostri doveri**⁴⁰.

Da ciò:

«Che la natura venga invocata come giudice o come vittima, tale operazione è comunque marcatamente politica. La nozione di natura viene usata per esercitare una pressione. Nel caso dell'inquinamento industriale, per esempio, madre natura minaccia di soccombere. Questo è il più forte tipo di coercizione. "Bambini, se non la smettete, mi verrà un colpo al cuore»⁴¹.

La reazione nei confronti dei disastri, soprattutto per quanto riguarda il profilo dell'attribuzione della responsabilità, è quindi suscettibile di variare in relazione al contesto sociale e istituzionale di riferimento. Resta d'altra parte vero, in ogni caso, che:

«Invece di essere seriamente analizzato, il pericolo rimane fin dall'inizio imbrigliato nell'attività di **individuazione di farabutti** e al **mantenimento della fedeltà**»⁴².

5. Strategie di rifiuto.

Mary Douglas dedica alcune osservazioni a due specifici esempi di "strategie di rifiuto", storicamente poste in essere nei confronti di alcune categorie di soggetti, analizzandole sotto il profilo del meccanismo di attribuzione della colpa. Si tratta, in particolare, delle **accuse di stregoneria** e della **diagnosi di malattia infettiva**, accomunate da un importante elemento:

«Per il fatto di essere **nascoste**, le due forme di danno offrono la stessa opportunità di accusare ed escludere [...]. Che la causa sia reale o immaginaria non fa differenza: **è sufficiente prestarvi fede**»⁴³.

Ciò che si pone alla base del meccanismo di accusa e della tendenza al rifiuto, secondo l'autrice, non è tanto la convinzione dell'effettiva responsabilità degli accusati per un fatto lesivo, quanto la convinzione della loro **responsabilità per una condotta immorale**.

Dall'accusa di immoralità discende poi, in via automatica, l'accusa di specifiche condotte. La strategia di rifiuto nasce quindi, secondo la Douglas, con la calunnia: la quale, peraltro **non è indirizzata necessariamente** nei confronti di **categorie di persone "marginali"**:

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ L'autrice riporta il seguente esempio, di grande efficacia: «Negli anni cinquanta, in Gran Bretagna, quando le donne del ceto medio cominciarono a sfidare la tradizione, ad avere un'istruzione superiore e a uscire di casa per lavorare, la teoria concepita da Bowlby sulla privazione materna (1951) riscosse un grande successo: i medici illustravano alle giovani madri in preda all'ansia il significato del primo imprinting sulle oche selvatiche e le avvisavano che la natura si sarebbe ritorta contro di loro, rendendo i loro figli privi di identità e di capacità di amare, se avessero persistito a fare ciò che le donne della classe operaia facevano da tanto tempo: andare a lavorare fuori casa»; v. M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo*, cit., p. 80.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² M. Douglas, *Rischio e colpa*, cit., p. 73.

⁴³ *Idem*, p. 99.

«Talvolta la persone oggetto del rifiuto non è per nulla un emarginato [...]. Le stesse strategie di rifiuto possono venire usate talvolta **contro i potenti**. Deve esistere un consenso. Deve esistere un'accusa di immoralità [...]. È interessante notare come la freccia dell'accusa abbia cambiato bersaglio nel corso dei secoli. **Talvolta l'accusa punta in alto**, mettendo in difficoltà *leader* che possono essere cacciati se la calunnia riesce a suscitare abbastanza rabbia»⁴⁴.

L'accusa di aver tenuto una certa condotta o di aver provocato un certo evento, dunque, nasce secondo la Douglas da un'accusa di immoralità, e da essa trae elementi di **forza e stabilità**. Emblematico è il caso dell'accusa di stregoneria: tanto più esteso è il presunto sapere occulto della strega, tanto più grave è il crimine di cui può essere incolpata. Le stesse prove che avrebbero potuto essere addotte a favore della strega sono considerate sospette:

«**I processi** alle streghe [...] **si basavano ampiamente sul carattere**, per rendere più verosimile il fatto che un'anziana vedova di umile condizione avesse contatti sessuali con il diavolo: le testimonianze sulla sua petulanza e sui suoi desideri inappagati costituivano la prova della sua colpevolezza [...]. Che una strega sia davvero in grado di fare male o no, che una persona sia realmente contagiosa o no, l'attribuzione di un potere nascosto di fare del male è un'arma con cui possono essere attaccate entrambe»⁴⁵.

Cosa fa sì che un siffatto genere di accuse possa **risultare credibile**?

Secondo Mary Douglas, una qualsiasi accusa, per quanto gravissima, sarà credibile **se il sistema politico a cui essa giova è bene accetto**: il processo di accusa, dimostrazione, accertamento e riparazione gioca infatti un ruolo essenziale e decisivo nel rafforzamento del sistema di riferimento⁴⁶.

«Tuttavia, benché chiunque possa essere accusato, non tutte le accuse saranno prese per buone. Perché un'accusa colpisca nel segno, deve essere **diretta contro le vittime odiate dalla gente comune**. La causa del danno deve essere vaga, non specifica, difficile da provare o da confutare. Il crimine deve essere difficile da negare, addirittura impossibile da confutare [...]. Una volta diffamata, la persona continuerà verosimilmente a essere oggetto di accuse e condanne analoghe. Ma non sarà necessariamente una persona emarginata. L'accusa di macchinare insidie raggiunge bersagli diversi in regimi politici diversi»⁴⁷.

⁴⁴ *Idem*, p. 102.

⁴⁵ *Idem*, p. 104.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*, p. 105.

Bibliografia.

M. Douglas, *Rischio e colpa*, Il Mulino, 1992

M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Feltrinelli, 1991

M. Douglas, A. Wildavsky, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, University of California Press, 1983

L. Napoli, *La società dopo-moderna. Dal rischio all'emergenza*, Morlacchi, 2007

S. Oltedal et al., *Explaining risk perception. An evaluation of cultural theory*, in *Routunde*, 85, 2004

Fonte storica

— La selezione tecnica dei giudici

*The technical selection of the judges**di Bruno Meneghello (a cura di Susanna Arcieri)*

Originariamente pubblicato sulla rivista Indici Comunità, 128, 1965, pp. 30 ss.

1) In ogni campo dell'attività umana la prima regola per progredire è quella di sottoporre a critica sistematica soprattutto le idee apparentemente ovvie e fondamentali.

Dall'antico scandalo delle grandezze incommensurabili, a quello moderno degli universi non euclidei, dalla paradossale aritmetica dei numeri transfiniti alla stupefacente prova di Gödel, dalla ormai popolare rivoluzione copernicana a quella di Einstein, dal probabilismo della fisica dei quanta all'indeterminazione di Heisenberg, dalle inquietanti ipotesi di Darwin e Freud a quelle di Marx e Keynes, **tutta la storia delle scoperte e delle invenzioni umane è segnata da idee e da prese di posizione che, al loro primo apparire, sembrarono minacciare l'ordine d mondo e finirono invece con il mostrare che era quest'ordine che aveva bisogno di essere modificato.**

Anche nel campo della **amministrazione della giustizia** mi pare che, per conseguire un sostanziale progresso, occorra rivedere alcuni presupposti, altrimenti ritenuti pacifici. Non si tratta, naturalmente di un processo di dimensioni cosmiche come quelli sopra ricordati. Tuttavia la questione è molto rilevante. Non ci si deve stancare di ripetere che i problemi interni della magistratura non riguardano soltanto, come molti credono, i giudici e gli avvocati, ma tutti i cittadini. La loro importanza non è minore di quella dei problemi concernenti l'agricoltura, l'urbanistica i monopoli, la censura, e simili, perché ogni riforma può essere, in ultimo, vanificata da una magistratura timorosa, asservita o faziosa. La storia, anche recente, ha mostrato che i tribunali, come possono costituire una valida difesa contro i soprusi, le prepotenze, i tentativi larvati di sovversioni, così possono facilmente diventare i docili strumenti della dittatura, il simbolo stesso della reazione, a seconda che sui loro scranni siedano giudici indipendenti e sereni, ovvero funzionari ansiosi ed avviliti.

Proprio per l'eccezionale importanza che la situazione personale del giudice riveste per il buon funzionamento della giustizia e, quindi, per l'intero sviluppo democratico dello stato, sono oggi fortemente dibattute le questioni concernenti la struttura gerarchica e piramidale della magistratura; una struttura simile a quella di un esercito, avente cioè, alla base, i giudici di tribunale ed equiparati, sopra, i consiglieri di corte d'appello, al vertice, i consiglieri di corte di cassazione, rispettivamente paragonabili (*absit iniuria*) a sottufficiali, ufficiali subalterni e ufficiali superiori.

2) Non starò, ora, ad esaminare i vari aspetti del problema di cui molti si sono occupati (vedasi per tutti il settimanale «Il Mondo» nei numeri del 3 marzo, 12 maggio, 4 agosto, 6 ottobre, 24 ottobre 1964), premendomi solo mettere in rilievo due punti essenziali di esso: **la gerarchia delle funzioni e la preparazione tecnica dei giudici**. È noto che, *grosso modo*, ogni giudizio e la sentenza che lo conclude, possono in Italia essere sottoposti, per iniziativa delle parti interessate, ad un doppio riesame, una prima volta in appello, una seconda ed ultima in cassazione. Questi riesami o controlli che dir si voglia, implicano per il giudice che li compie il potere e nello stesso tempo il dovere di correggere e modificare, eventualmente, la primitiva decisione. Perciò, le funzioni d'appello (almeno a partire da un certo livello di importanza delle materie trattate) e quelle di cassazione appaiono, naturalmente, più delicate e complesse delle altre, quasi dei super-giudizi.

Ma, se sono più delicate e complesse, sembra anche naturale che vi debbano essere adibiti gli uomini più capaci o, come talvolta si dice, **i migliori e più meritevoli**. Da qui, all'idea che costoro debbano servire di sprone e guida all'intero corpo giudiziario e che, quindi, sia opportuno concedergli una posizione di netta supremazia gerarchica, il passo è breve ed inevitabile.

D'altra parte, dovendosi reperire gli uomini più adatti a controllare, correggere e modificare l'operato dei giudici, cioè a fungere da giudici dei giudizi, nessun criterio sembra migliore di quello di **sceglierli tra gli stessi magistrati**, mediante una selezione basata essenzialmente sulla loro preparazione tecnico-giuridica, desumibile dalla motivazione delle sentenze. I migliori giudici, quindi, stando alla logica dell'attuale sistema, sarebbero i migliori giuristi, i più dotti e penetranti.

Da molte parti si contesta l'utilità di una gerarchia tra categorie di magistrati e l'efficacia dei metodi fin qui adottati per una giusta selezione di essi, ma nessuno o quasi mette in discussione il principio stesso di una gerarchia qualitativa tra le funzioni giudiziarie, o quello per cui i migliori giudici sarebbero i più preparati dal punto di vista tecnico-giuridico.

Orbene, a me pare che, se si analizzano **tali principi**, ci si rende conto che, in realtà, **sono entrambi falsi o arbitrari**, cioè dei pregiudizi.

3) Circa il primo punto, appare del tutto gratuito supporre che sia più difficile controllare correggere, e riformare un lavoro, che farlo. Nessuno si sognerebbe di pretendere, per esempio, che il critico d'arte o il restauratore siano più capaci dell'artista, che il collaudatore di una macchina sia tecnicamente superiore al progettista, o che l'allenatore sportivo sia più abile dei suoi allievi. Al contrario si deve ammettere che, almeno **per quanto riguarda le sentenze, è forse più facile cercare il pelo nell'uovo, le contraddizioni, le improprietà, le imperfezioni, in un caso già deciso, che deciderlo ex novo**.

L'opinione secondo cui le persone che controllano l'operato altrui, con poteri di correzione e riforma, dovrebbero necessariamente essere più preparate, più acute, più autorevoli delle persone controllate, si ricollega probabilmente al fatto che ognuno, fin dall'infanzia, è abituato a vedere in coloro che lo sovrastano per sapienza, prestigio e intelligenza, cioè nei genitori, nei fratelli maggiori, negli insegnanti, anche i suoi difensori, giudici e consiglieri.

Al fenomeno, inoltre, non può essere estranea la tradizione religiosa, posto che la divinità è, per definizione, perfetta giustizia, potestà assoluta, universale conoscenza.

Non è neppure esatto, del resto, che il giudizio dei magistrati delle corti d'appello e della cassazione cada, dall'alto in basso, sull'operato dei giudici inferiori. Ad ogni giudizio di tribunale o di corte d'appello, infatti, partecipa di regola in qualità di *primus inter pares* un magistrato del grado superiore. Pertanto, salvo il caso non impossibile, ma nemmeno frequente, che il *primus* sia messo in minoranza, i giudici d'appello e di cassazione **vengono a sindacare, in definitiva, il lavoro di un loro pari grado**. Aggiungasi, che anche nelle non frequenti ipotesi in cui il presidente del collegio sia messo in minoranza, la decisione costituisce sempre, dialetticamente, il risultato anche del suo giudizio, e quindi nemmeno allora è del tutto vero che l'attività censoria d'appello e cassazione muova dall'alto verso il basso.

La sola vera e legittima differenza, dunque, fra i giudici di primo grado, di corte d'appello e di cassazione **è data dal maggior numero di teste** che esaminano le questioni, **dalla complessiva e maggiore esperienza** dei magistrati d'appello e di cassazione, **dal tempo che passa tra l'uno e l'altro grado di giudizio**. Ogni altra pretesa diversità intrinseca di struttura, di complessità e di dignità, fra i vari momenti del giudizio è perlomeno indimostrata.

Si potrebbe obiettare, forse, che l'attuale sistema non presuppone tanto un'intrinseca superiorità delle funzioni d'appello e di cassazione sulle altre, quanto piuttosto una maggiore loro importanza, per così dire, strategica. In altri termini, poiché è inevitabile che venga commesso qualche errore nel primo grado dei giudizi, sarebbe utile concentrare nei successivi gradi i magistrati più abili e preparati per eliminare tali errori, alla stregua di truppe scelte, attestate nelle retrovie con il compito di eliminare le infiltrazioni del nemico.

È facile, tuttavia, ribattere: 1) che in generale è meglio combattere efficacemente in prima linea anziché nelle retrovie; 2) che, se la caccia agli errori nei giudizi altrui non è intrinsecamente più difficile del formulare giudizi per la prima volta, non vi sarebbe ragione di adibire i magistrati più abili ed esperti a quella funzione anziché a questa; 3) che, in concreto, il controllo dei magistrati di corte d'appello e di cassazione, cade, come s'è visto, su lavori che sono opera anche dei loro pari grado.

4) Circa il secondo punto, riguardante la selezione dei magistrati, basata sulla preparazione tecnico-giuridica e sulla capacità di farne uso, il discorso, per essere esauriente, dovrebbe farsi lungo e, forse, complesso, ma per non tediare troppo i lettori mi limiterò a delinearlo nell'essenziale.

a) Che cosa significano, sul piano scientifico, espressioni come *selezione, gerarchia di valori, preparazione, capacità, merito, sentenza perspicua, indagine penetrante* e simili, riferite al campo che ci interessa? **Con quale metro si misurano, con quale bilancia si pesano, il valore e la capacità, la perspicacia e la penetrazione?** Da un punto di vista che si potrebbe dire *operazionistico*, considerando, cioè, in concreto come si regolano i selezionatori, si può forse dire che vengono prescelti coloro che scrivono senza errori di diritto, o con meno errori, le motivazioni delle sentenze riguardanti i casi più difficili, nell'evidente presupposto che il massimo grado di giustizia di una decisione coincida con il minor numero di errori in essa contenuti. (Spiego per i profani che la decisione della causa, consacrata nel «dispositivo», deve essere giustificata, cioè «motivata» per iscritto dal giudice e, se questo è collegiale, da un magistrato a ciò di volta in volta delegato, detto «estensore»).

Evidentemente, il problema è solo spostato, poiché **bisognerebbe stabilire che cosa si intenda per «casi più difficili»**, ma supponiamo di essere d'accordo su ciò.

b) Resterebbe sempre il fatto che la possibilità di superare la selezione dipenderebbe dalla **possibilità di avere casi difficili da risolvere**, il che non si verifica allo stesso modo per il giudice del piccolo centro, come per quello della grossa città. Inoltre, la probabilità di evitare gli errori dipenderebbe, in parte, dalla bravura degli avvocati e, nel caso dei giudici collegiali, da quella degli altri componenti il collegio.

Ma si tratta, in fondo, di aspetti marginali del problema, sebbene sia lecito sospettare che alcuni alti magistrati siano tali solo per avere lavorato a Roma anziché a Rio Bo o per essere stati vicini a colleghi ed avvocati brillanti, invece che mediocri.

c) **Il vero problema riguarda gli errori di diritto.** Attorno a questa espressione «errori di diritto» non sembra, a prima vista, che possano nascere degli equivoci. Invece un equivoco c'è. Naturalmente, non vengono presi qui in considerazione gli sbagli grossolani ed inammissibili che anche un bambino potrebbe rilevare e che dipendono da plateale ignoranza o distrazione, come nel caso in cui il giudice trascurasse addirittura l'esistenza di una norma pacifica o ne applicasse una inesistente, oppure affermasse principi illogici o sconosciuti od attribuisse alle parole significati che certamente non hanno. A parte il fatto che nessun giudice, cui fosse sfuggito in una sentenza qualcuno di tali marchiani errori, l'userebbe mai per essere selezionato, è chiaro che la bravura di un giurista può emergere soltanto se egli abbia dovuto misurarsi con questioni serie, cioè risolvere dilemmi autentici che, se sono puramente giuridici, **si riducono alla fine a problemi d'interpretazione, ossia di ricerca del «vero» significato** delle proposizioni normative.

Ora, pretendendo che la selezione che determina la gerarchia dei magistrati sia fondata sulla ricerca degli errori di diritto, si postula necessariamente che questi siano – per così dire – obiettivi, ossia sempre e da tutti (in determinate condizioni) chiaramente riconoscibili. Ne consegue che il campo del diritto dovrebbe avere la struttura di un perfetto sistema scientifico simile ad una macchina calcolatrice dentro la quale fossero inserite, come un programma, le leggi. Chiunque, introducendo un fatto, girasse l'apposita manovella, potrebbe ottenere, con matematica precisione, la giusta sentenza.

In base a questa concezione, le differenti soluzioni di uno stesso caso, determinate da divergenza di opinione circa la volontà della legge, dovrebbero attribuirsi o ad

imperfetta formulazione di essa, ovvero ad **impreparazione e scarso rigore logico** degli interpreti. **Sembra lapalissiano infatti che ciascuna legge non possa avere, teoricamente, che uno e un solo significato** e che ogni questione di diritto non possa ricevere che una e una sola soluzione, sia pure, talvolta, per vie diverse e molto complicate.

Tutto ciò presuppone che si possa, almeno teoricamente, prevedere e regolare, senza ambiguità, tutti i fatti della vita mediante le proposizioni del linguaggio in un sistema privo di contraddizioni, costituito dalle norme di legge e dal complesso delle regole d'interpretazione dei giurisperiti. **Ma dietro a questi schemi mentali si nascondono**, strettamente connessi tra loro, **due pregiudizi**, due false nozioni, che Francesco Bacone avrebbe probabilmente classificato tra gli **idola fori**.

5) Il primo ha origine dall'idea che le parole assomigliano ad etichette da applicate sulle cose reali, a specie di lenzuoli per rivestire e rivelare all'esterno i concetti, altrimenti intesi come spettrali entità di un misterioso mondo immateriale. Forse per gli oggetti che «si mostrano» come un sasso, una pipa, un fiore, l'idea delle parole-etichetta, distinte all'oggetto designato, può, tutto sommato, passare senza gravi inconvenienti, ma non lo può assolutamente per i fenomeni complessi come quelli che vanno comunemente sotto il nome di concetti, pensieri e simili.

Non vi è alcuna ragione per credere che esista da una parte il *pensiero in sé*, dall'altra il suo *rivestimento linguistico*. **Le proposizioni** del linguaggio tanto pensate, quanto scritte o parlate, **sono esse stesse i concetti** che esprimono, così come questi *non sono nient'altro* che le parole da cui sono espressi. Oltre alla proposizione «il sasso cade», «il fiore è vicino alla pipa» **non esistono le corrispondenti idee** che il sasso cada e che il fiore sia vicino alla pipa. Per esempio, la teoria di Maxwell non è che le equazioni di Maxwell. Ogni altra cosa che si dicesse per illustrarla sarebbe superflua o fuorviante o sbagliata.

Non tenendo conto di ciò potrebbe accadere che qualcuno, dopo aver definito l'uomo, per comodità classificatoria, «bipede implume», pretendesse di considerare uomini i polli pennati, e non-uomini i disgraziati privi delle gambe.

È difficile esprimere compiutamente il senso di quello che sto dicendo, perché oltre un certo limite di approssimazione non si può andare, come ci hanno ben mostrato alcuni grandi pensatori e scienziati degli ultimi decenni.

In un certo qual modo, **non è (logicamente) possibile parlare di una cosa dal suo interno**, per la stessa ragione che impedisce ad un occhio di vedersi, a una bilancia di pesarsi, a un bastone di battersi. Nessuna proposizione può dire qualcosa di se stessa. Tutto ciò che sta dentro un sistema, un universo – ed è il caso del linguaggio – non è capace di esprimersi, di conoscersi fino in fondo, senza residui. Per farlo bisognerebbe potersi porre al di là del sistema, fuori dall'universo. Bisognerebbe costruire, come si dice, un metalinguaggio, una metalogica.

In verità, non è nemmeno corretto parlare dell'impossibilità dell'occhio di vedere se stesso, del bastone di battere e stesso ecc., poiché non si tratta di *un'impossibilità*, ma **semplicemente di un problema male impostato, privo di senso**.

Il solo fatto di esporlo, sia pure per rifiutarlo, implica un **arbitrio logico**.

Si possono certamente disgiungere le parole, intese come segni materiali sulla carta o suoni nell'aria, dalla loro significazione. Ma **come potrebbe supporre l'esistenza di pure-parole campate in aria, avulse dal loro senso?** Che cosa sarebbe mai una proposizione nella quale si prescindesse da quel «quid» che distingue appunto un insieme confuso di segni o di suoni, da una vera proposizione? E viceversa come potrebbe concepirsi il *puro-senso* di una parola o di una proposizione, staccato da ogni struttura linguistica?

Sarebbe come volere una medaglia con una sola faccia, un disegno senza fondo, l'alto senza il basso, la numerazione senza i numeri. Sarebbe come se, ad una mostra di pittura, dopo aver osservato i quadri esposti si pretendesse di vedere «la mostra», oppure se il custode di un passaggio a livello, dopo il transito del locomotore e tutti i vagoni, aspettasse quello «del treno» per alzare le sbarre.

Le proposizioni linguistiche, in un certo senso, stanno ai fatti come le coordinate stanno alle figure geometriche. Non si possono pensare figure prive di coordinate, ma nemmeno coordinate senza figure.

Quella «forma» che tutte le proposizioni fornite di senso hanno in comune tra loro, *si mostra*, nelle proposizioni, ma le proposizioni non la possono descrivere.

Ora, se le parole e le proposizioni non sono qualcosa di diverso dai fatti della vita e segnatamente dai concetti che esprimono, ma sono, per così dire, dentro di essi, come parte essenziale della realtà, si comprende come sia illusorio credere di poter arrivare a disporre di un sistema di regole cui applicare con scientifica precisione tutti i fatti della vita. Per tale sistema, invero, occorrerebbe un insieme ordinato di proposizioni, capace di riflettere o rappresentare biunivocamente tutta la realtà e che dovrebbe perciò essere collocato all'esterno, al di là, al di sopra di essa. Ma si tratterebbe, allora, di un sistema fuori di se stesso, cioè di un assurdo.

In pratica gli uomini, grazie agli infiniti inconsapevoli compromessi che quotidianamente compiono manipolando le parole, riescono ad intendersi in modo soddisfacente nella stragrande maggioranza delle situazioni. Resta però, insopprimibile, un settore di problemi non decidibili secondo i principi della logica o delle scienze della natura. **Sono questi i casi difficili**, le questioni non oziose della giurisprudenza, **per cui sono necessari i giudici**.

6) Il secondo pregiudizio, che è in stretta correlazione con il primo, riguarda **la logica e il fondamento delle teorie scientifiche**. Anche qui il discorso è, per le ragioni già dette, inadeguato. La logica infatti, si mostra qual è, ma parlarne, servendosi dello stesso linguaggio in cui si articola, è un po' come voler sollevarsi da soli per i capelli. Il senso comune immagina la logica come una macchina nel cervello, una specie di calcolatore elettronico capace, in potenza, di sciogliere tutti gli enigmi dell'universo, una sorta di binario perfetto capace di trasportare il pensiero da qualunque punto a qualunque altro punto dell'universo concettuale, una chiave buona per aprire tutte le serrature.

Si ammette bensì che possano accadere degli accidenti, che la macchina possa guastarsi o la locomotiva uscire dalle rotaie, o la serratura arrugginarsi, ma non si dubita

che in teoria ogni problema possa venire risolto, ogni meta raggiunta, ogni porta spalancata.

In verità, simili macchine, rotaie o chiavi onnipotenti, non sono affatto impossibili. Per realizzarle basterebbe soltanto avere prima alcune semplici precauzioni: programmare il calcolatore in modo da renderlo idoneo a risolvere tutti i problemi desiderati; costruire una rete di binari abbastanza fitta da collegare tutti i punti che interessano; munire ogni porta di una serratura adatta all'unica chiave disponibile. Il succo di tutta la faccenda sta nella lapalissiana conclusione che ogni domanda ammette una determinata risposta logica, soltanto se è stata posta in modo da ammettere *quella* risposta e non per effetto di un misterioso potere della logica. Per esempio, il principio di non contraddizione non ha di per sé alcuna virtù magica. Non è che con esso sia dato evocare dalle pieghe dei problemi il vero ed il falso, il giusto e l'ingiusto, ma è la semplice circostanza che quei problemi siano tali da offrire un'unica soluzione, a determinare l'impossibilità logica di diverse contemporanee soluzioni. **Il principio, cioè, non crea l'incompatibilità, ma è l'incompatibilità che crea il principio.**

Un insieme di proposizioni è completo e coerente quando ogni conclusione logica che se ne possa trarre è implicita nelle premesse o, come si dice, tautologica. **In un sistema completo e coerente ogni conclusione non tautologica è arbitraria o priva di senso.** Come dice Russell, la conoscenza matematica «è esattamente della stessa natura della grande verità che ci sono tre piedi in una yarda».

Le entità di un sistema logico non hanno una *natura in sé*, ma soltanto le caratteristiche postulate entro la teoria nella quale sono considerate. Il sistema della logica *funziona* perfettamente soltanto nello stesso ambito e in quello delle teorie fondate su un insieme di assiomi completo e coerente, come le matematiche e le varie geometrie (piana, ellittica, iperbolica). Il sistema *serve*, altresì, in tutti i campi nei quali si possono adattare modelli matematici (fisica, chimica, cibernetica, biologia, economia) ai dati sperimentali, in una sorta di simbiosi tra il metodo deduttivo e quello induttivo, il che avviene soltanto quando l'intero campo d'indagine sia ordinato entro una rete di rapporti *puramente quantitativi*.

7) Nell'idea del diritto (più precisamente dell'attività di interpretazione giuridica) come sistema scientifico, **le norme dell'ordinamento vengono concepite**, più o meno consapevolmente, **come qualcosa di simile agli assiomi e postulati della scienza pura** (logica-matematica, geometria), **oppure come fossero gli «oggetti» delle scienze empiriche.**

Nel primo caso, le regole d'interpretazione si fanno corrispondere alle regole di trasformazione delle formule assiomatiche, le sentenze ai teoremi.

Nel secondo caso, l'apparato teorico impiegato (i principi) si identifica con quello in uso nelle scienze applicate (in definitiva le ordinarie regole della logica), le sentenze con le leggi fisiche, biologiche ecc.

Si tratta in entrambi i casi di un'idea falsa perché le proposizioni legislative, evidentemente, non assomigliano neanche un poco ad un insieme completo e coerente di proposizioni formalizzate e irriducibili e neppure ad un campo di fenomeni «obiettivi», tutti misurabili e catalogabili quantitativamente. Si pensi, tanto per fare qualche esempio, alla

coscienza e volontà, alla responsabilità, alla colpa, al potere discrezionale, alla malafede, al buon costume, alla scusabilità dell'errore e così via.

Le conclusioni che discendono dalle considerazioni sin qui svolte non hanno la pretesa di essere delle novità. Chiunque abbia un poco il senso della storia e qualche dimestichezza con i problemi del pensiero scientifico, può averle già fatte proprie.

Io spero soltanto che la mia analisi valga a convincere qualche altra persona che **le «selezioni» dei giudici non si giustificano se non invocando ingombranti fantasmi. Ed i fantasmi non servono a migliorare il sistema d'amministrazione della giustizia, ma tutt'al più a difendere interessi particolari.**



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org