

Novembre 2020

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
11/2020

Conversazione

1 SUGGERZIONI LETTERARIE CONTRO LA PENA DI MORTE

Intervista ad Antonio Salvati

Susanna Arcieri, Raffaele Bianchetti,
Antonio Salvati

Riflessione

53 AMIANTO/3, LA CAUSA PENALMENTE RILEVANTE È IL CUORE DEL PROBLEMA

Luca Santa Maria

Riflessione

10 IL “MONDO DI MEZZO”. UNA SFIDA DEFINITORIA PER L’ART. 416 BIS C.P.

Lorenzo Picarella

Riflessione

60 IL’OFFENSIVITÀ DELLA COLTIVAZIONE DOMESTICA DI CANNABIS

*Commento a margine della sentenza
SS.UU. n. 12348/2020*

Paola Bonora

Riflessione

35 PER UNA PROPOSTA DI FORMAZIONE SCIENTIFICA DEI GIUDICI

*Qualche spunto a partire
dall’esperienza statunitense*

Susanna Arcieri, Piergiorgio Strata

Opinione

68 INTERVISTA A MARCO IACOBONI – PT. 3

*Neuroscienza e società: un grande potere
e grandi responsabilità*

Susanna Arcieri, Giovanna Baer,
Matteo Vizzardi, Marco Iacoboni

Conversazione

92 IL LINGUAGGIO DEL DIRITTO NELLA SOCIETÀ DELL'IMMAGINE – PT. 5

*Il visibile e l'invisibile. La legge
e il legame sociale*

Alessandro Rudelli, Chiara Simonigh,
Paolo Heritier

Riflessione

72 ANTIRICICLAGGIO E OBBLIGHI POSTI DALL'UNIONE EUROPEA. L'ITALIA TRA RITARDI E INADEMPIENZE

*È stato istituito un registro
nazionale dei titolari effettivi
delle società? questo registro
è pubblico e accessibile?
Il "doppio no" dell'Italia*

Susanna Arcieri, Fabio Basile

Riflessione

96 PERCHÉ L'ANTIPROIBIZIONISMO È LOGICO (E MORALE)

Introduzione

Persio Tincani

Riflessione

75 SFIDA AL PRINCIPIO DI IMPUTAZIONE

*AUna conversazione con
Philip Zimbardo*

Clelia Bartoli

Riflessione

106 AMIANTO/4 – LA SCIENZA È CONTINUAMENTE MANIPOLATA E DISTORTA DALLE PARTI: IN AULA LA “LEGGE SCIENTIFICA” NON ESISTE

Luca Santa Maria

Articolo

113 L'ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO DI GHEORGHE E FLORICA

*Voci di un glossario della law
in action*

Alessandro Simoni

Riflessione

129 QUANDO LA VERITÀ HA UN PREZZO

*Le minacce rivolte ai giornalisti
impegnati nelle inchieste su
corruzione, fatti di mafia
e criminalità economica.
Il panorama internazionale
e quello italiano alla luce
di due recenti pubblicazioni*

Susanna Arcieri

Riflessione

137 SUPERIAMO I RIGIDI AUTOMATISMI DI LEGGE IN AMBITO PENITENZIARIO

*Breve nota sulla questione di
costituzionalità sollevata
dal Magistrato di Sorveglianza
di Spoleto*

Antonella Calcaterra

Fonte storica

141 MAGISTRATI, POTERE E CITTADINI IN ITALIA. IL GIUDICE “POLITICO”

Marco Ramat

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, Alessandro Simoni, Piergiorgio Strata, Mario Tantalò, 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 T. Salvini 10 | 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

— Suggestioni letterarie contro la pena di morte

Intervista ad Antonio Salvati

Literary suggestions against the death penalty

Interview with Antonio Salvati

di Susanna Arcieri, Raffaele Bianchetti, Antonio Salvati

Siamo rimasti molto colpiti dalla lettura del suo ultimo libro, [La penna e la forza. Scrittori e pena di morte. Suggestioni letterarie per il rifiuto della pena capitale](#) (Intrecci, 2020), nel quale lei presenta una ricognizione storico-letteraria delle principali opinioni critiche espresse nel corso della storia da decine di scrittori, poeti e letterati, in materia di giustizia e, in particolare, sul problema della pena di morte.

A questo proposito, le chiediamo: perché ha scelto proprio la pena capitale (e le critiche a essa rivolte) come tema centrale dell'opera? Quale criterio ha seguito nel selezionare gli autori da citare?

Per la verità, non c'è stato nessun criterio. Amo molto leggere, sono un insegnante d'italiano, divoro romanzi nel corso dell'anno. In virtù del mio impegno ultraventennale per l'abolizione della pena di morte¹, rimanevo colpito ogni volta che mi imbattevo in brani, testi e romanzi che trattavano questo tema.

Dunque, ho semplicemente raccolto i vari scritti che ho incontrato negli anni, circa cinquanta autori in totale, senza di fatto operare alcuna selezione. Non pretendo certo di aver dato conto di tutto, sono sicuro che ci siano molti altri testi, soprattutto tra quelli

¹ Antonio Salvati è infatti da anni esponente della [Comunità di Sant'Egidio](#), tradizionalmente impegnata, tra l'altro, in una intensa campagna in favore della moratoria delle esecuzioni capitali e per l'abolizione della pena di morte.

contemporanei. Penso ad esempio a Grisham: nel mio libro ho incluso in paio di suoi romanzi, ma credo che il tema della pena di morte sia presente in altri suoi *legal-thriller*.

Attraverso questo libro, ho potuto coniugare due profonde passioni: quella per i romanzi e per la letteratura in generale e il mio personale impegno contro la pena di morte, impegno che condivido con gli amici della Comunità di Sant'Egidio a Roma, presso la quale presto servizio. In questo senso, proprio nella prospettiva del nostro impegno abolizionista, ho incluso nella rassegna anche alcuni testi a mio avviso particolarmente "suggestivi", come ad esempio alcuni estratti delle opere di Dostoevskij e di Hugo.

Le ragioni della scelta del tema centrale del libro, ossia l'abolizione della pena di morte e il rapporto tra giustizia e letteratura, emerge non solo dal suo impegno nell'associazionismo, ma anche – come lei stesso spiega – dall'esperienza da lei maturata, nella sua vita e nella sua professione, in merito alla possibilità di trasmettere messaggi importanti tramite rappresentazioni letterarie, cinematografiche, addirittura attraverso le canzoni. In particolare, ci ha spiegato che, talvolta, questi strumenti consentono di veicolare idee e concetti con una forza straordinaria, nei confronti sia dei giovani sia delle persone adulte.

Certo. La filosofia di fondo del mio libro è sostanzialmente questa: la letteratura, e più in generale l'espressione artistica, hanno giocato e possono giocare anche in futuro un ruolo fondamentale per quanto concerne la promozione dei diritti umani, spesso molto più di quanto possano fare testi filosofici o giuridici, che talvolta sono troppo tecnici e asettici per essere sufficientemente compresi e apprezzati da un pubblico di giovani (e non solo). Specialmente per quanto riguarda i giuristi, infatti, talvolta si ha la percezione che essi parlino più che altro "per i propri simili", indirizzando le proprie riflessioni a un pubblico preciso e circoscritto.

A questo proposito si possono fare una valanga di esempi, molti dei quali sono riportati anche nel libro. Penso innanzitutto ad alcune pagine dell'opera di Dostoevskij, *Memorie dalla casa dei morti*, che, come è noto a tanti, contiene una critica talmente serrata nei confronti del sistema penitenziario russo da spingere lo Zar Alessandro II ad attuare un'ampia riforma giudiziaria. Ma penso anche alla nota opera di Turgenev, *Memorie di un Cacciatore*, i cui racconti, apparsi tra il 1847 e il 1850, rappresentano un atto di denuncia sociale molto potente, in cui sono poste in evidenza le condizioni miserevoli dei contadini dell'epoca, il dispotismo dei proprietari terrieri e il processo di progressivo impoverimento delle campagne. Il tutto venne descritto in maniera tanto efficace da suscitare forti emozioni nei lettori e si racconta che lo stesso erede al trono, il futuro Zar Alessandro III, ne rimase profondamente turbato. Sempre per restare in ambito russo, sappiamo bene, inoltre, quanto le opere di Pasternak e Solgenitsin abbiano avuto la forza e la capacità di incidere concretamente nella storia degli uomini, non solo degli uomini dei loro paesi.

Ciò che ripeto spesso ai miei studenti è che molte persone della mia generazione hanno compreso l'Italia fascista in gran parte grazie ai romanzi, grazie a opere come *Gli Indifferenti* di Alberto Moravia e *Fontamara* di Ignazio Silone. Quest'ultimo, in particolare, offre un significativo spaccato della vita contadina, molto diffusa nell'Italia all'epoca, e di come vivevano gli abitanti di quei comuni rurali durante il fascismo.

Lei sostiene che la letteratura può assumere un ruolo importante anche per quanto riguarda la comprensione del concetto stesso di giustizia, e per la promozione della stessa nella società civile. In che modo, secondo lei, si manifesta concretamente questo ruolo?

Quando, nell'ambito delle attività svolte con la Comunità di Sant'Egidio, ci rechiamo nelle scuole, spesso ci sentiamo dire dagli studenti: «In Italia la pena di morte non c'è più».

In questi casi, solitamente rispondo: «Sì, grazie a Dio è vero, ma ragionare di pena di morte significa in realtà ragionare anche su altri temi, che ci riguardano da vicino, come appunto la giustizia, la vendetta, la redenzione». Sono tutti problemi su cui occorre ragionare continuamente, se non vogliamo diventare disumani. In questo senso, sono convinto che la letteratura ci venga incontro, che rappresenti un grande aiuto soprattutto per noi insegnanti, che talvolta abbiamo il limite di non riuscire a trasmettere i concetti con la stessa passione e la stessa efficacia dei grandi scrittori.

A questo proposito, bisogna però sgombrare il campo da un pregiudizio, secondo cui un romanzo è qualcosa che si legge – potremmo dire – “per perdere tempo”, o anche per puro e semplice intrattenimento. Non è così: il romanzo, di per sé (non parlo, ovviamente, di tutti i romanzi) possiede un valore fortemente conoscitivo e non è un caso che, dall'inizio dell'800, divenne via via un genere sempre più egemonico, un vero e proprio strumento di conoscenza e di verità.

Questo è molto importante, anche perché, tra parentesi, il mio libro vorrebbe essere anche un esempio di amore nei confronti della letteratura; io stesso cerco continuamente di trasmettere ai miei studenti la mia personale passione per la letteratura. Racconto loro spesso che, leggendo e rileggendo romanzi di autori come Stendhal, Balzac, Dickens, Dostoevskij, Tolstoj, possiamo ricavarne, ogni volta, un fascino immenso, e ci sentiamo sempre profondamente toccati.

Per chi si occupa di diritto e giustizia, alcune di queste letture – ad esempio, *Il Rosso e il Nero* di Stendhal, *Guerra e Pace* di Tolstoj, *L'Idiota* di Dostoevskij – non solo possiedono un fascino irresistibile, ma pongono anche numerosi interrogativi. Sono testi ricchissimi di quesiti, che stimolano domande, contengono vere e proprie sfide per il diritto, nelle quali il tema di giustizia è una costante pietra d'intralcio, una domanda insistente. Spesso poi la domanda rimane priva di risposte, ma la domanda è stata posta.

Infatti, la letteratura non ha la pretesa di fornire soluzioni; tuttavia, io credo fermamente che, senza la letteratura, saremmo tutti un pochino più poveri. Come ebbe a dire Todorov, la letteratura è importante perché vuole conoscere semplicemente l'esperienza umana. Come tanti hanno sottolineato, Dante e Manzoni ci hanno insegnato tanto sulla condizione umana, quanto e forse più di tanti sociologi e psicologici. Non c'è, pertanto, un'incompatibilità fra discipline sociali e letteratura: quest'ultima è infatti in grado di calarsi nella profondità di abissi spesso incommensurabili, ivi compreso l'abisso dell'orrore della pena di morte.

In questo senso, il compito della letteratura non è trovare risposte, ma mettere a disposizione i propri mezzi per cercarle. E i mezzi di cui la letteratura dispone sono tanti.

Effettivamente, attraverso i romanzi è possibile raccontare esperienze, relazioni, situazioni, spesso in maniera molto più efficace di quanto si possa fare tramite un saggio.

Esattamente. In questo senso, la letteratura può veramente aiutarci, può essere una vera e propria risorsa di senso per l'umanità del nostro tempo. Anche sotto questo profilo, gli esempi non mancano. Ne propongo uno solo, forse quello che ho visto ha toccato maggiormente i miei studenti. Molti dei testi che ho analizzato nel libro, hanno conosciuto anche una trasposizione cinematografica (è noto a tutti il grande successo che ebbe *Dead Man Walking*, ispirato all'omonimo romanzo autobiografico di suor Helen Prejean, la cui storia è divenuta famosa proprio grazie al film). Come dicevo prima, tra i libri presenti nella mia rassegna ne ho incluso alcuni di John Grisham, tra cui un'opera intitolata *L'Appello*, che è poi approdata al grande schermo col film *The Chamber*, che vanta un'ottima *performance* dell'attore Gene Hackman, nei panni del condannato a morte.

L'Appello è forse uno dei libri più seri e impegnati dello scrittore americano: racconta la storia di un uomo, militante del Ku Klux Klan, razzista, accusato di aver ucciso in un attentato i due figli di un avvocato ebreo, che attende di essere giustiziato. Egli ha un nipote, un giovane laureato in legge che decide di fare propria la causa del nonno.

Grisham dipinge il condannato come un uomo spregevole, la personificazione del male assoluto, una persona che difende a spada tratta le sue idee antisemite e che ha ucciso un ragazzo nero senza motivo. Il nipote, però – che peraltro è al suo primo incarico professionale – decide non solo di difenderlo, ma anche di entrare in rapporto con questo nonno veramente ingombrante. È da sottolineare l'estrema bravura dello scrittore, che si è mostrato capace di far emergere il lato umano dell'assassino, per dimostrare come anche le persone più spietate siano capaci di sentimenti nobili. Ed è precisamente quello che, col tempo, capisce il nipote, il quale non riuscirà a salvarlo ma si ritroverà, alla fine della storia, animato da un forte senso di umanità. Capirà, cioè, che in fondo quell'uomo cercava di essere compreso e perdonato.

Si tratta di un libro che – come si vede molto bene nel film – rappresenta un vero e proprio inno alla vita, ed è perciò un ottimo strumento per far capire, una volta di più, l'inutilità della pena di morte. Sotto questo specifico aspetto, inoltre, il libro è estremamente valido: pur essendo un romanzo, tratta l'argomento con grande precisione e rigore, ma anche con durezza, e trasmette una forte angoscia. Le assicuro che ho visto giovani commuoversi, soprattutto davanti alla visione del film.

Questo mi porta ad un altro aspetto importante: la letteratura, a mio modo di vedere, ci consente di restituire dignità anche a uomini che, come il protagonista del libro di Grisham, che si sono macchiati di crimini gravissimi. Ho avuto modo di sperimentare questa circostanza personalmente, in occasione degli scambi di corrispondenza con alcuni detenuti condannati, un'attività che abbiamo avviato all'interno della Comunità di Sant'Egidio. Nell'ambito di questi rapporti epistolari, i detenuti ci hanno spesso rivolto domande e provocazioni, che ci hanno costretti a riflettere anche sulla nostra vita personale. Al contempo, ci hanno anche chiesto amicizia, umanità; si tratta di persone che, molto spesso, mostrano un profondo senso della dignità umana e non di rado sono ferventi religiosi.

Ho frequentato le carceri per vent'anni e ho visto cose straordinarie, tanto da pensare, a volte – e si tratta di un pensiero quasi paradossale – che forse, ad alcuni, il carcere ha fatto bene, in fin dei conti. Ho visto detenuti, che nella vita da liberi non avevano mai preso in mano un quotidiano, leggere il giornale tutti i giorni; li ho visti divorare libri, intraprendere percorsi artistici attraverso il teatro.

Il carcere, soprattutto in Italia, è e rimane un'esperienza drammatica, che senz'altro non auguro a nessuno, ma talvolta può trasformarsi in un'occasione di ravvedimento, di ricomprensione della propria vita. E la letteratura rappresenta uno strumento prezioso per far emergere tutto questo.

Con tutto il rispetto, trovo che spesso i giuristi e i filosofi del diritto si imbarchino in discorsi estremamente tecnici, mentre noi "profani" abbiamo perlopiù bisogno di trasmettere un senso di dignità, di umanità dei detenuti, i quali, anche laddove abbiano effettivamente sbagliato e arrecato danni ad altri, hanno pur sempre il diritto – come prevede la Costituzione – di intraprendere un percorso di riabilitazione.

Un passaggio del suo libro che ci ha molto colpito, e che vorremmo ricordare, è quello in cui lei osserva: «Si crede che al di là del testo di legge non ci sia altro che l'arbitrio e l'abuso di potere. Non si crede che vi sia una verità morale da scoprire, cioè che vi siano valutazioni giudiziarie corrette e giustificabili sul piano della ragione e valutazioni prevaricatrici e infondate». Lei riconduce questa circostanza a una sorta di «deficit culturale», un «problema di coscienza», che «ha bisogno di una società, di un humus culturale, in cui sia diffusa la convinzione che i giudizi di coscienza non sono il frutto dell'arbitrio personale» (p. 35-36).

Può spiegarci meglio la sua posizione su questo punto, specie con riferimento ai processi decisionali seguiti dal giudice (penale)?

Mi vengono in mente a questo proposito due libri: il primo è *La domanda di giustizia*, che è un dialogo tra il Cardinal Carlo Maria Martini e Zagrebelsky sul tema del giudicare, e il secondo è un'opera dello scrittore francese André Gide, *Non Giudicate*, che ho trattato anche nel mio libro.

I magistrati in Italia sono diverse migliaia. Si tratta, a mio avviso, di persone che hanno alle spalle un'ottima formazione non solo giuridica, ma anche culturale. È difficile incontrare un magistrato che si lascia andare a considerazioni sconsiderate.

Eppure, mi pare che talvolta alcuni magistrati subiscano non poco la pressione esercitata dai mezzi d'informazione, che spingono nella direzione della ricerca di un colpevole a tutti i costi e in tempi rapidi.

Per quanto riguarda il libro di Gide, quello che più mi ha colpito di quest'opera è il frequente richiamo, da parte dell'autore, alla dimensione interiore delle scelte degli uomini di legge. Gide sostiene che le regole giuridiche, per quanto dettagliate e precise, non possano mai prescindere, nella loro concreta applicazione, dalle valutazioni personali del giudice e dell'avvocato. I quali, ovviamente, non vivono in un mondo a parte, avulso da qualsivoglia pressione. Da questo punto di vista, la nostra cultura giuridica e sociale,

ispirata ai principi del primato della legge e della neutralità del diritto e dello Stato, si trova spesso del tutto impreparata.

Alcuni ritengono che, al di là del testo di legge, non ci sia altro che l'arbitrio e l'abuso di potere: si fa fatica a credere che vi sia, al contrario, una verità morale da scoprire, che esistano valutazioni giudiziarie corrette e giustificabili sul piano della ragione e valutazioni prevaricatrici e infondate. Si tratta di un *deficit* culturale che, a mio parere, non potrà mai essere colmato semplicemente moltiplicando il numero di vincoli procedurali o dei codici di rito, perché nulla di tutto ciò potrà mai sostituire il giudizio pratico, e la libertà di scelta, del singolo operatore giuridico e del singolo magistrato.

In altri termini, si tratta di un problema di coscienza che, per essere adeguatamente affrontato, necessita, prima della redazione di norme e procedure, di un *humus* culturale in cui sia diffusa la convinzione che i giudizi di coscienza sono il frutto non dell'arbitrio personale, ma di un pensiero ragionato, che tenga conto di tutte le posizioni possibili e soppesi le diverse ragioni contrastanti.

Dico questo perché ho l'impressione che ogni volta che accade qualcosa, ogni volta che ci troviamo di fronte a un nuovo problema sociale, ci sia sempre qualcuno che afferma che: «Occorre inasprire le norme». Aumentano le morti per incidenti stradali? Occorre inasprire le norme. Aumentano le morti sul lavoro? Occorre inasprire le norme.

Io credo – e mi pare di interpretare così anche il pensiero di Gide – che una società che ha cura del giudizio di coscienza e ne costuisce la corretta formazione ed edificazione, sia cosa ben diversa da una società che cerca di condizionare quei giudizi servendosi dell'emotività dell'opinione pubblica. Questo è a mio avviso il problema di fondo. E credo anche che, per quanto riguarda questo problema dell'emotività dell'opinione pubblica, sia fondamentale il richiamo degli scrittori alla dimensione interiore delle scelte degli uomini di legge, che poi è essenzialmente la questione della verità morale.

Se possiamo parlare di giudizi pratici veri o falsi è perché ammettiamo, a monte, l'esistenza di una verità morale da scoprire e da valorizzare. In caso contrario, perché mai dovremmo scandalizzarci se, in una società in cui ognuno tende a fare ciò che più gli aggrada, anche i giudici non trovano ancoraggi di ragionevolezza pratica per giustificare le loro decisioni ufficiali?

Per questo motivo è necessario, come in effetti suggeriscono numerosi scrittori, non rispondere alla violenza con altra violenza, mettendo così in moto un circolo vizioso di cui non si vede mai la fine. La giustizia deve essere altro, sempre. Ecco qual è, a mio avviso, il problema di alcuni magistrati: il fatto cioè di lasciarsi palesemente suggestionare dall'emotività dell'opinione pubblica.

Insomma, sono convinto che a una spinta verso una concezione punitivo-vendicativa occorra rispondere con un diritto rispettoso dei diritti, capace di realizzare forme di giustizia finalizzate a ripristinare le relazioni tra gli uomini. Perché il problema è tornare a convivere insieme; non recidere i rapporti, ma ricongiungerli.

Su questo tema presento alcuni esempi nel mio libro; uno è rappresentato da Albie Sachs, noto giurista sudafricano, ex membro della Corte Costituzionale del Sudafrica, che attraverso una famosa sentenza ha decretato la fine della pena di morte in Sudafrica. Sachs ha avuto una storia terribile, perché è stato vittima di un attentato da parte dei servizi segreti sudafricani durante il quale ha perso un occhio e un braccio. Quando il Sudafrica ha poi voltato pagina, egli è diventato un importante uomo di legge e si è sempre sforzato di giudicare con rettitudine, restituendo – come era solito dire – non l'uguale, ma l'opposto.

Sachs, vittima di un attentato, ha sempre detto che bisogna in ogni caso contrapporsi al male, cercando di non assomigliargli mai. Ha sostenuto che la giustizia non ha nulla a che vedere con il male restituito, ma mira al contrario a ricreare le condizioni positive preesistenti, o desiderabili *ex ante*.

«L'analfabetismo funzionale fortemente presente in questo Paese è molto preoccupante. La scuola e la cultura sono decisive». Così recita un post recentemente pubblicato sulla sua pagina Facebook (31 agosto 2020).

L'analfabetismo funzionale rappresenta quello che alcune delle persone più illuminate individuano come il problema chiave del nostro paese.

Abbiamo bisogno di investire molto in cultura; siamo tendenzialmente molto informati su tutto, ma buona parte della nostra popolazione è incapace d'interpretare, di comprendere veramente le notizie che raccoglie. Paradossalmente siamo sempre più connessi, ma sempre meno consapevoli della verità delle cose e sempre meno capaci di pensare in modo originale e approfondito.

Inoltre, nel sistema dell'informazione cui siamo immersi, spesso ciò che è nuovo viene anche venduto come rilevante. Ma è effettivamente così, mi domando? Dovremmo tutti provare a fare un esercizio: domandiamoci che cosa è importante per la nostra vita. Chiaramente la nostra famiglia, le persone a noi più care; spesso anche la nostra professione. Tutto ciò che riguarda questi aspetti ci tocca direttamente ed è estremamente rilevante per noi.

Mi è capitato di leggere recentemente alcune pubblicazioni in cui veniva spiegato che, di media, ciascuno di noi legge tra le 20.000 e le 30.000 notizie ogni anno. Quante di queste notizie, però, siamo in grado di ricordare? Alcuni studi attestano che mediamente dedichiamo fra i 60 e i 100 minuti al giorno al consumo di *news*, in tutti i possibili formati. Non moltissimo tempo, mi verrebbe da dire che non è un granché.

Quasi sempre, seguire freneticamente gli sviluppi dell'attualità non ci aiuta davvero a capire il mondo. Ci illude, semmai, di partecipare emotivamente a ciò che accade nel mondo, perché veniamo raggiunti dalle notizie in tempi rapidissimi. Racconto spesso ai miei studenti che, quando rapirono Moro, per poter anche solo cominciare a capire che cosa accade dovettero aspettare il telegiornale della sera, perché prima di quel momento non erano ancora disponibili informazioni chiare su che cosa fosse successo. Oggi, se si verifica un fatto importante, come una vicenda delittuosa grave, dopo appena mezz'ora in rete troviamo tutti i dettagli. Questo ci illude di partecipare attivamente e personalmente all'accaduto, ma non ci permette di comprendere pienamente. Il problema è che per

comprendere bisogna faticare, bisogna mettere in campo fatica e – soprattutto – tempo. Occorre, cioè, conoscere non soltanto i fatti, ma anche le vicissitudini, le dinamiche che le collegano e per questo, che ci piaccia o no, occorre tempo, occorrono libri. Non è accettabile che la gente creda di aver capito tutto solo perché ha letto le notizie pubblicate su un *blog*.

Senza contare che questo controllo compulsivo delle *news* ci rende anche sempre più ansiosi, il che non fa che alimentare la nostra tendenza, forse innata, a dare spesso molto più peso alle notizie negative che da quelle positive.

Bisognerebbe, infine, contrastare anche questa diffusione incontrollata di espressioni di odio, di paura e di sospetto reciproci, contrapponendole a manifestazioni di bene, perché grazie a Dio in questo paese non siamo tutti razzisti. Ormai la paura sta dominando la nostra società, le nostre preoccupazioni personali. Vi faccio un esempio personale: come sapete sono un insegnante, e in questi giorni ho ripreso la mia attività a scuola. Non potete immaginare quanta ansia circoli oggi tra molti miei colleghi. Sicuramente viviamo in un momento storico difficile, e per la scuola le difficoltà sono particolarmente significative. Ma quando la paura diventa troppa, finisce per renderci passivi, poco inclini a essere propositivi e a intervenire in modo concreto per fare la nostra parte. La paura, cioè, intacca la nostra volontà, inducendoci a credere che tutto sia di fatto impossibile. Ma non è così; dovremmo sforzarci di generare la cultura del possibile.

Coloro che “fanno cultura”, penso soprattutto ai giornalisti, dovrebbero essere in prima linea in questo processo. Dovrebbero non solo essere competenti a trattare di quel che trattano, così da poter spiegare in maniera efficace le dinamiche dei fatti che raccontano, ma dovrebbero anche essere protagonisti di un giornalismo positivo, che provi anche a indicare le possibili soluzioni ai problemi descritti. Che poi è il problema anche della nostra classe politica, mi perdoni se torno sull'esempio della scuola.

Sappiamo che ha dedicato parte del suo percorso di formazione allo studio delle diverse culture, specialmente culture orientali. A questo proposito, nell'ambito delle attività di questa rivista, abbiamo avuto modo di riflettere con alcuni scienziati su come la cultura sia capace di incidere, anche profondamente, sulle capacità cognitive, di apprendimento e di regolazione delle emozioni di ciascun individuo – pare, ad esempio, che il fatto che in alcune tradizioni non sia “consentito” esprimere certe emozioni (es. vergogna, paura) possa modificare il comportamento delle persone, influenzando la loro reazione agli stimoli e le loro relazioni con gli altri –. Si tratta di un tema molto importante per il diritto penale: basti pensare al filone di ricerca dedicato ai cd. “reati culturalmente orientati”. Nel corso dei suoi studi, ha avuto occasione di affrontare anche questi problemi?

In questo particolare momento storico, caratterizzato da un *trend* generale di costante e progressiva decrescita del numero di esecuzioni capitali nel mondo, la pena di morte è un problema quasi esclusivamente dell'Asia. Il 95% delle esecuzioni, infatti, avvengono in paesi asiatici. In Europa, soltanto la Bielorussia prevede ancora oggi la pena di morte. Per quanto riguarda il continente americano, tra i paesi che tuttora applicano la pena capitale ci sono naturalmente gli Stati Uniti, ma anche lì – nonostante la situazione stia leggermente peggiorando, da quando Trump ha ripreso a fare ricorso alla pena di morte – il *trend* è molto positivo. Anche l'Africa si sta progressivamente liberando dalla pena di morte, manifestando così un senso di umanità importante; ad oggi, i paesi che

ancora la applicano sono quasi sempre a maggioranza mussulmana (è il caso dell'Egitto, del Sudan, della Somalia, ecc.).

Quello della pena di morte è dunque un problema sostanzialmente circoscritto ai soli paesi dell'Asia, e alla Cina in particolare. Tuttavia, sulla base di alcune stime – purtroppo è quasi impossibile reperire dati certi – sembra che anche il numero di esecuzioni ordinate dal governo cinese sia in calo.

Perché questa differenza tra l'Asia e il resto del mondo? È un argomento affascinante, che hanno studiato in molti. C'è senza dubbio una questione di cultura alla base dell'approccio che i diversi paesi hanno nei confronti della pena, e quindi anche della stessa vita umana. La cultura giuridica europea, ad esempio, risente certamente degli effetti della tradizione ebraico-cristiana che ha notevolmente influito in favore della promozione dei diritti umani. Per noi europei sarebbe semplicemente impossibile accettare un sistema di sorveglianza come quello che esiste in Cina, nel quale ogni movimento di ogni singolo cittadino è tracciato e registrato. Pensate che oggi, in Cina, anche coloro che fanno l'elemosina hanno una *app* sul cellulare che consente loro di ricevere il denaro tramite scansione del *QR code*!

Per noi occidentali tutto questo è semplicemente terrificante, oltre a rappresentare una grave violazione della nostra *privacy*. È però un sistema, quello cinese – sempre secondo i dati stime presentate dagli analisti – generalmente accettato dai cittadini, i quali anzi ripongono fiducia in quei meccanismi di controllo serrato sulla popolazione, nella convinzione che essi possano garantire sicurezza e stabilità a livello sociale. Pensate che lì esiste addirittura una sorta di “sistema premiale”, in base al quale ogni cittadino ha una specie di scheda, con un certo numero di punti: maggiore è il punteggio assegnato, più è facile per il singolo accedere ai servizi pubblici. Viceversa, a un punteggio basso – dovuto ad esempio alla presenza di precedenti penali – corrispondono una serie di ostacoli burocratici aggiuntivi e, in generale, una vita decisamente più complicata.

Dunque, anche le ripercussioni giuridiche e penali di queste differenze di cultura e di sistema sono significative. Senza contare, poi, le divergenze riguardanti, più nel profondo, il senso stesso della parola “giustizia”. Vi faccio un esempio: se pensiamo alle fattispecie di reato per le quali è prevista la pena di morte, nei paesi occidentali l'elenco è circoscritto alle ipotesi di omicidio; in Cina, invece, sono condannati a morte gli autori dei reati finanziari. Non di rado, nella storia, sono stati fucilati dirigenti di partito cinesi corrotti. Lo stesso vale per il traffico di stupefacenti, che è punito con estrema severità in molti paesi del Sud-est asiatico.

Riflessione

— Il “mondo di mezzo”. Una sfida definitoria per l’art. 416 *bis* c.p.

The “middle world”. A defining challenge for Article 416 bis of the criminal code

di Lorenzo Picarella

Abstract. Questo contributo ripercorre la vicenda processuale di Mafia capitale, soffermandosi sulle principali controversie che l’hanno caratterizzata, ovvero l’unitarietà o meno dell’associazione criminale e la sua mafiosità. L’analisi si concentra sull’analisi dei reati associativi, in particolare l’elemento organizzativo e il metodo mafioso, e sulla distanza tra definizione giuridica e sociologica di mafia che sembra emergere da questa inchiesta.

Abstract. This paper aims to analyze the Mafia capitale case and it focuses on the main issues arose during the trial, specifically the unity of the criminal organization and the use of the mafia method. The analysis examines the interpretation of the mafia-type offense and assesses the distance between the legal and the sociological definition of mafia in the light of this particular case.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La questione dell’unicità dell’associazione mafiosa. L’indeterminatezza dell’elemento organizzativo. – 2.1. Una o più associazioni? Le diverse posizioni dei giudizi di primo e secondo grado a confronto. – 2.2. La statuizione della Cassazione sulla dimensione organizzativa di Mafia capitale. – 2.3. Mafia capitale ed elemento organizzativo. Riflessioni conclusive a margine della sentenza di Cassazione. – 3. La questione della sussistenza del metodo mafioso. – 3.1. Il tema della mafiosità derivata. – 3.2. Il tema della mafiosità autonoma. – 3.2.1. La mafiosità del sodalizio dedito a usura ed estorsioni. – 3.2.2. La mafiosità del sodalizio dedito alla corruzione negli appalti pubblici. – 3.3. La presa di posizione della Cassazione. – 3.4. Mafia capitale e l’art. 416 *bis* c.p.: riflessioni conclusive sul metodo mafioso. – 3.4.1.

L'interpretazione dell'art. 416 *bis* c.p. alla luce della sentenza di Cassazione. – 3.4.2. L'art. 416 *bis* c.p. tra precomprensione socio-criminologica e processualizzazione delle categorie sostanziali. – 3.4.3. Lo scarto tra definizione giuridica e sociologica di mafia.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The issue of the unity of the mafia-type association. The vagueness of the association element. – 2.1. One or more criminal associations? The different interpretations of the Court of first instance and the Court of Appeal compared. – 2.2. The ruling of the Court of Cassation on the association element. – 2.3. Mafia capitale and the association element. Conclusive remarks. – 3. The issue of the existence of the mafia method. – 3.1. The issue of the derivation of the mafia method. – 3.2. The issue of the autonomous origin of the mafia method. – 3.2.1. The mafia method of the group aimed at committing loan sharking and extortion crimes. – 3.2.2. The mafia method of the group aimed at committing corruption crimes in the public contract sector. – 3.3. The ruling of the Court of Cassation. – 3.4. Mafia capitale and the art. 416 *bis* c.c.: final remarks on the mafia method. – 3.4.1. The interpretation of the art. 416 *bis* c.c. in the light of the ruling of the Court of Cassation. – 3.4.2. Mafia capitale between socio-criminological knowledge and broad reading of the art. 416 *bis* c.c. – 3.4.3. The gap between legal and sociological definition of mafia.

1. Introduzione.

L'inchiesta «Mondo di mezzo», che ha ipotizzato l'esistenza di una mafia autoctona, denominata «Mafia capitale», nel territorio di Roma, impegnata nel settore degli appalti pubblici e in quello del recupero crediti e dell'usura, ha indubbiamente suscitato un acceso dibattito giuridico sull'art. 416 *bis* c.p. e uno storico-sociale su cosa sono le mafie oggi. A processo concluso, sembra opportuno ripercorrere tale vicenda per raccogliere gli spunti che questa ci ha lasciato.

Nel corso del processo due sono state le questioni che più di tutte hanno creato controversie tra i giudici di merito e di legittimità: l'unitarietà dell'organizzazione criminale e la sussistenza del metodo mafioso. Si tratta, dunque, di una vicenda che pone al centro l'interpretazione dei reati associativi e, in particolare, il delitto di associazione mafiosa. Il procedimento ha visto delinearsi due posizioni contrapposte: da una parte, la Cassazione in fase cautelare¹ e il giudizio di appello² hanno riconosciuto l'esistenza di un'unica associazione per delinquere di tipo mafioso accogliendo la ricostruzione dell'accusa, mentre, dall'altra, i giudici di primo grado³ hanno rilevato l'esistenza di due associazioni per delinquere semplici. La Cassazione è, infine, intervenuta annullando senza rinvio la sentenza di appello e avallando le statuizioni del giudice di prime cure⁴.

Nei successivi paragrafi si intende approfondire le due principali questioni emerse nel processo, analizzandole alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sull'art. 416 *bis* c.p., per verificare la presenza di eventuali novità nell'interpretazione del reato di associazione mafiosa.

¹ Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 2015, n. 24535; Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 2014, n. 24536.

² App. Roma, sez. III, 11 settembre 2018, n. 10010.

³ Trib. Roma, sez. X, 20 luglio 2017, n. 11730.

⁴ Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125.

2. La questione dell'unicità dell'associazione mafiosa. L'indeterminatezza dell'elemento organizzativo.

2.1. Una o più associazioni? Le diverse posizioni dei giudizi di primo e secondo grado a confronto.

Nel corso dell'*iter* giudiziario uno dei punti più controversi ha riguardato l'unitarietà organizzativa o meno di Mafia capitale. Come anticipato, due sono le ricostruzioni formatesi su tale questione: da un parte, il Tribunale di Roma ha riconosciuto l'esistenza di non una, ma di due separate associazioni per delinquere, la prima capeggiata da Carminati e finalizzata alla commissione di delitti di estorsione e di usura, avente sede operativa presso il distributore Eni di Corso Francia a Roma, la seconda, guidata dal duo Buzzi-Carminati, dedita alla corruzione nel settore degli appalti pubblici; dall'altra, la Corte di Appello di Roma ha ritenuto la sussistenza di un'unica associazione mafiosa, risultato della fusione dei due gruppi, che nella nuova entità rappresentano i due rami di azione, sottoposti a direzione unitaria, in cui è impegnato il sodalizio.

Secondo i giudici di primo grado le due associazioni per delinquere si distinguono non solo sotto il profilo oggettivo, ma anche e soprattutto sotto quello soggettivo. Guardando alle attività svolte, si è rilevata la sussistenza di due programmi criminali separati a cui corrispondono due diversi sodalizi. Ciò è stato ricavato da una serie di elementi. Si è valutato che i partecipi ai due sodalizi non avevano conoscenza delle attività svolte dall'altro e mancava in essi la consapevolezza dell'esistenza di un'unica regia operante tra i gruppi. È stata rilevata anche una eterogeneità nei soggetti coinvolti; infatti, i membri del sodalizio dedito al recupero crediti e all'usura non hanno partecipato alle attività di quello impegnato nel settore degli appalti pubblici e viceversa. I pochi contatti avvenuti tra le due realtà non farebbero emergere la consapevolezza di appartenere a una stessa organizzazione criminale. Si è trattato di limitate interazioni non concernenti il raggiungimento degli scopi associativi. In sostanza, il «mondo di sopra» e il «mondo di sotto» non si sarebbero quasi mai incrociati e nemmeno conosciuti. Il fatto che Carminati abbia partecipato a entrambe le associazioni per delinquere non è stato considerato sufficiente a provare l'avvenuta fusione tra esse e la sussistenza di un'unitarietà d'azione. I giudici hanno individuato, poi, una diversità di cautele nel proteggere le proprie attività. Nel settore del recupero crediti le precauzioni adottate sono state considerate di basso livello, mentre nel campo degli appalti pubblici si è ricorso a strumentazioni sofisticate, quali l'utilizzo di un *jammer* per bloccare eventuali intercettazioni. Questo dato è stato interpretato come prova della diversità delle due associazioni a delinquere.

Il Tribunale, inoltre, menziona il fattore temporale quale elemento che fa propendere per la duplicità organizzativa. Carminati e Buzzi si sono incontrati per la prima volta nel 2011 e allo stesso anno sono riferibili le attività corruttive legate al settore degli appalti pubblici, mentre le prime azioni intimidatorie relative all'attività di recupero crediti e usura sono datate a fine 2012. In virtù di tale sfasatura temporale i giudici hanno ritenuto non corretta la ricostruzione dell'accusa, secondo cui la rete di cooperative di Buzzi avrebbe inglobato il gruppo di Carminati per sfruttarne la già consolidata forza intimidatrice accumulata nei settori dell'usura e delle estorsioni. Una possibile obiezione alla posizione assunta dal Tribunale potrebbe arguire che il gruppo inserito nel *business* degli appalti pubblici avesse deciso solo in un momento successivo di servirsi dei metodi intimidatori dell'altro. Tuttavia, ad avviso dei giudici non vi sono prove in grado di

dimostrare la conoscenza delle prassi adottate dal sodalizio di Carminati e la volontà da parte di Buzzi e dei suoi sodali di farle proprie. In definitiva, secondo la lettura dei fatti data dal Tribunale i due sodalizi sono differenti in base agli scopi perseguiti e ai soggetti reclutati e rimangono separati nel corso del tempo.

Il giudizio di appello, riprendendo la statuizione della Cassazione durante la fase cautelare, ha affermato, invece, la sussistenza di un unico sodalizio criminale. Mafia capitale rappresenterebbe il risultato della fusione tra la rete di cooperative di Buzzi che con metodo corruttivo gestiva alcuni settori degli appalti pubblici romani e il gruppo di Carminati dedito al recupero crediti e all'usura. La nuova entità avrebbe acquisito il metodo corruttivo e il modello organizzativo dal gruppo di Buzzi, mentre i contatti politici e i metodi intimidatori da quello di Carminati.

L'organizzazione è stata ritenuta suddivisa in due rami di attività, da una parte l'usura e il recupero crediti e dall'altra la corruzione, che, pur rimanendo separati, sottostanno a un'unica regia di comando, portata avanti da Buzzi e Carminati. Proprio l'unicità del vertice costituirebbe la prova dell'unitarietà dell'organizzazione. Rispetto alla posizione assunta dai giudici di primo grado, la Corte ha sostenuto che, nonostante Buzzi non si fosse interessato alle attività di recupero crediti di Corso Francia, ciò non ha messo in discussione l'unitarietà dell'organizzazione, in quanto non è necessaria la conoscenza da parte degli affiliati di tutte le attività svolte dai vari rami del sodalizio. Ciò che rileva è l'unità di vertice, perché ben possono esservi delle divisioni settoriali nella struttura organizzativa, finalizzate, ad esempio, a mantenere la segretezza delle attività. Inoltre, la Corte, a differenza del Tribunale, ritiene che vi fosse diffusa consapevolezza tra gli associati delle attività svolte presso il distributore di Corso Francia.

Riguardo alla sfasatura temporale della nascita dei due sodalizi, sottolineata nel giudizio di primo grado, viene invece rilevato che Carminati si sarebbe occupato delle attività di recupero crediti da prima del 2011, anno di incontro con Buzzi.

2.2. La statuizione della Cassazione sulla dimensione organizzativa di Mafia capitale.

A giudizio della Cassazione la motivazione della Corte di Appello presenta vizi logici evidenti nella sua argomentazione e risulta carente. Si evidenzia un approccio di tipo presuntivo, per cui i giudici di secondo grado, partendo dall'assunto che l'associazione sia unica in base a quanto stabilito in fase cautelare, hanno criticato la ricostruzione effettuata dal Tribunale di Roma per non aver motivato adeguatamente il fatto di essersi distaccato da quanto accertato dalla pronuncia cautelare. Tuttavia, i fatti oggetto del giudizio cautelare sono diversi rispetto a quelli risultati dalla puntuale istruttoria dibattimentale del primo grado e la Corte d'Appello avrebbe dovuto confrontarsi con quest'ultimi, essendo tenuta a fornire una motivazione «rafforzata», necessaria nell'ipotesi di una *reformatio in peius*.

La Corte di Appello, invece di fornire prove positive circa l'unicità dell'organizzazione, capaci di fondare una ricostruzione più persuasiva rispetto a quella del giudice di prime cure, si è limitata a mettere in rilievo elementi di mero riscontro dell'assunto di partenza, i quali tuttavia non sono idonei a provare di per sé l'unitarietà organizzativa. Nello specifico viene dato per assodato, senza fornire prove in senso

positivo, il fatto che Carminati fosse conosciuto e ritenuto il capo da tutti i sodali, anche se il giudizio di primo grado ha negato una tale circostanza. Gli elementi portati a sostegno della diffusa consapevolezza di appartenere a un'organizzazione unitaria sono considerati inconsistenti dalla Cassazione. Il fatto che Buzzi non si sia mai interessato alle attività di recupero crediti è stato ritenuto irrilevante, in quanto si è richiamato quel filone giurisprudenziale secondo cui non è necessaria, ai fini della configurabilità del reato, la reciproca conoscenza dell'identità degli altri membri del sodalizio, tenuto presente che questo può assumere le forme più diverse, anche una divisione in sottogruppi. La Cassazione ritiene il richiamo a questo principio inconferente, poiché è stato elaborato in relazione a gruppi criminali di grandi dimensioni; ma, in ogni caso, persiste il problema dell'assenza di prove positive circa l'unicità dell'associazione.

La Corte d'Appello, in definitiva, ha basato la propria tesi esclusivamente sulla partecipazione a entrambe le realtà da parte di Carminati e su sporadiche e non significative interazioni tra soggetti legati ai due mondi. A giudizio della Cassazione tali elementi non sono sufficienti da soli a provare la sussistenza di un comune *pactum sceleris*.

2.3. Mafia capitale ed elemento organizzativo. Riflessioni conclusive a margine della sentenza di Cassazione.

Riassumendo le posizioni emerse, «se la tesi del Tribunale è che senza un corpo omogeneo non può sussistere un'associazione unitaria, invece la tesi della Corte [di Appello] è che il vertice, in quanto capace di coordinare tutte le (diverse) attività e di volerle ad un unico scopo, unifica l'associazione»⁵.

L'argomentazione utilizzata della Cassazione per aderire alla tesi del Tribunale di Roma appare in buona parte persuasiva. Nel caso di specie non si rinvenivano prove della consapevolezza nei partecipi di aderire a un'unitaria associazione criminale, volta a perseguire i propri scopi in diversi settori. Anche lo stesso Carminati, benché attivo sia nel recupero crediti che nella corruzione degli appalti pubblici, non sembra ricondurre a unitarietà i due mondi. Riprendendo la conversazione in cui esplicita la c.d. «teoria del mondo di mezzo», pare essere lui, forse assieme a Brugia, il solo intermediario tra il mondo di sopra e quello di sotto, i quali rimangono separati.

Approfondendo l'analisi, emerge come Carminati intenda fornire servizi illeciti e mettere a disposizione il suo capitale sociale a beneficio del mondo dell'economia formalmente legale in cambio di compartecipazioni nelle attività imprenditoriali. Si tratta di un modo di porsi non dissimile da quello delle mafie tradizionali⁶; solo che, in questo caso, Carminati non ha al suo seguito una cosca mafiosa con numerosi affiliati e una storica presenza territoriale, ma si propone come singolo che, grazie al suo passato

⁵ E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, in *Arch. pen.*, 3, 2019 (Web), p. 6.

⁶ Sulle interazioni tra mafie e attori dell'economia formalmente lecita, con particolare riferimento al ruolo del capitale sociale dei mafiosi nel costituire e inserirsi in circuiti criminali a cavallo tra legale e illegale, si rimanda, per tutti, a R. Sciarone (a cura di), *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Donzelli, 2011, pp. 6 ss.

criminale e alle sue conoscenze, intende offrire agli imprenditori, di volta in volta, servizi illeciti e il proprio capitale sociale.

Il quadro che sembra emergere dal processo raffigura due reti, appartenenti a realtà diverse, accomunate dalla sola presenza in entrambe di Carminati. È importante sottolineare anche che Carminati attinge raramente al mondo di sotto per risolvere questioni attinenti al mondo di sopra. In primo luogo, perché nel settore degli appalti pubblici le modalità di azione prevedono principalmente il ricorso alla corruzione e, in secondo luogo, nelle rare volte in cui si deve ricorrere alla minaccia è lui in prima persona a intervenire. Ciò avvalorava maggiormente la tesi della non unitarietà dell'organizzazione. Inoltre, gli sporadici e non significativi contatti avvenuti tra soggetti appartenenti ai due mondi fanno propendere ancora di più per la sussistenza di due associazioni per delinquere, invece di una.

D'altro canto, se pur si considerano convincenti gli argomenti della Cassazione, bisogna tener presente anche che l'evoluzione della giurisprudenza sulla già vaga formulazione dell'associazione per delinquere ha reso ancora più indeterminati i confini del concetto di associazione. Se non è necessaria la conoscenza dell'identità e delle attività degli altri appartenenti al sodalizio, ma risulta sufficiente essere consapevoli di far parte con altri due soggetti di un'associazione finalizzata a commettere delitti⁷, allora l'interpretazione della norma è estesa fino al suo estremo. Inoltre, il principio della non necessaria conoscenza reciproca tra gli associati è stato applicato dalla Cassazione non solo ad associazioni per delinquere di grandi dimensioni, ma anche a reti corruttive, non particolarmente estese, tra pubblica amministrazione e imprenditoria⁸.

La sola presenza di Carminati in entrambe le associazioni potrebbe in astratto risultare idonea a configurare un'unica associazione per delinquere secondo quanto previsto dall'art. 416 c.p. La separazione dal punto di vista organizzativo dei due rami di Mafia capitale è un argomento che può fungere da mero sostegno a quello dell'unitarietà o pluralità dei programmi criminosi, in quanto la giurisprudenza non ritiene rilevante la consapevolezza da parte del soggetto agente dell'identità di tutti gli appartenenti al sodalizio e dell'intera articolazione organizzativa, la quale può assumere le forme più varie⁹. Di conseguenza, è in astratto configurabile un'associazione per delinquere suddivisa in più sottogruppi che non si conoscono e non vengono mai in contatto tra loro.

Elemento decisivo per stabilire l'unitarietà o meno dell'associazione per delinquere è, dunque, la presenza di uno o più programmi criminosi, il cui accertamento, però, non è sempre agevole e sconta un certo tasso di incertezza, dovendo indagare la sfera psicologica dei soggetti agenti.

In favore dell'unitarietà di Mafia capitale si potrebbe sostenere che Carminati ha svolto anche attività di recupero crediti per conto di Buzzi, di cui si parlerà in seguito, evidenziando così la presenza di attività estorsive anche nel settore degli appalti pubblici e avvalorando maggiormente la tesi della sussistenza di un comune programma

⁷ Cass. pen., sez. I, 7 agosto 1985, n. 7462.

⁸ Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 34406.

⁹ Cass. pen., sez. II, 24 febbraio 1983, n. 1637; Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 1760 del 16 dicembre 1985.

criminoso. Non stupisce, in definitiva, la presenza di interpretazioni difformi sull'unitarietà o meno di Mafia capitale.

Si aggiungono, infine, alcune riflessioni sull'applicazione dei reati associativi a realtà criminali caratterizzate da contorni molto sfumati. Il quadro disegnato dalle risultanze processuali sembra restituire un'immagine fluida della struttura organizzativa della complessa realtà di Mafia capitale¹⁰. Tale natura fluida dei rapporti tra gli attori criminali oggetto di indagine, mal si adatta alla configurazione dei reati associativi, i quali esprimono un concetto chiuso che necessita di tracciare confini ben precisi tra chi è dentro e chi è fuori.

L'associazione per delinquere semplice o di stampo mafioso impone una prospettiva «mafio-centrica»¹¹, nel senso che nella ricostruzione complessiva dei fatti oggetto di indagine si pone al centro l'organizzazione criminale e all'esterno di essa si collocano concorrenti esterni o i favoreggiatori. Nell'ipotesi in cui l'indagine riguardi le mafie tradizionali, la ricostruzione dell'ipotesi accusatoria si rende piuttosto agevole, in quanto, adottando la prospettiva mafio-centrica, si potrà individuare immediatamente il gruppo criminale, avente di solito una struttura di comando chiara e confini ben definiti, da delimitare attraverso il reato associativo per poi interpretare gli altri fatti in una relazione di supporto rispetto a questo centro. Nelle ipotesi di *network* criminali più fluidi, come nel caso di Mafia capitale, è più difficile individuare i confini interni ed esterni dei complessi intrecci tra amministratori pubblici, criminali di professione e imprenditori, coinvolti, tra l'altro, in attività diverse. Non essendo facilmente rinvenibile in tale complessità un nucleo definito e distinguibile di rapporti da rinchiudere nelle maglie del reato associativo e attorno a questo ricostruire l'insieme degli altri rapporti, si presenta più complessa e complicata la determinazione del confine tra intranei ed estranei all'associazione criminale, nonché il confine tra un'associazione criminale e un'altra.

La peculiarità di questa inchiesta sembra consistere nell'aver voluto utilizzare l'art. 416 *bis* c.p. per reprimere la c.d. «area grigia», ossia quello «spazio di relazioni e di affari», dai «confini mobili e assai variabili», «in cui prendono forma accordi e intese criminali» tra mafiosi, imprenditori, politici, professionisti e pubblici funzionari¹².

3. La questione della sussistenza del metodo mafioso.

L'altra questione principale emersa nel processo riguarda la riconducibilità di Mafia capitale all'art. 416 *bis* c.p. Due sono gli aspetti che sono stati oggetto di verifica da parte dei giudici nel corso del processo: la possibile derivazione della forza di intimidazione di Mafia capitale da altri gruppi criminali e l'acquisizione di una propria mafiosità autonoma. Il Tribunale di Roma ha negato la sussistenza dell'art. 416 *bis* c.p. al caso di specie, mentre

¹⁰ V. Martone, *Le mafie di mezzo. Mercati e reti criminali a Roma e nel Lazio*, Donzelli, 2017, p. 187.

¹¹ Il termine è utilizzato da Sciarrone in R. Sciarrone (a cura di), *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Donzelli, 2019 (2014), pp. xii ss., per indicare quelle prospettive «che considerano la mafia sempre e comunque una variabile indipendente». Ai fini del nostro discorso utilizziamo questo concetto per evidenziare come i reati associativi tendano ad assumere, per loro natura, il ruolo di perno centrale nella ricostruzione e spiegazione dei fatti oggetto del processo.

¹² R. Sciarrone, *Il Mondo di mezzo e l'area grigia*, in *rivistailmulino.it*, 31 luglio 2017. Per un approfondimento del concetto di «area grigia» si rimanda a *Id.* (a cura di), *Alleanze nell'ombra*, cit., pp. 32 ss.

la Corte di Appello, riprendendo quanto statuito dalla Cassazione in fase cautelare, ha riconosciuto la sussistenza di un metodo mafioso ricollegabile al sodalizio in questione.

3.1. Il tema della mafiosità derivata.

Secondo la ricostruzione dell'accusa, avallata dalla Cassazione durante la fase cautelare e dal giudizio di secondo grado, la forza di intimidazione di Mafia capitale si è andata formando in un lungo arco temporale. Il sodalizio viene considerato l'evoluzione di specifici fenomeni criminali degli anni Ottanta, i Nuclei armati rivoluzionari (Nar) e la banda della Magliana.

Il rapporto di continuità viene ricavato da una serie di elementi. Innanzitutto, dal punto di vista soggettivo, rileva il contributo di Carminati e Brugia nelle attività dei Nar e del solo Carminati in quelle della banda della Magliana. Sul piano oggettivo, Mafia capitale mutuerebbe alcune modalità operative dalla banda della Magliana, come l'inserimento nel settore del recupero crediti, i contatti con alcuni esponenti del mondo criminale, anche mafioso, e i collegamenti con soggetti appartenuti all'eversione nera che, nel periodo di operatività di Mafia capitale, avevano intrapreso una carriera politica o all'interno della Pubblica Amministrazione.

Tale continuità costituisce un punto cruciale di questa ricostruzione, poiché permette di ampliare il novero dei fatti di violenza o minaccia riconducibili all'organizzazione e necessari affinché questa acquisti la forza di intimidazione richiesta dall'art. 416 *bis* c.p. La reputazione criminale del sodalizio si basa, dunque, anche sul richiamo alle azioni della banda della Magliana e dei Nar. I giudici di secondo grado hanno rinvenuto diversi riferimenti fatti da soggetti coinvolti nell'inchiesta a questo passato di cui Carminati ha fatto parte, al fine di evidenziarne la caratura delinquenziale e a suscitare timore nei propri interlocutori. Ciò denoterebbe la consapevolezza della presenza di una continuità tra Mafia capitale e il substrato criminale romano degli anni Ottanta.

La derivazione da queste specifiche realtà criminali viene ritenuta, tuttavia, solo uno degli elementi su cui si basa la forza di intimidazione del sodalizio. Infatti, questa si è consolidata e si è rafforzata nelle attività di recupero crediti svolte presso il distributore Eni di Corso Francia a Roma, per poi essere trasferita, sotto forma di riserva di violenza, anche nel settore degli appalti pubblici, a seguito della fusione con la rete di cooperative di Buzzi.

Secondo il Tribunale di Roma, invece, non è possibile affermare che Mafia capitale affondi le proprie radici nel tessuto criminale romano degli anni Ottanta.

In primo luogo, si evidenzia il fatto che la banda della Magliana è un'organizzazione ormai estinta e per la quale non vi è stato un riconoscimento giudiziario della sua mafiosità. I giudici ammettono che il riferimento a questa eredità criminale possa avere un valore storico o sociologico, tuttavia, ai fini del processo, non è possibile ignorare l'irrevocabilità del giudicato che ha sancito la banda della Magliana come mera associazione per delinquere. Non si nega nemmeno che alcuni suoi ex membri continuino a commettere reati, ma lo fanno singolarmente o con altri gruppi, che sono diversi e non collegati a essa.

In secondo luogo, il raffronto tra Mafia capitale e la banda della Magliana operato dai giudici di primo grado li porta a far prevalere le differenze esistenti tra i due gruppi rispetto alle somiglianze. Gli affari condotti nel settore degli appalti da Buzzi e Carminati, a cavallo tra imprenditoria e politica, rappresentano un forte punto di discontinuità. L'attività di recupero crediti presso il distributore Eni di Corso Francia, un tipo di *business* svolto anche dalla banda della Magliana, presenta però una natura circoscritta e personale, oltre che essere comune a tante altre realtà criminali italiane. Inoltre, i guadagni ricavati rimanevano ai singoli partecipi di Mafia capitale e nessuna quota veniva trasferita in capo ai livelli gerarchici superiori. Rilevante è anche il tipo di rapporto che Carminati ha intrattenuto con la banda della Magliana, in quanto si è trattato di una collaborazione da esterno all'organizzazione.

I pochi punti in comune individuati, l'attività di recupero crediti e la collaborazione di Carminati con la banda della Magliana, non sono ritenuti sufficienti a provare una continuità.

Discorso analogo viene svolto per i Nar. Si tratta anche in questo caso di un'organizzazione ormai estinta e non si sono rinvenute prove della commissione di atti eversivi da parte di Carminati e Brugia, nonostante questi non abbiano ripudiato l'ideologia di estrema destra. Inoltre, il collegamento con alcuni politici e manager pubblici, legati in passato ai Nar, dovrebbe indurre a ritenere un loro abbandono dell'ideologia terroristica, proprio in virtù dell'entrata in politica.

Dunque, secondo questa impostazione Mafia capitale non è dotata di una mafiosità derivata da altri gruppi, in quanto non è possibile tracciare con questi un rapporto di continuità e, comunque, non presentano una mafiosità autonoma da poter trasferire ad altre organizzazioni.

3.2. Il tema della mafiosità autonoma.

3.2.1. La mafiosità del sodalizio dedito a usura ed estorsioni.

Tornando alla ricostruzione della Corte d'Appello, la forza di intimidazione di Mafia capitale si sarebbe consolidata nelle attività di recupero crediti presso il distributore Eni di Corso Francia. I giudici di secondo grado hanno evidenziato come, negli episodi di intimidazione accertati nel processo, l'estrinsecazione del metodo mafioso sia avvenuta tramite atti di violenza e minaccia finalizzati a estorcere le somme di denaro richieste. Non sono mancati nemmeno semplici richiami al passato criminale di Carminati e Brugia, la cui conoscenza, diffusa soprattutto nel quartiere di Vigna Clara, è stata confermata dalle diverse testimonianze raccolte. L'assenza di denunce pervenute all'Autorità giudiziaria, la reticenza dei debitori a testimoniare e a minimizzare le intimidazioni subite, nonché la consapevolezza e il timore suscitato in questi dalla fama degli imputati sono considerati elementi rivelatori dell'estrinsecazione della forza di intimidazione del sodalizio che è stata in grado di creare specifiche condizioni di assoggettamento e omertà.

Nonostante la platea delle vittime risulti esigua e il contesto di azione circoscritto, ciò non impedisce, a giudizio della Corte d'Appello, l'applicazione dell'art. 416 *bis* c.p., in

quanto ai fini della configurabilità del reato non è rilevante né il numero modesto delle vittime, né il limitato contesto relazionale e territoriale, rifacendosi al filone giurisprudenziale sulle piccole mafie¹³.

A conclusioni opposte giunge la ricostruzione dei giudici di primo grado, che, oltre a non ritenere provata una mafiosità derivata, non ha rilevato nemmeno una mafiosità autonoma nei due rami di Mafia capitale.

L'associazione per delinquere dedita al recupero crediti è dotata indubbiamente di un carattere criminale, ma le azioni intimidatorie nei confronti dei singoli debitori, pur inculcando in loro timore, non sono riuscite a creare condizioni di assoggettamento e omertà diffuse né a livello urbano, né a livello di quartiere. I giudici giungono a tale conclusione esaminando le caratteristiche degli imprenditori vittime dell'associazione. Si tratta di un numero modesto, undici nell'arco di tre anni (2012-2014), e tutti appartengono alla stessa rete sociale, essendo per la maggior parte vecchi conoscenti di Carminati e Brugia o frequentatori abituali del distributore Eni di Corso Francia. Dunque, un contesto sociale e territoriale molto limitato che non può integrare il reato di associazione mafiosa, in quanto la condizione di assoggettamento e di omertà deve comunque essere diffusa, anche se non è necessario che si estenda su un intero territorio¹⁴. Inoltre, la minima entità dei crediti riscossi e il fatto che spesso riguardavano forniture non pagate fanno ritenere al Tribunale eccessiva la costituzione di un'associazione mafiosa per un tale *business*.

I giudici affermano, infine, che dalle dichiarazioni rese dai testimoni non sarebbe emerso un contesto mafioso. Le testimonianze riguardanti la reputazione criminale di Carminati e Brugia evidenziano esclusivamente l'esistenza di una fama violenta in capo a singoli soggetti e non all'associazione come prevede l'art. 416 *bis* c.p.¹⁵. Dunque, il passato delinquenziale di Brugia e soprattutto di Carminati, dalla partecipazione ai Nar ai rapporti con la banda della Magliana e ad altre azioni criminose commesse, non è negato dal Tribunale, ma questi fatti rimangono legati ai singoli individui e non si trasferiscono al sodalizio. In sostanza, le vittime nutrono un timore per Brugia e Carminati, non per l'associazione a delinquere di cui fanno parte. Infine, a dimostrazione dell'assenza di una diffusa fama mafiosa in capo al sodalizio viene evidenziato il fatto che il distributore Eni di Corso Francia non ha perso clientela nel periodo in cui venivano intimiditi i debitori. Parte della dottrina ha sostenuto che ci si troverebbe di fronte, in questo caso, a un'associazione per delinquere dedita all'usura, dove la forza di intimidazione si riverbera solo sulle singole vittime e il timore suscitato in queste deriva dalle conseguenze del non pagamento del debito più che dal sodalizio in sé e per sé¹⁶.

Prima di proseguire, si ritiene opportuna una breve digressione sul tema dell'estensione delle condizioni di assoggettamento e omertà, poiché tale questione, che divide il giudicato tra primo e secondo grado, non viene ripresa in maniera specifica dalla

¹³ Cass. pen., sez. VII, 4 ottobre 2001, n. 35914. In senso conforme: Cass. pen., V sez., 13 marzo 2007, n. 15595; Cass. pen., sez. II, 31 marzo 2017, n. 18773; Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2017, n. 50949.

¹⁴ In dottrina G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1983, p. 36.

¹⁵ In dottrina G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015, p. 128.

¹⁶ L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2016, p. 22.

Cassazione. Sul punto si condivide l'opinione di quella dottrina secondo cui le componenti del metodo mafioso scontano un livello di vaghezza tale da rendere difficile, se non impossibile, non solo «una precisa determinazione del significato dei requisiti del fatto punibile, ma anche un loro sicuro accertamento empirico»¹⁷. Il processo penale non sembra in grado di poter determinare con certezza alcune questioni fondamentali, come l'effettiva estensione dell'assoggettamento e dell'omertà su di un territorio e quale deve essere la sua soglia minima¹⁸.

3.2.2. La mafiosità del sodalizio dedito alla corruzione negli appalti pubblici.

Riguardo la mafiosità del gruppo dedito alla corruzione negli appalti pubblici, il Tribunale, a seguito dell'istruttoria dibattimentale, ritiene non sufficientemente provati, mancando i riscontri necessari, gli episodi espressione dell'intimidazione mafiosa presentati dall'accusa. Nello specifico, si tratta di supposti atti intimidatori nei confronti di imprenditori concorrenti e di membri dell'amministrazione pubblica. Nei confronti dei primi sono state rilevate prevaricazioni da parte di Buzzi nell'imporre la spartizione degli appalti, pena l'esclusione dal mercato. Nei confronti dei secondi sarebbero avvenute pressioni, che hanno visto direttamente o indirettamente coinvolto Carminati, al fine di ottenere dei crediti dovuti o dei subappalti. I giudici di primo grado hanno ritenuto in alcuni casi che l'intimidazione non fosse arrivata a destinazione o non fosse stata percepita dal destinatario, in altri che le minacce non avessero raggiunto i risultati sperati e, in altri ancora, la paura delle vittime non fosse ricollegata alla reputazione criminale dell'associazione, ma ad altri fattori, come ad esempio il timore di rimanere fuori dal circuito corruttivo. In molti casi non si è ritenuta dimostrata la conoscenza nelle vittime, soprattutto negli imprenditori, della reputazione di Carminati che spesso non è stata nemmeno evocata. In generale, i fatti vengono ricondotti non all'interno di una logica mafiosa, ma a una corruttiva e, in qualche caso, alla comunanza di un passato politico nell'estrema destra.

L'inserimento di Carminati come dipendente nella cooperativa di Buzzi non viene interpretato come acquisizione di un soggetto pronto a utilizzare la violenza, ma come un utile tramite per raggiungere alcuni membri dell'amministrazione comunale, in virtù dei suoi trascorsi politici.

Per quanto riguarda le vicende concernenti gli imprenditori esclusi dal sistema degli appalti attraverso supposte pratiche intimidatorie, non solo l'accusa ha portato all'attenzione dei giudici solo quattro episodi di intimidazione, ma anche in questo caso il Tribunale ha fornito una lettura diversa dei fatti. Si è ritenuto che il timore degli imprenditori fosse determinato dalla possibile esclusione dal sistema corruttivo, piuttosto che dall'intimidazione derivante dal vincolo associativo. I giudici hanno notato anche che, nei casi in cui vi siano controversie, queste vengono risolte tramite intese collusive, piuttosto che attraverso l'intimidazione.

¹⁷ G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *Foro it.*, 3, 2018.

¹⁸ *Ibidem*.

Solo in un caso isolato viene riconosciuto l'utilizzo di metodi intimidatori da parte di Carminati. Si tratta di una riscossione di un credito vantato da Buzzi nei confronti di un'impresa, la quale per lungo tempo non aveva pagato, e solo grazie all'intervento minaccioso di Carminati è stato possibile recuperare la somma di denaro dovuta. Tuttavia, questo episodio, secondo il Tribunale, confermerebbe la mancanza di una carica intimidatoria autonoma in capo al sodalizio, poiché il timore delle vittime era circostanziato a un singolo debito da pagare e alla reputazione del solo Carminati. Tale fatto isolato, in assenza della prova dell'acquisizione di una pregressa forza di intimidazione, non può assurgere a dimostrazione dell'esistenza del metodo mafioso.

Di tutt'altro avviso è, invece, la conclusione a cui giungono i giudici di appello. Innanzitutto, come già menzionato, in base all'impostazione che riconosce l'unitarietà di Mafia capitale, a seguito della fusione tra la rete di cooperative di Buzzi e il gruppo di Corso Francia, la forza di intimidazione maturata nel settore del recupero crediti è stata messa a disposizione del ramo degli appalti pubblici. Secondo questa ricostruzione, Buzzi avrebbe accettato l'inserimento di Carminati nella rete di cooperative, così da poter usufruire della sua forza di intimidazione per portare avanti i suoi affari. Ciò sarebbe confermato da quegli episodi di intimidazione nei confronti di imprenditori e amministratori pubblici, che i giudici di primo grado non hanno ritenuti provati. La Corte di Appello, criticando la sottovalutazione dei fatti operata dal Tribunale, interpreta in chiave mafiosa tali episodi nei quali si ritiene accertato il ricorso alla forza di intimidazione del sodalizio che ha prodotto nelle vittime assoggettamento e omertà, evidenziatesi in dichiarazioni reticenti e minimizzatrici durante il processo.

Si è precisato anche che la forza di intimidazione non è legata esclusivamente alla persona di Carminati, poiché si è ritenuto provato l'avvalimento della sua reputazione criminale da parte di altri soggetti intranei al sodalizio. L'utilizzo in concreto della violenza opera, tuttavia, solo come *extrema ratio*, ovvero quando le pratiche corruttive non risultano efficaci. Infatti, è proprio il metodo corruttivo a costituire il *modus operandi* tipico del ramo degli appalti pubblici, in quanto più consoni a tale settore.

Inoltre, il sistema corruttivo creatosi viene ritenuto idoneo a consolidare ancora di più la forza di intimidazione del sodalizio, conferendogli un'aura di potenza e intoccabilità. Il cartello di imprese coordinato da Buzzi e Carminati aveva acquisito il controllo in regime di monopolio di alcuni settori degli appalti pubblici romani grazie alla collusione di soggetti politici e amministrativi. Buzzi aveva acquisito una posizione non di parità, come avviene di solito nei circuiti corruttivi, ma di dominio rispetto agli altri imprenditori che gli permetteva di imporre le proprie scelte senza ricevere alcun tipo di resistenza. Ciò rivela, per i giudici di secondo grado, una situazione non più configurabile come mera spartizione degli appalti, ma le prevaricazioni operate sul mercato evidenziano piuttosto la presenza di un'organizzazione mafiosa. In virtù di queste prevaricazioni si è ritenuto che lo stesso Buzzi praticasse attività intimidatorie. Un elemento cruciale nel rafforzare la forza di intimidazione del sodalizio e nel dissuadere gli imprenditori concorrenti dalla denuncia è dato dalla presenza di soggetti appartenenti al mondo delle istituzioni all'interno del sodalizio. Proprio la prevalenza del metodo corruttivo rivelerebbe un livello elevato di intimidazione mafiosa del sodalizio, poiché non vi è bisogno del ricorso diretto alla violenza, essendo sufficiente l'aura di ineluttabilità di cui gode, grazie soprattutto alle ben collaudate pratiche collusive, per raggiungere i propri obiettivi e, nel caso specifico, scoraggiare la concorrenza.

Sul punto, tuttavia, va fatta una precisazione perché la motivazione appare ambigua. Non è chiaro se gli episodi di corruzione vengano intesi come una forma di avvalimento di una forza di intimidazione preesistente o come una modalità di acquisizione della stessa¹⁹. Infine, secondo i giudici di appello, la presenza di soggetti istituzionali all'interno del sodalizio non fa rientrare Mafia capitale tra i casi di *metus publicae potestatis*, in quanto si assiste comunque a un'entità esterna che progressivamente occupa gli apparati decisionali locali, pur inglobando al suo interno alcuni componenti delle istituzioni. Mafia capitale poteva sempre contare su una forza intimidatrice autonoma, concettualmente distinta dall'abuso delle funzioni pubbliche a fini privati.

3.3. La presa di posizione della Cassazione.

La Cassazione, annullando senza rinvio la sentenza di secondo grado, si è dilungata anche sulla parte di motivazione riguardante la mafiosità del sodalizio. In maniera simile a quanto indicato sulla questione dell'unicità dell'associazione mafiosa, la motivazione della Corte di Appello, in primo luogo, è stata ritenuta gravemente carente, in quanto non si è confrontata con le risultanze della sentenza di primo grado, ma ha dato per assodato la fondatezza della sentenza di Cassazione in fase cautelare, non considerando la diversa base probatoria; in secondo luogo, non è riuscita a raggiungere una forza persuasiva superiore a quella di primo grado, necessaria per una *reformatio in peius*, in quanto la diversa valutazione e apprezzamento delle prove è risultata non convincente e talvolta erronea, proponendo ragionamenti presuntivi e circolari. In più, non si è ritenuta effettuata una corretta applicazione dei principi di diritto in materia di associazione mafiosa, non avendo controllato la riconducibilità dei fatti all'interno dei requisiti di fattispecie.

Andando nello specifico, si è sottolineato come i giudici di secondo grado abbiano valorizzato esclusivamente le attività criminali riconducibili non al sodalizio, ma al singolo Carminati, collegando alla sua caratura criminale il concetto di «riserva di violenza», in contrasto con quanto previsto dall'art. 416 *bis* c.p. che richiede una forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo. La forza intimidatrice di Mafia capitale, dunque, è stata fatta derivare solamente e in modo automatico da quella di Carminati.

Si è ravvisata anche un'intrinseca contraddizione nella motivazione di secondo grado, in quanto, da un lato, si statuisce che Mafia capitale assume il metodo mafioso grazie all'introduzione di Carminati nel mondo di sopra, ma, dall'altro, quest'ultimo non avrebbe quasi mai partecipato direttamente ai supposti episodi intimidatori, non sarebbe stato conosciuto dalle presunte vittime, a eccezione dei suoi conoscenti politici di estrema destra, e non sarebbe stata nemmeno evocata la sua presenza. Certamente non era necessaria la partecipazione diretta di Carminati a questi episodi, ma si sarebbe

¹⁹ In dottrina evidenzia tale ambiguità E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia"*, cit., pp. 22-23. La posizione secondo cui la Corte ha voluto intendere la corruzione come avvalimento della forza di intimidazione è sostenuta da I. Merenda, C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2019, pp. 12-13.

comunque dovuto dimostrare che le vittime avevano consapevolezza della sua caratura criminale e la percezione delle possibili conseguenze violente derivanti da un diniego alle richieste corruttive di Buzzi, cosa che invece i giudici di secondo grado hanno dato per scontata. L'unico episodio intimidatorio dimostrato, in cui Carminati è intervenuto direttamente per recuperare un credito in favore di Buzzi, non può provare da solo la presenza di un clima di intimidazione diffusa. Nei confronti dei pubblici amministratori, invece, non è stata provata alcuna minaccia e la valutazione della Corte d'Appello si ritiene fondata esclusivamente su presunzioni e su una selezione parziale del materiale probatorio. La Cassazione sottolinea come i giudici di secondo grado abbiano individuato in via presuntiva una serie di episodi intimidatori perpetrati da Carminati, soprattutto sulla base di conversazioni intercettate, interpretando ogni espressione «sopra le righe» come evidenza dell'estrinsecazione della forza di intimidazione del sodalizio. Si è evidenziato come il linguaggio minaccioso di Carminati non sia collegabile ad alcun atto violento in concreto sulla base del materiale probatorio acquisito nel processo.

Si è rilevata anche una logica circolare nelle motivazioni di secondo grado, in quanto le espressioni minacciose di Carminati sono state ritenute l'estrinsecazione della forza di intimidazione di un sodalizio dotato di una specifica reputazione criminale e, allo stesso tempo, tali espressioni diventano la prova dell'esistenza del sodalizio stesso. Per contro, la Cassazione sostiene che l'accettazione delle regole del cartello corruttivo sia stata scambiata per intimidazione mafiosa. Alla base delle rinunce degli imprenditori esclusi ci sono la volontà di continuare a beneficiare dei vantaggi dell'accordo collusivo e i rapporti di forza all'interno dello stesso, non il timore della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo.

Viene poi rilevata un'altra contraddizione nelle motivazioni d'appello, quando si sostiene che la forza di intimidazione di Mafia capitale si fondava non solo su quella di Carminati, ma anche su quella di Buzzi, il quale oltre a metodi corruttivi ricorreva a supposti metodi intimidatori, nel senso di operare delle prevaricazioni nella spartizione degli appalti in virtù della sua posizione di forza rispetto agli altri imprenditori. Un tale ragionamento ha come conseguenza l'evidenziare l'insufficienza della forza di intimidazione del solo Carminati a fondare la mafiosità del sodalizio. Si è, dunque, reso necessario riferirsi all'attività intimidatoria di Buzzi che però è priva di alcun fondamento, perché quest'ultimo è ricorso soltanto al metodo corruttivo.

Infine, le circostanze richiamate per dimostrare la presenza di un'omertà diffusa non riescono in alcun modo a ricondurre il silenzio generalizzato alla forza di intimidazione. Si tratta anche in questo caso, secondo la Cassazione, di un ragionamento viziato da una presunzione di mafiosità del sodalizio e da episodi inidonei a dimostrare o a fungere da riscontro della sussistenza di un'omertà di matrice mafiosa. Il silenzio accertato è dovuto al timore di rimanere fuori dalla partecipazione agli accordi corruttivi, non dalla paura nei confronti del sodalizio.

3.4. Mafia capitale e art. 416 bis c.p.

3.4.1. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. alla luce della sentenza di Cassazione.

Premesso che in linea generale gli argomenti delineati dalla Cassazione appaiono persuasivi, si intende di seguito approfondire alcuni profili emersi in tale vicenda inerenti l'art. 416 *bis* c.p. Una prima verifica da effettuare riguarda l'eventuale presenza di contrasti nell'interpretazione del reato di associazione mafiosa. Si tratta di una questione attuale che ha diviso la recente giurisprudenza, soprattutto in tema di mafie al Nord, sulla natura dell'art. 416 *bis* c.p. come reato associativo puro o a struttura mista²⁰.

Nel processo su Mafia capitale, nonostante gli opposti pronunciamenti susseguitisi, non ci si è discostati in maniera significativa dagli orientamenti più consolidati in giurisprudenza. Nella sentenza di Cassazione i giudici effettuano un'esegesi del reato di associazione mafiosa, aderendo a tali indirizzi. Viene ribadita la natura di reato associativo a struttura mista dell'art. 416 *bis* c.p., ossia viene richiesta la prova di una forza di intimidazione attuale e rilevabile in concreto, di cui gli associati si sono avvalsi per conseguire i propri fini²¹. L'avvalersi della forza di intimidazione può esplicarsi in qualsiasi modo²². Tale forza di intimidazione corrisponde a una fama criminale frutto di una pregressa attività di violenza che produce come suo effetto condizioni sufficientemente diffuse, anche se non generali, di assoggettamento e omertà²³. Si ritiene sufficiente a integrare il reato un'estensione di queste condizioni di succubanza a contesti circoscritti e a un numero di vittime limitato²⁴. La forza di intimidazione promana dal vincolo associativo e non dal singolo, in quanto il timore suscitato deve perdurare anche nell'ipotesi di sopravvenuta morte o reclusione di uno o più componenti del sodalizio.

Fatta questa digressione e tornando al processo su Mafia capitale, come si accennava in precedenza, seppure nel corso dei vari gradi di giudizio non ci si è in sostanza allontanati dagli indirizzi maggioritari, è, tuttavia, possibile rilevare una selezione dei riferimenti giurisprudenziali non sempre aderente ai principi di diritto elencati dalla Cassazione. Alcuni richiami, infatti, si sono discostati, in maniera più o meno marcata, dalla già richiamata prospettiva che vuole l'art. 416 *bis* c.p. un reato associativo a struttura mista²⁵.

²⁰ Sul tema si veda per tutti C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, pp. 379-80. Sulla differenza tra reati associativi puri e a struttura mista si rimanda a g. spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA.VV., *Beni e tecniche di tutela penale*, Franco Angeli, 1986, pp. 156 ss.

²¹ In dottrina per l'interpretazione dell'art. 416 *bis* c.p. come reato associativo a struttura mista si rimanda per tutti a g. spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., pp. 31 ss.; T. Guerini, G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Giappichelli, 2019, pp. 85 ss.

²² In dottrina approfondisce questo aspetto *Idem*, pp. 29 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2000, n. 4893; Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 9604; Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2007, n. 34974; Cass. pen., sez. VI, 16 settembre 2015, n. 50064. Contrario a tale impostazione G. de Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1998, pp. 385 ss., il quale richiede la dimostrazione di specifici atti di intimidazione.

²³ Per maggiori approfondimenti sull'acquisizione della forza di intimidazione del sodalizio si rimanda a g. turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., pp. 173 ss.

²⁴ Ciò che conta «non è tanto il numero delle persone assoggettate, quanto, piuttosto, la "diffusività" del fenomeno, cioè la capacità dell'associazione di condizionare, attraverso il metodo [mafioso], un numero non determinato di soggetti, pur nei limiti in cui il sodalizio si muove» (Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125).

²⁵ Tra le pronunce degli ultimi anni aderenti all'orientamento maggioritario: Cass. pen., sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412; Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359; Cass. pen., sez. I, 9 marzo 2017, n. 13143; Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 2018, n. 22546; Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2019, n. 51489.

Nello specifico, i giudici di primo grado riprendono la sentenza di Cassazione sull'operazione "Albachiara"²⁶, riguardante ramificazioni della 'ndrangheta in Piemonte, la quale ha operato una distinzione tra sodalizi autonomi e di nuova formazione e articolazioni delle mafie tradizionali. Per i primi, mancando un nesso con realtà criminali strutturate e dalla risalente fama criminale, si renderebbe necessaria l'estrinsecazione del metodo mafioso; mentre per le seconde sarebbe sufficiente una forza di intimidazione solo potenziale, una volta dimostrato il collegamento con «l'organizzazione-madre», dalla cui carica intimidatoria è possibile attingere. In questa sentenza sull'operazione Albachiara il concetto di riserva di violenza viene utilizzato in maniera impropria, essendo inteso come estrinsecazione solo potenziale del metodo mafioso e applicato esclusivamente alle mafie derivate. Un tale orientamento, si è osservato in dottrina, non sembra rispettare il principio di legalità, in quanto la distinzione tra mafie tradizionali e di nuova emersione, a cui corrisponde un diverso accertamento della forza di intimidazione, non è rintracciabile nella formulazione normativa²⁷.

In ogni caso, essendo fatto rientrare il sodalizio di Buzzi e Carminati tra quelli di nuova formazione, si è resa comunque necessaria la dimostrazione dell'esistenza di una forza di intimidazione attuale e rilevabile in concreto, di cui gli associati si avvalgono per perseguire le finalità associative.

Si deve rilevare, inoltre, che nel giudizio di secondo grado si è assistito a una scelta dei richiami giurisprudenziali in alcune parti contraddittoria. Se in un primo momento veniva affermata la natura di reato associativo a struttura mista dell'art. 416 *bis* c.p.²⁸, successivamente i giudici hanno fatto riferimento ad alcune sentenze espressione dell'orientamento più estensivo, ovvero quello che richiede una forza di intimidazione solo potenziale²⁹. Tale confusione nella scelta dei riferimenti giurisprudenziali non ha comunque portato all'adesione in concreto all'orientamento minoritario. Ciò è confermato dal fatto che i giudici di appello, nelle motivazioni della sentenza, dedicano ampio spazio alle argomentazioni volte a dimostrare l'estrinsecazione in concreto della forza di intimidazione³⁰.

Quanto sin qui detto rivela che le principali controversie emerse in Mafia capitale non sembrano attenere più di tanto alla natura dell'art. 416 *bis* c.p. Come si è detto, non è infatti messo in discussione l'orientamento maggioritario che interpreta la fattispecie come reato associativo a struttura mista. Questo rilievo sembra differenziare il caso in esame dal filone giurisprudenziale sulle mafie al Nord, nel quale il dibattito si è concentrato, invece, sulla necessità o meno dell'estrinsecazione del metodo mafioso. In Mafia capitale ci sono state semmai solo alcune incertezze nelle scelte, talvolta rivelatesi contraddittorie, dei riferimenti giurisprudenziali, come sopra evidenziato, le quali riflettono probabilmente i contrasti degli ultimi anni; ma, come si è visto, in tutte le fasi del processo si è sempre richiesta la dimostrazione della presenza di una forza di intimidazione attuale e rilevabile in concreto.

²⁶ Cass. pen., sez. VI, 16 settembre 2015, n. 50064.

²⁷ G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia?*, cit.

²⁸ Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359; Cass. pen., sez. VI, 1 marzo 2017, n. 27094; Cass. pen., sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850.

²⁹ Cass. pen., sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851.

³⁰ C. Greco, *Mafia capitale: il banco di prova dell'art. 416-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, pp. 112-113.

A ben vedere, le maggiori controversie hanno riguardato non tanto l'interpretazione dell'art. 416 *bis* c.p., come reato meramente associativo o a struttura mista, quanto l'interpretazione stessa dei fatti e la loro riconducibilità all'interno dei requisiti di fattispecie, anche se è comunque possibile rintracciare dei tentativi, più o meno espliciti, di allargare la tipicità della norma a fini di semplificazione probatoria. Si ritiene, infatti, che è stata soprattutto la diversa lettura data ai fatti relativi all'accumulazione e alla sussistenza della forza di intimidazione ad aver acceso il dibattito processuale su questo caso. Ci si riferisce nello specifico alla plausibilità del collegamento tra Mafia capitale e banda della Magliana e Nar, alla capacità degli episodi di violenza presso il distributore ENI di Corso Francia di generare o consolidare la forza di intimidazione del sodalizio, all'interpretazione del *modus operandi* degli imputati nel settore degli appalti, in particolare il linguaggio da loro utilizzato, quale espressione dell'estrinsecazione della forza di intimidazione, alla natura della reputazione criminale emersa nel processo, ovvero se essa è legata al singolo Carminati o all'intero sodalizio.

3.4.2. L'art. 416 *bis* tra precomprensione socio-criminologica e processualizzazione delle categorie sostanziali.

A processo concluso, guardando in retrospettiva, ci sembra possibile che le valutazioni di riconducibilità all'art. 416 *bis* c.p. di Mafia capitale siano influenzate da «precomprensioni» di tipo socio-criminologico, le quali, specialmente in materia di mafie, finiscono per incidere sulla «ricostruzione processuale dei fatti e/o [sul] loro inquadramento penalistico»³¹. In questo senso, hanno operato alcune scelte ricostruttive di determinati fatti, che, a posteriori, ci sembrano il risultato di una forzatura finalizzata a ricondurre il sodalizio all'interno della cornice applicativa dell'art. 416 *bis* c.p.

Una di queste è la scelta di fondare la forza intimidatrice di Mafia capitale anche sul collegamento, obiettivamente difficile da dimostrare, con la banda della Magliana e i Nar. Non stupisce quanto stabilito dalla Cassazione se si considera, infatti, che si tratta di gruppi criminali a cui non è stata riconosciuta una propria mafiosità a livello processuale, che non sono più operativi da circa un quindicennio dall'inizio delle indagini e rispetto a Mafia capitale si diversificano per struttura organizzativa, finalità e tipi di attività, fatta eccezione per il recupero crediti. È difficile inferire una continuità tra Mafia capitale e il substrato delinquenziale degli anni Ottanta dalla semplice partecipazione di Carminati a entrambe le realtà criminali. Si tratta peraltro di circostanze note e riconosciute dalla stessa accusa, la quale si premura di precisare che tale derivazione costituisce solo uno degli elementi a sostegno della sussistenza di una forza di intimidazione.

Il suddetto collegamento potrebbe essere spiegabile nella difficoltà di accertare un'autonoma forza intimidatrice riconducibile al sodalizio. Individuare nella banda della Magliana e nei Nar il «sodalizio-matrice»³² di Mafia capitale serve a valorizzare

³¹ G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2001, p. 372.

³² Tale concetto è utilizzato in G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., pp. 173 ss. Per «sodalizio-matrice» l'autore intende l'associazione per delinquere che precede l'associazione di tipo mafioso, ovvero l'associazione che, attraverso atti di violenza o minaccia, accumula la forza di intimidazione necessaria per integrare l'art. 416 *bis* c.p.

maggiormente il ridotto numero di episodi (undici) di violenza accertati nelle attività di recupero crediti presso il distributore Eni di Corso Francia. Inseriti in un arco temporale più ampio, essi finiscono per rappresentare la più recente manifestazione di una risalente e unitaria attività criminale, essendo così maggiormente in grado di rappresentare il consolidamento della forza di intimidazione, quando invece presi da soli non riuscirebbero a provare la sua esistenza. L'art. 416 *bis* richiede, infatti, come già menzionato, un'indagine del passato dell'organizzazione criminale per accertare il suo passaggio da associazione per delinquere ad associazione mafiosa vera e propria, ovvero occorre verificare la sussistenza di una serie ripetuta nel tempo di reati di violenza e minaccia che hanno portato all'acquisto della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo richiesta dalla norma.

Inoltre, bisogna considerare che, se da un lato è poco plausibile stabilire una continuità tra Mafia capitale e il substrato criminale romano degli anni Ottanta, dall'altro il collegamento di Carminati con la banda della Magliana e i Nar è pienamente dimostrato. Ciò rappresenta un ostacolo insuperabile per la configurabilità dell'art. 416 *bis*, poiché la forza di intimidazione deve derivare dal sodalizio e non dal singolo. Tale ostacolo è stato superato nella sentenza di secondo grado, dando per scontata l'estensione della reputazione criminale di Carminati al sodalizio e, contemporaneamente, ignorando tutta una serie di elementi emersi nel processo che, invece, deponevano per il contrario³³.

Un altro aspetto problematico riguarda l'enfasi posta sulla continuità tra metodo corruttivo e metodo mafioso, che alimentandosi a vicenda consolidano la forza di intimidazione, potrebbe potenzialmente inquadarsi nella stessa cornice. Nella fase cautelare del processo è stato sostenuto che le attività corruttive possono contribuire a far acquistare al sodalizio una forza di intimidazione, ferma restando una riserva di violenza. Tuttavia, se il concetto di riserva di violenza indica la sussistenza di una reputazione criminale attuale e concreta che non necessita di estrinsecarsi in atti violenti, poiché è sufficiente di per sé a raggiungere gli scopi associativi, il reato di associazione mafiosa è già perfetto così, senza la necessità di dimostrare pratiche corruttive volte all'accumulazione della forza di intimidazione. Come rilevato in dottrina, gli episodi corruttivi possono configurarsi come forma di avvalimento della forza di intimidazione del sodalizio, ma non possono sostituire il metodo mafioso³⁴. L'avvalimento della forza di intimidazione tramite condotte corruttive si collocherebbe all'interno di un indirizzo giurisprudenziale consolidato, come evidenziato in precedenza, che include nel concetto di avvalersi del metodo mafioso un qualsiasi comportamento, anche lecito. Se, invece, si volesse affermare l'equivalenza tra metodo mafioso e metodo corruttivo nell'accumulazione della forza di intimidazione, si opererebbe una «trasfigurazione della

³³ Sulla natura personale e non derivante dal vincolo associativo della forza di intimidazione la dottrina si era già espressa in maniera critica circa l'impostazione dell'accusa. Si vedano i rilievi critici di L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., p. 24; T. Guerini, G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., pp. 74 ss.; E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia"*, cit., pp. 22 ss.

³⁴ I. Merenda, C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis*, cit., pp. 12-13.

fattispecie incriminatrice difficilmente compatibile con i vincoli testuali dettati dall'art. 416 *bis*³⁵.

Secondo quanto rilevato in dottrina, il metodo mafioso crea assoggettamento e omertà nelle vittime come conseguenza della paura di ritorsioni violente derivante dalla reputazione criminale del sodalizio, mentre il metodo corruttivo induce un timore nelle vittime per l'esclusione dal meccanismo corruttivo e dai suoi benefici³⁶. Le mafie ricorrono a mezzi corruttivi nel loro *modus operandi* abituale, ma l'art. 416 *bis* c.p. non ricomprende un tale aspetto del fenomeno. L'enfasi posta sulla continuità tra metodo corruttivo e metodo mafioso, dunque, se intesa come forma di avvalimento di una precedente forza di intimidazione, non ci sembra costituire una particolare innovazione interpretativa, poiché già ricavabile dai consolidati orientamenti giurisprudenziali. Se, invece, implica un mutamento della fattispecie, ritenendo sufficienti pratiche corruttive per formare la forza di intimidazione del sodalizio, allora ci sembra essere in presenza di una «processualizzazione»³⁷ della fattispecie in ragione del materiale probatorio a disposizione.

Nel caso di specie, come rilevato in precedenza, alla luce di un quadro probatorio che non evidenzia numerosi episodi di violenza o minaccia capaci di dimostrare la presenza di una forza di intimidazione, il ritenere la corruzione come rafforzatrice della fama criminale del sodalizio può facilitare l'accertamento di suddetto requisito.

3.4.3. Lo scarto tra definizione giuridica e sociologica di mafia.

Un altro fattore che potrebbe aver inciso sull'estensione della tipicità della fattispecie può essere rintracciato in quella diffusa precomprensione che ritiene oggi le mafie adottare maggiormente prassi corruttive³⁸. Proprio su quest'ultimo aspetto si vuole concludere l'analisi su Mafia capitale.

Una parte della dottrina ha ritenuto l'ipotesi accusatoria un tentativo di colpire in maniera più decisa la corruzione, fenomeno percepito come male endemico del paese,

³⁵ *Ibidem*. In maniera simile E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia"*, cit., pp. 22-23.

³⁶ A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "mafia capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, 1, 2016, p. 134.

³⁷ Sul tema della processualizzazione delle categorie di diritto sostanziale in generale e con specifico riferimento ai reati associativi si rimanda a A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legisl. pen.*, 3, 2013, pp. 839 ss. L'autore sottolinea come le fattispecie ad alto tasso di indeterminatezza o formulate appositamente per superare difficoltà probatorie preesistenti, come l'art. 416 *bis* c.p., sono quelle più soggette a essere oggetto di processualizzazione.

³⁸ In questo senso, in merito all'ipotesi accusatoria, si esprime G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia?*, cit. Sulla tendenza presente in magistratura negli ultimi anni di valorizzare maggiormente il metodo corruttivo nell'interpretazione dell'art. 416 *bis* c.p. si veda l'analisi delle relazioni della DNA in E. Ciccarello, *La posta in gioco di Mafia Capitale. Nuove mafie e interpretazione dell'articolo 416 bis*, in *Meridiana*, 87, 2016, pp. 82 ss. Da segnalare, inoltre, il dato sull'applicazione del reato di associazione mafiosa a casi di corruzione evidenziato in R. Sciarone (a cura di), *Politica e corruzione. Partiti e reti di affari da Tangentopoli a oggi*, Donzelli, 2017, pp. 75 ss., dal quale traspare, soprattutto nelle aree a tradizionale insediamento mafioso, un ricorso più frequente all'art. 416 *bis* c.p. per il contrasto a forme di corruzione sistemica.

attraverso gli strumenti normativi più incisivi previsti per le mafie³⁹. Altra parte della dottrina, come già accennato, ha riconosciuto l'operare di una precomprensione secondo cui le mafie attualmente privilegiano maggiormente prassi corruttive rispetto al passato e, proprio in ragione di tale evoluzione, si giustificerebbe l'applicazione dell'art. 416 *bis* c.p. anche a sodalizi non riconducibili alle mafie tradizionali⁴⁰. Partendo da quest'ultima posizione, ritenuta più persuasiva⁴¹, si intende approfondire e ampliare l'analisi, mettendo in luce un ulteriore fattore che, a nostro avviso, entra in gioco in questa vicenda, ossia la presenza di connotati tipici mafiosi che evidenziano uno scarto tra definizione sociologica e giuridica di mafia.

Come menzionato in precedenza, riteniamo che le precomprensioni di tipo socio-criminologico svolgano un ruolo importante nella valutazione sulla riconducibilità di Mafia capitale all'art. 416 *bis* c.p. Nello specifico, a seguito di un'attenta lettura dell'ordinanza di custodia cautelare e delle sentenze, in particolare quella di appello, è possibile rintracciare alcuni elementi che richiamano attività e modi di agire riconducibili alle mafie tradizionali sulla base di un sapere accumulato dall'esperienza giudiziaria e dagli studi delle scienze sociali.

Un aspetto centrale, a cui viene dato un rilevante peso da parte dell'accusa, è il c.d. «manifesto programmatico» di Mafia capitale, la teoria del mondo di mezzo. In una conversazione intercettata Carminati illustra la sua idea di come portare avanti i suoi affari illeciti. L'intenzione è quella di non limitarsi più a fornire servizi di recupero crediti alle imprese, ma a entrare in compartecipazione con queste, sfruttandone le potenzialità. La leva attraverso cui convincere gli imprenditori a stringere questo tipo di collaborazione passa dalla posizione di Carminati, a cavallo tra mondo di sopra e mondo di sotto, ossia tra sfera lecita e illecita, che, operando da intermediario tra queste due realtà, può garantire l'offerta di una serie di servizi illegali alle imprese richiedenti. A fronte di questa proposta, Carminati intende poi entrare in rapporto paritario con l'imprenditore per sfruttarne le potenzialità e conseguire utilità illecite.

Il porsi come cerniera tra legale e illegale, l'offrire protezione attraverso servizi illegali agli attori economici sono caratteristiche tipiche dell'agire mafioso che la ricerca sociologica ha ampiamente documentato⁴². Non a caso al concetto di protezione viene dato spazio nell'ordinanza di custodia cautelare e nella sentenza di secondo grado, quale indice di mafiosità del sodalizio. I mafiosi si riconoscono in quanto esperti nell'utilizzo della

³⁹ A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "mafia capitale"*, cit., pp. 144 ss.; L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., pp. 30 ss.

⁴⁰ G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia?*, cit.

⁴¹ La tesi secondo cui, attraverso tale inchiesta, si sia cercato di far rientrare all'interno dell'art. 416 *bis* c.p. il diverso fenomeno della corruzione si ritiene meno plausibile, in ragione delle diverse prese di posizioni pubbliche assunte dai pubblici ministeri dell'inchiesta sul possibile utilizzo della legislazione antimafia al fenomeno corruttivo sulla base di una valutazione di proporzionalità. Questo pensiero è espresso anche in G. Pignatone, M. Prestipino, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, 2019, p. 176.

⁴² Sul concetto di protezione legato alle attività della mafia si rimanda al contributo di d. gambetta, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992; Sui servizi illeciti offerti dalle mafie nell'economia formalmente lecita si veda R. Sciarrone, L. Storti, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, Il Mulino, 2019, pp. 65 ss.

violenza e nelle relazioni sociali⁴³. Nell'inchiesta emerge il ruolo centrale che ricopre l'impiego di capitale sociale da parte degli imputati per raggiungere i propri scopi, una risorsa ampiamente utilizzata dalle mafie sia nelle aree di tradizionale insediamento che in quelle di nuova espansione, grazie alla quale esse costituiscono o partecipano a reti criminali che si collocano tra lecito e illecito⁴⁴.

L'affidarsi alle relazioni sociali per conseguire i propri scopi non è ovviamente una strategia tipica solo dei mafiosi, ma accanto a essa è comunque rilevabile in Mafia capitale, seppur in misura minore, il ricorso alla minaccia o alla violenza, altro tratto fondante dell'agire mafioso. Non solo nelle attività usuraie e di recupero crediti, ma anche nel ramo degli appalti pubblici di Mafia capitale è possibile rintracciare un agire violento, anche se in un solo caso isolato. Ciò dimostra la propensione, almeno in Carminati, a ricorrere all'occorrenza all'uso della violenza a «protezione» di un imprenditore.

Altro esempio tipico dell'agire mafioso è quello che ha riguardato le minacce di Carminati e Brugia a un imprenditore, affinché questo gli cedesse un terreno su cui avevano intenzione di costruire una nuova attività commerciale.

In sostanza, ciò che si vuole evidenziare è che, nonostante la maggior parte delle attività portate avanti da Mafia capitale possano essere ricondotte entro il perimetro delle prassi corruttive, vi sono tuttavia elementi riconducibili all'agire mafioso tradizionale. Di conseguenza, questo caso non può essere in toto assimilato a quel filone giurisprudenziale sulla c.d. «mafia politica»⁴⁵, nel quale si è tentato di far rientrare nel campo di applicazione dell'art. 416 *bis* c.p. un sistema di concussioni diffuse e radicate perpetrate da soggetti dell'amministrazione pubblica. Seppur in un contesto caratterizzato da pochi episodi di violenza, l'intenzione di porsi tra mondo legale e illegale, in una logica di reciproco scambio di servizi illeciti, ci rivela quanto meno che il progetto di Carminati incorporava o ambiva a incorporare un tratto caratteristico e distintivo delle mafie⁴⁶.

In questa vicenda emergono alcune dimensioni del fenomeno mafioso che non sono ricomprese necessariamente nel campo di applicazione dell'art. 416 *bis* c.p. Infatti, l'offerta di protezione e, in generale, gli accordi di reciproco scambio di servizi illeciti tra mafiosi e attori appartenenti a settori formalmente legali non soddisfano sempre i requisiti della fattispecie di associazione mafiosa. Questa, in quanto reato associativo, si focalizza su un'organizzazione, la quale è dotata di una reputazione violenta, acquisita attraverso una serie ripetuta di atti di violenza e minaccia, e il cui metodo d'azione è costituito dall'avvalersi di tale reputazione da parte degli affiliati per raggiungere le finalità associative. Gli elementi a cui si faceva riferimento, invece, si concentrano su un tipo di attività specifica e su metodi che non implicano sempre il ricorso a una reputazione violenta derivante dal sodalizio.

⁴³ R. Sciarone (a cura di), *Alleanze nell'ombra*, cit., p. 7.

⁴⁴ Circa l'impiego di capitale sociale da parte dei mafiosi nelle aree tradizionali si rimanda a *Idem*, pp. 6 ss., mentre nelle aree di nuova espansione a *Id.* (a cura di), *Mafie del Nord*, cit, pp. 12 ss.

⁴⁵ Cass. pen., sez. VI, 22 agosto 1989, n. 11204, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, fasc. 3, 1177; App. Genova, 17 dicembre 1990, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, fasc. 1, 324.

⁴⁶ In questo senso la riflessione di S. Lupo, *Una nuova mafia nella capitale*, in «*Menabò di Etica ed Economia*», www.eticaeconomia.it, 15 dicembre 2014.

Con ciò non si vuole asserire la non aderenza dell'art. 416 *bis* c.p. al proprio referente criminologico. La fattispecie individua sicuramente un aspetto importante del fenomeno, ma al tempo stesso ne traslascia altri⁴⁷. Non si vuole nemmeno sostenere la fallacità dell'attuale formulazione normativa rispetto ai rilievi svolti. Bisogna comunque tenere presente che il testo dell'art. 416 *bis* c.p. riflette specifiche esigenze di tipo probatorio formatesi tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso⁴⁸ e la sua elaborazione si colloca in un periodo in cui la ricerca scientifica e la conoscenza giudiziaria del fenomeno erano ancora poco sviluppate⁴⁹. Anche se, allo stesso tempo, si deve sempre tener presente che il diritto penale deve operare entro i limiti dei principi legalità, determinatezza, tassatività, i quali non rendono semplice la trasposizione di fenomeni complessi come quello mafioso in una fattispecie penale generale e astratta. Ciò che quindi si vuole evidenziare è la presenza di una questione definitoria dell'art. 416 *bis* c.p.

A nostro avviso il tema sussiste, come si è cercato di dimostrare, ed è rilevante, in quanto la sostanziale distanza tra nozione sociologica e giuridica di mafia induce parte della magistratura a piegare la tipicità della norma o a forzare la ricostruzione dei fatti per riavvicinare tale distanza e dare coerenza all'azione repressiva, nel senso di reprimere fenomeni perniciosi come le mafie con gli strumenti normativi più severi specificamente predisposti per il loro contrasto⁵⁰.

Allargando il campo di indagine, il tema sembra emergere anche in riferimento all'insediamento delle mafie al Nord, in quanto non di rado ci si trova in presenza di sodalizi appartenenti formalmente a mafie tradizionali che però non hanno ancora acquisito una forza di intimidazione sul territorio. In sostanza, si sarebbe di fronte a dei gruppi che sono affiliati alle mafie tradizionali, oltre a presentarne tutte le caratteristiche strutturali, ma non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 416 *bis* c.p. Ciò ha portato parte della magistratura ad aderire alle interpretazioni estensive del reato, espressione di indirizzi giurisprudenziali minoritari, o a forzare la tipicità della fattispecie per reprimere

⁴⁷ Ad esempio, all'indomani dell'introduzione dell'art. 416 *bis* c.p. sono state mosse alcune critiche alla rispondenza della formulazione normativa con il suo referente criminologico. Si è contestata la non considerazione della dimensione dei collegamenti con la politica all'interno della fattispecie (F. Bricola, *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 9, 1983, p. 240) e, in particolare, la previsione di un metodo solo intimidativo difficilmente applicabile in riferimento ai rapporti intrattenuti tra mafiosi e soggetti delle istituzioni (G. Fiandaca, *Commento agli art. 1, 2 e 3 della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 9, 1983, p. 265).

⁴⁸ A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia*, cit., p. 843.

⁴⁹ Per una rassegna dei contributi scientifici in materia di mafia e le varie prospettive formatesi sul fenomeno dall'Unità ad oggi si vedano, tra gli altri, S. Lupo, *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Donzelli, 2004 (1993), pp. 11 ss. e R. Sciarrone, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, 2009 (1998), pp. 19 ss.

⁵⁰ Sull'esigenza di valorizzare l'applicazione della incisiva legislazione antimafia, sfruttandone al massimo le sue potenzialità di repressione e contrasto si vedano G. Pignatone, M. Prestipino, *Modelli criminali*, cit., p. 85. In riferimento al riconoscimento dell'art. 416 *bis* c.p. alle mafie operanti a Roma, compresa Mafia capitale, gli autori scrivono che ciò ha un effetto cruciale, in quanto permette «di valutare e sanzionare adeguatamente, sia in termini di misure cautelari, sia sotto il profilo delle pene inflitte, sia in termini di sequestro e confisca dei beni, una serie di comportamenti di cui, se presi in considerazione isolatamente, sfuggirebbe l'effettiva gravità e pericolosità».

ugualmente tale manifestazione del fenomeno con la più incisiva normativa antimafia⁵¹. In questo caso il problema definitorio pone una questione diversa rispetto a Mafia capitale, in quanto emerge una concezione di mafia basata sulla sua struttura più che su metodi o attività svolte.

La riflessione obbliga a uno sforzo interdisciplinare per capire cosa sono oggi le mafie, quali sono i suoi caratteri più dannosi e peculiari e quali di questi si intende incriminare⁵². Uno dei temi che sembra emergere con maggiore forza è quello della rilevanza della violenza nella definizione di mafia. Premesso che si tratta di un elemento fondamentale dell'agire mafioso, il tema è se esso debba costituire un aspetto necessario per determinare la mafiosità di un sodalizio oppure se debba concorrere con altri e, in questa seconda ipotesi, in che misura debba contribuire a integrare la nozione. Più in generale, la questione attiene al tema se la definizione giuridica di mafia debba focalizzarsi maggiormente su sul tipo di attività o sul tipo di struttura mafiosa⁵³.

Pertanto, in conclusione, si condivide la posizione di chi ha ritenuto che la «posta in gioco di Mafia capitale» fosse la ridefinizione stessa del concetto di mafia, risultato di un processo circolare tra riflessione giuridica, sociologica e percezione dell'opinione pubblica⁵⁴. Emblematiche sul punto sono le riflessioni conclusive del Tribunale di Roma che, giustificandosi per non aver riconosciuto la mafiosità del sodalizio, una circostanza assolutamente non necessaria, ma spiegabile in virtù della pressione mediatica e dell'aspettativa sull'esito del processo, afferma sostanzialmente che i fatti oggetto del dibattimento sono riconducibili a un concetto di mafia presente nel sentire comune, ma non rientrante nel campo di applicazione dell'art. 416 *bis* c.p., e chiama in causa il legislatore, in quanto unico soggetto deputato a intervenire su questa distanza. La questione rimane aperta: sarebbe auspicabile lo sviluppo di un dibattito il più laico e aperto possibile, così come l'apporto di ulteriori contributi scientifici da parte di tutte le discipline coinvolte nella materia.

⁵¹ Questa impostazione è riassunta bene in A. Balsamo, S. Recchione, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 ottobre 2013, pp. 18 ss.: «Le incertezze giurisprudenziali nella interpretazione dell'art. 416 bis c.p. denunciano una possibile (ed inquietante) inadeguatezza della norma a rispondere alle esigenze di contrasto della criminalità organizzata. [...] la fattispecie ideata per colpire la mafia "oltre" i reati fine, che per primi emergevano, si trova ora ad essere utilizzata per fronteggiare organizzazioni che – al Nord – emergono "prima" dei reati fine». «Legittima l'interpretazione che richiede non solo la prova dell'esistenza di una organizzazione "tipicamente" mafiosa, ma anche la produzione degli effetti tipici che (di regola) scaturiscono dal contatto tra il consorzio criminale e la società civile è indubbio. [...] Portare alle estreme conseguenze tale percorso logico-interpretativo, tuttavia, significa rischiare di legittimare la proliferazione di organizzazioni strutturate, ma silenziose».

⁵² Sul tema dell'esigenza di un maggiore scambio tra settori disciplinari, attraverso una «interdisciplinarietà interna» e un «multidisciplinarietà esterna», si rimanda ad A. Baratta, *Prefazione*, in S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, II ed., 2000.

⁵³ Per un inquadramento generale dei modelli di incriminazione della criminalità organizzata in base ai concetti di struttura e attività, adottando una prospettiva comparata e interdisciplinare, si rimanda ad A. Sergi, *From Mafia to Organised Crime A Comparative Analysis of Policing Models*, Palgrave Macmillan, 2017.

⁵⁴ E. Ciccarello, *La posta in gioco di Mafia Capitale*, cit., pp. 65 ss.

Bibliografia.

A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "mafia capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, 1, 2016, pp. 118 ss.;

A. Balsamo, S. Recchione, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 ottobre 2013;

A. Baratta, *Prefazione*, in S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, II ed., 2000;

F. Bricola, *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 9, 1983, pp. 237 ss.;

G. de Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1998, pp. 385 ss.;

G. Fiandaca, *Commento agli art. 1, 2 e 3 della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 9, 1983, pp. 256 ss.;

G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2001, pp. 353 ss.;

G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *Foro it.*, 3, 2018;

L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2016;

D. Gambetta, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992;

C. Greco, *Mafia capitale: il banco di prova dell'art. 416-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, pp. 95 ss.;

T. Guerini, G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Giappichelli, 2019;

S. Lupo, *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Donzelli, 2004 (1993);

S. Lupo, *Una nuova mafia nella capitale*, in «Menabò di Etica ed Economia», www.eticaeconomia.it, 15 dicembre 2014;

V. Martone, *Le mafie di mezzo. Mercati e reti criminali a Roma e nel Lazio*, Donzelli, 2017;

E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, in *Arch. pen.*, 3, 2019 (Web);

I. Merenda, C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2019;

G. Pignatone, M. Prestipino, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, 2019;

R. Sciarrone, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, 2009 (1998);

R. Sciarrone (a cura di), *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Donzelli, 2011;

R. Sciarrone, *Il Mondo di mezzo e l'area grigia*, in *rivistailmulino.it*, 31 luglio 2017;

R. Sciarrone (a cura di), *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Donzelli, 2019 (2014);

R. Sciarrone, L. Storti, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, Il Mulino, 2019;

A. Sergi, *From Mafia to Organised Crime A Comparative Analysis of Policing Models*, Palgrave Macmillan, 2017;

G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1983;

G. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in A.A.V.V., *Beni e tecniche di tutela penale*, Franco Angeli, 1986, pp. 156 ss.;

G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015.

C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, pp. 353 ss.

Riflessione

— Per una proposta di formazione scientifica dei giudici

Qualche spunto a partire dall'esperienza statunitense

A proposal for scientific judicial training

Some starting points from the US experience

di Susanna Arcieri, Piergiorgio Strata

Abstract. Il presente contributo costituisce una sintesi del lavoro di ricerca svolto dagli autori, un neuroscienziato e un avvocato, in merito ad alcune tra le più importanti iniziative promosse, nell'arco degli ultimi tre decenni, da numerose istituzioni statunitensi, pubbliche e private, per rafforzare la formazione giudiziale su temi e problemi di carattere scientifico e, più in generale, per favorire una sempre maggiore integrazione tra il mondo del diritto e quello della scienza.

Abstract. This contribution is the summary of the research work carried out by the authors, a neuroscientist and a lawyer, regarding some of the most important initiatives promoted over the last three decades by many US institutions, public and private, to strengthen judicial training on scientific topics and problems and, more generally, to favor an ever greater integration between the world of law and that of science.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le iniziative della Dana Foundation (e la sua storia). – 3. Gli anni '90 e il Progetto Jeritt. – 4. I seminari del Centro giudiziario federale sulle neuroscienze e sulle bioscienze. – 5. Le risorse messe a disposizione dei giudici americani dal National Judicial College. – 6. L' American Association for the Advancement of Science (AAAS) e la National Conference of Lawyers and Scientists (NCLS), per la diffusione della cultura scientifica. – 7. Il National Courts and Sciences Institute (NCSI) per una migliore prassi giudiziaria in materia di scienza. – 8. Diritto e scienze economiche: il programma del Center for Law, Brain and Behavior. – 9. Il Massachusetts e

l'Università di Harvard. – 10. Il Nuovo Messico e la Judicial Science School. – 11. Le proposte di formazione dell'Università della Carolina del nord. – 12. L'Arizona Forensic Science Academy di Phoenix.

SUMMARY: 1. Premise. – 2. The Dana Foundation's initiatives (and its history). – 3. The 1990s and the Jeritt Project. – 4. The seminars of the Federal Judicial Center on neuroscience and biosciences. – 5. Resources offered to American judges by the National Judicial College. – 6. The American Association for the Advancement of Science (AAAS) and the National Conference of Lawyers and Scientists (NCLS) to spread scientific culture. – 7. The National Courts and Sciences Institute (NCSI) for better judicial science practice. – 8. Law and economics: the Center for Law, Brain and Behavior program. – 9. Massachusetts and Harvard University. – 10. New Mexico and the Judicial Science School. – 11. The training programs of the University of North Carolina. – 12. The Arizona Forensic Science Academy in Phoenix.

1. Premessa.

Nel corso degli ultimi anni, le istituzioni statunitensi hanno intrapreso **alcuni grandi progetti** per promuovere e rafforzare la **preparazione scientifica** dei propri giudici.

Basti pensare alla lunga storia del **Reference Manual on Scientific Evidence**, il Manuale sulla prova scientifica voluto dal Centro giudiziario federale americano (Federal Judicial Center – FJC) e giunto nel 2011 alla sua terza edizione¹, o a quella della **National Commission on Forensic Science** (NCFS)², istituita nel 2013 dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti per svolgere il delicato compito di affiancare i giudici aiutandoli a trattare in modo corretto i problemi posti nei processi dalla scienza.

Qualche anno prima, nel 2007, nasceva inoltre il **Law and Neuroscience Project**³, il progetto creato e finanziato dalla Fondazione MacArthur di Chicago allo scopo di fornire ai giudici americani gli strumenti necessari a padroneggiare con sicurezza la “prova neuroscientifica” e comprendere i fondamenti della disciplina delle neuroscienze.

Significativa è anche la creazione di Daubert Tracker, un archivio online che raccoglie **quasi 225.000 “gatekeeping decisions”**, ossia pronunce giudiziali che hanno fatto applicazione dei principi in materia di ammissibilità della prova scientifica (cd. *Daubert standards*)⁴ espressi dalla giurisprudenza della Corte Suprema USA a partire dalla celeberrima sentenza Daubert del 1993⁵.

Il panorama in cui si inseriscono questi esempi è però molto più vasto.

¹ Per ulteriori dettagli, si consenta di rinviare a S. Arcieri, *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il Reference Manual on Scientific Evidence*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017.

² Si rinvia, anche su questo tema, a S. Arcieri, *La National Commission*, cit.

³ Per approfondimenti, si veda S. Arcieri, *Il Research Network on Law and Neuroscience per un'integrazione tra diritto e neuroscienza*, in *questa rivista*, 2 aprile 2019.

⁴ L'archivio è consultabile [a questo indirizzo](#).

⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

Negli Stati Uniti si registra infatti, specie negli anni più recenti (ma non solo), una vera e propria **esplosione di proposte formative (corsi di perfezionamento, laboratori interattivi, convegni e conferenze, riviste e pubblicazioni)** rivolte dalle istituzioni pubbliche e private agli operatori del diritto, in particolare ai giudici, interamente dedicate ai problemi legati all'interazione tra le diverse discipline scientifiche e il diritto, allo scopo di consentire loro di:

«**comprendere pienamente gli approcci impiegati dalle diverse discipline** forensi, i punti di forza e di debolezza delle prove scientifiche che fanno il loro ingresso nelle aule processuali»⁶.

È importante precisare, peraltro, che il crescente interesse per la formazione giudiziaria in materia di scienza **non è certamente circoscritto al solo contesto statunitense** (si registrano infatti anche diverse iniziative recenti promosse anche da organizzazioni europee)⁷; nondimeno, si ritiene che la straordinaria ampiezza delle proposte offerte ai giudici d'oltreoceano, alcune delle quali anche da parecchi anni, possano rappresentare un buon punto di partenza per provare a tracciare un **percorso analogo anche in Italia**.

Purtroppo, infatti, per quanto riguarda la formazione dei giudici nelle materie scientifiche, **la distanza** che ancora oggi separa il **nostro paese** dall'esperienza maturata in numerosi ordinamenti stranieri è drammaticamente ampia.

Una circostanza, questa, che risulta particolarmente grave in un contesto com'è quello attuale, nel quale, come crediamo – e come è stato più volte sottolineato a gran voce su questa rivista⁸ –, il possesso (quantomeno) di **un certo grado di cultura scientifica** rappresenta oggi un vero e proprio presupposto necessario per poter affrontare, con qualche speranza di successo, la straordinaria complessità dei **numerossissimi problemi di accertamento** (in materia, ad esempio, di nesso causale, di pericolo, di imputabilità, di dolo o di colpa) che le manifestazioni della criminalità del XXI secolo pongono **in capo alla magistratura**, anche italiana.

⁶ Si tratta di una delle raccomandazioni formulate dal National Research Council (NRC) nel *report Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, redatto dal Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council, 2009, p. 238 («*fully comprehend the approaches employed by different forensic science disciplines and the strengths and vulnerabilities of forensic science evidence offered during trials*»).

⁷ In primo luogo, con riferimento alla UE, ad esempio, si segnalano le proposte formulate nell'ambito dell'European Judicial Training Network (EJTN) – [a questo link](#) – che, con riferimento all'anno 2020, hanno compreso una serie di corsi e *webinar* indirizzati ai giudici e incentrati su temi scientifici (quali in particolare il corso "Scientific logic and probative assessment. Special reference to biological evidences", a febbraio, il webinar on "Ethics, Bias and Evidence", dell'11-12 giugno u.s., il corso "The use of the forensic science evidence in Courts - challenges and developments in the EU", a novembre 2020).

In secondo luogo, anche con riguardo al Regno Unito si è assistito negli ultimi anni a una forte presa di coscienza dell'importanza di promuovere una integrazione tra (neuro)scienza e diritto, come testimoniano i recenti progetti di ricerca condotti dalla Royal Society di Londra e confluiti, da un lato, nella realizzazione di una serie di manuali in materia di prova scientifica e, dall'altro, nell'avvio di un piano di studi denominato "Brain Waves" (onde cerebrali), volto ad approfondire i progressi compiuti nel campo delle neuroscienze e delle neurotecnologie e a sondare i relativi impatti potenziali nei vari ambiti dell'ordinamento giuridico (sul tema, si rinvia ai contributi di F. Tomasello, *Scienza e Diritto nel Regno Unito - parte 1, parte 2 e parte 3*, tutte in questa rivista, rispettivamente il 17 aprile, 23 aprile e 8 maggio 2019).

⁸ L. Santa Maria, *Frammenti di un discorso sulla giustizia malata*, in questa rivista, 8 luglio 2020.

Una convinzione, questa, condivisa tra gli altri dal Prof. **David Eagleman**, neuroscienziato americano, fondatore e direttore del Center for Science and Law, il quale osservava, già nel 2012, che un sistema penale che intenda essere “al passo” con le evidenze fornite dalle neuroscienze deve necessariamente garantire il rispetto di «uno **standard minimo di istruzione scientifica**»⁹ per tutti coloro che operano nel settore della giustizia. Osserva infatti Eagleman che:

«quasi tutti gli Stati americani impongono agli avvocati di dedicare un certo numero di ore (di solito circa 15 all'anno) a fare formazione sui più recenti sviluppi del sistema giuridico. Un sistema di giustizia penale neurocompatibile prevede qualcosa di analogo per l'**istruzione scientifica dei giudici, degli avvocati, dei legislatori e dei funzionari pubblici** che operano in ambito giuridico. Coloro che operano quotidianamente all'interno del sistema di giustizia penale **non devono ignorare, ma neppure sopravvalutare, le acquisizioni della scienza** [...]. È importante che sia ben spiegato loro che cosa la scienza non è in grado di dirci – per esempio, occorre superare l'idea che la genetica sia sempre in grado di dirci qualcosa di dettagliato sul comportamento individuale. **Modificare le opinioni** e le basi conoscitive di chi è responsabile della stesura e dell'applicazione delle nostre leggi penali **è di cruciale importanza** ai fini di una piena integrazione delle opzioni di trattamento e di condanna all'interno delle corti»¹⁰.

Il numero di procedimenti penali che, dopo anni, ancora non sono giunti a un **epilogo certo**, né in un senso né nell'altro, così come la **contraddittorietà delle pronunce** dei giudici di merito e di legittimità su temi cruciali quali quelli legati alle morti da amianto o ai disastri ambientali¹¹, sono solo dei possibili esempi che dimostrano, in modo inequivocabile – tanto dalla prospettiva di vista del pratico del diritto, quanto da quella del (neuro)scienziato –, l'urgenza di promuovere una **riforma profonda e radicale** dei programmi e dei percorsi di formazione dei magistrati e (soprattutto) dei futuri magistrati, introducendo, già a partire dai percorsi universitari, nuovi strumenti, corsi, laboratori e *workshop* che consentano a coloro che sono (saranno) chiamati a giudicare delle altrui condotte di padroneggiare le nozioni di base delle principali materie scientifiche (neuroscienze, genetica, epidemiologia, tossicologia, ecc.) suscettibili di influenzare, e addirittura di determinare, l'esito di quei giudizi.

⁹ «A minimum standard of science education»; cfr. D.M. Eagleman, S.I. Flores, *Defining A Neurocompatibility Index for Criminal Justice Systems: A Framework to Align Social Policy with Modern Brain Science*, in *Law of the Future Series*, n. 1, 2012, p. 170.

¹⁰ «Nearly every state in America requires lawyers to spend some number of hours (usually around 15 a year) educating themselves on developments within the legal system. A neurocompatible criminal justice system would have a similar requirement for science education for judges, lawyers, lawmakers, and parole officers who practise in this field. Those involved in the day-to-day workings of our criminal justice systems should neither ignore nor exaggerate the relevant science. [...] It is [...] important for these repeat players to be told what science is not capable of telling us – for example, the idea that genetics would ever be able to tell us anything detailed about individual behaviour. Changing the opinions and knowledge base of those involved in writing and executing our criminal laws is crucial to the full integration of successful treatment and sentencing options into the courts»; *ibidem*.

¹¹ V., su questi temi, L. Santa Maria, *Il fallimento del diritto penale nella definizione e nell'accertamento della causalità da amianto*; A. Bell, V. Jann, *L'accertamento del nesso di causa nei processi per patologie asbesto-correlate. Una caotica storia ventennale*; e F. Tomasello, *L'accertamento della causalità nei processi per patologie asbesto-correlate*, tutti in questa rivista, rispettivamente il 5 giugno 2019, 19 giugno 2019 e 22 aprile 2020.

Circoscrivendo dunque il campo d'indagine alla sola esperienza maturata negli Stati Uniti, nelle prossime pagine si intende fornire una panoramica, necessariamente sintetica e tutt'altro che esaustiva, di alcune delle principali iniziative formative esistenti, delle quali verranno analizzate la storia, gli scopi e i contenuti, a partire dagli anni '90 fino al momento attuale.

2. Le iniziative della Dana Foundation (e la sua storia).

Per dare avvio all'analisi delle diverse proposte formative promosse da enti statunitensi allo scopo di ad accrescere le conoscenze scientifiche dei giudici, si è scelto di partire dalla realtà a noi più vicina, un'iniziativa **rivolta all'Europa**, ma finanziata da un'organizzazione americana. Si tratta della **European Dana Alliance for the Brain (EDAB)**, promossa dalla **Dana Foundation** statunitense; iniziativa peraltro ben nota a chi scrive, dal momento che uno dei presenti Autori è parte del Comitato Esecutivo del progetto fin dalla sua nascita¹².

La Dana Foundation è un'organizzazione privata a carattere filantropico, con sede a New York, che **sostiene la ricerca sul cervello** attraverso sovvenzioni e fornisce al pubblico informazioni sulle varie tematiche che riguardano il cervello con pubblicazioni, programmi educativi e con la concessione di borse di studio¹³. È stata fondata nel 1950 da Charles Dana, legislatore, industriale e filantropo, che ne divenne il Primo Presidente.

In collaborazione con la moglie, Eleonor Naylor Dana, egli ha promosso lo sviluppo di **programmi di finanziamento** incentrati principalmente sulla ricerca sul cancro, l'istruzione superiore e le arti. Le sovvenzioni della Fondazione hanno contribuito a sostenere, tra l'altro, il Sidney Faber Cancer Center, un istituto medico pediatrico specializzato in campo oncologico fondato nel 1947 da Sidney Farber, patologo statunitense, poi ribattezzato Dana Faber Cancer Institute.

Nel 1977 David Mahoney, un importante uomo d'affari, anch'egli filantropo, è stato eletto Presidente della Fondazione alla quale dal 1983 si è dedicato a tempo pieno ampliando i temi sulle **scienze della vita**. A metà degli anni '80, la Fondazione ha concesso le sue prime borse di studio per le ricerche sul cervello. Nel 1992, a seguito della proclamazione del "**decennio del cervello**" (*Decade of the Brain*)¹⁴, da parte del Presidente degli Stati Uniti George Bush, la Fondazione ha creato la **Dana Alliance for the Brain Initiatives (DABI)**¹⁵, che nel 2015 è diventata un'organizzazione globale.

Successivamente, nel 1997, a DABI si è affiancata la già sopra citata European Dana Alliance for Brain (**EDAB**), un'organizzazione *no-profit* nata nel 1997, promossa anch'essa, come la DABI, dalla Fondazione Dana¹⁶.

¹² Infatti, dal 1997 il Prof. Strata fa parte dell'Executive Committee di EDAB.

¹³ Si veda quanto riportato nella *home page* del sito istituzionale (a questo [link](#)).

¹⁴ Cfr. la proclamazione del Presidente George Bush, a [questo indirizzo](#).

¹⁵ Per ulteriori informazioni, si rinvia a quanto pubblicato [a questo link](#).

¹⁶ Tutti i dettagli in merito alla nascita e alla storia di EDAB sono disponibili [a questo link](#).

In particolare, EDAB riunisce illustri **neuroscienziati e clinici provenienti da tutta l'Europa**, accomunati dal desiderio e dall'impegno ad accrescere la consapevolezza, da parte della collettività, in ordine all'importanza della ricerca sul cervello e alla necessità di promuoverne il costante progresso.

Ad oggi, nel complesso, questa alleanza mondiale conta **700 membri provenienti da 44 Paesi**, tutti uniti nell'interesse comune nel promuovere la conoscenza del pubblico sul cervello e la sua importanza.

Negli anni 2000, il nuovo Presidente della Fondazione, William Safire, un importante editorialista del *New York Times*, ha contribuito ad ampliare le informazioni sulla neuroscienza e la Fondazione ha iniziato a pubblicare la rivista "**Cerebrum**" su base mensile con articoli scritti da scienziati¹⁷.

Tra le varie iniziative promosse dalla Fondazione, per quanto qui maggiormente interessa, vi è una ricca messe di incontri tra la Neuroscienza e il mondo della legge. Di grande successo è, in particolare, l'iniziativa su scala mondiale della "**Settimana del cervello**" (*Brain Awareness Week*)¹⁸, un evento fuori dal comune, una sorta di "sfida globale" lanciata alla fine degli anni '90 da DABI assieme a EDAB, e che oggi coinvolge **5600 partner di 120 paesi**.

In particolare, in occasione di una **recente riunione del suo Comitato Esecutivo** (del 23 giugno 2020), all'ordine del giorno di EDAB vi era appunto il tema "**Neuroscienza e Diritto in Europa**" (*Neuroscience and the Law in Europe*). Nel corso dell'incontro, tra le altre cose, è stato confermato l'impegno a sostenere i seminari organizzati dalla Royal Society a dal Judicial College del Regno Unito, incontri che vedono riuniti insieme i ricercatori di tutto il mondo che operano nel **settore della neuroscienza e della legge** per dibattere punti chiave di interesse comune.

Già in passato, peraltro, la Dana Foundation ha finanziato l'Accademia Nazionale delle Scienze britannica e la stessa Royal Society per l'organizzazione di incontri indirizzati ai giudici di tutto il mondo.

In considerazione dei risultati molto positivi, la Fondazione si è impegnata a garantire **ulteriori finanziamenti a favore di progetti europei**.

3. Gli anni '90 e il Progetto Jeritt.

Proseguiamo con la presente rassegna portandoci all'inizio degli anni '90 quando, per volontà dello State Justice Institute¹⁹ e con il supporto della National Association of

¹⁷ Per ulteriori informazioni sulla rivista, si consulti [questo indirizzo](#).

¹⁸ Per i dettagli dell'iniziativa, si veda quanto riportato [a questo indirizzo](#).

¹⁹ Si tratta di un ente Americano privato, senza scopo di lucro, istituito con legge federale nel 1984 per finanziare progetti e iniziative finalizzati a migliorare l'amministrazione della giustizia all'interno degli Stati membri. Tutte le informazioni sono disponibili sul sito istituzionale, [a questo link](#).

State Judicial Educators (NASJE)²⁰ e della School of Criminal Justice presso l'Università del Michigan, nasceva il Judicial Education Reference, Information and Technical Transfer (JERITT) Project, definito come un «centro informativo nazionale per la **formazione professionale continua** dei giudici, degli altri operatori del diritto e del personale giudiziario»²¹.

Finanziato dallo stesso State Justice Institute, negli anni della sua attività (dal 1992 al 2005) il progetto JERITT **ha raccolto tutte le iniziative** proposte a livello federale e dai singoli Stati nazionali in tema di **formazione giudiziale**, con la descrizione dei programmi, delle tecniche, dei metodi e dei materiali utilizzati nell'ambito di ciascuna proposta. In particolare, alla fine dell'anno 2000, il *database* del progetto JERITT conteneva i riferimenti alle proposte formative organizzate da **sessantacinque enti statali** dedicati all'educazione giudiziale²², ben cinquantacinque dei quali offrivano programmi **incentrati in via esclusiva su temi scientifici** (ad esempio, i problemi connessi all'impiego della scienza forense – in particolare lo studio del DNA –, alla *medical malpractice*, al contagio da HIV o all'abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti), per un totale di **790 proposte**²³.

In parallelo, sempre nell'ambito del Progetto JERITT sono state pubblicate **14 monografie** dedicate alla formazione dei giudici, con l'illustrazione dei diversi metodi e modelli educativi e **incentrate sull'applicazione pratica** dei relativi principi²⁴.

4. I seminari del Centro giudiziario federale sulle neuroscienze e sulle bioscienze.

Con riguardo alle singole proposte formative provenienti dagli organismi federali e nazionali, un primo esempio importante è rappresentato dai programmi offerti ai giudici statunitensi dal **Federal Judicial Center** (FJC), l'organismo federale che dal 1967 promuove la **ricerca e la formazione giudiziale** su tutto il territorio nazionale.

²⁰ Organizzazione, anch'essa senza scopo di lucro, nata nel 1975 con l'obiettivo di promuovere il progresso della giustizia mediante interventi nel settore dell'educazione.

²¹ «*The Judicial Education Reference, Information and Technical Transfer (JERITT) Project is the national clearinghouse for information on continuing judicial branch education for judges and other judicial officers, administrators and managers, and judicial branch educators*» (cfr. la pagina web del Federal Judicial Center dedicata alle risorse per la formazione dei giudici).

²² Come si legge nel rapporto *Science Education Programs for the State and Federal Judiciary at Year 2001*, Grant Sawyer Center for Justice Studies, maggio 2001.

²³ Per i dettagli delle singole iniziative e delle istituzioni promotrici, cfr. la tabella 3.3. del rapporto *Science Education*, cit.

²⁴ Le monografie recano in particolare i seguenti titoli: 1) Judicial Education Needs Assessment and Program Evaluation; 2) Mentoring in the Judiciary; 3) Education for Development: Principles and Practices in Judicial Education; 4) Curriculum, Program, and Faculty Development: Managing People, Process, and Product; 5) Program Management: Managing Deadlines, Details, Activities, and People; 6) Education for Development: The Voices of Practitioners in the Judiciary; 7) Professional Education and Development of NASJE Members; 8) Ability-Based Learning and Judicial Education: An Approach to Ongoing Professional Development; 9) Claiming Status in an Emerging Occupation: A Study of State Judicial Education in America; 10) Courts and Judicial Branch Education: Creating Their Future in the New Millennium; 11) Conducting Impact Evaluation for Judicial Branch Education; 12) Preparing Organizations for Distance Learning Technologies; 13) Developing a Court Leadership and Management Curriculum; 14) An Evaluation of the Judicial Branch Education Programming Response to Contemporary Court Challenges.

Una delle divisioni interne al Centro, la **Education Division**, si occupa in via esclusiva di elaborare e mettere a disposizione degli operatori giuridici una serie di risorse – corsi di formazione, tradizionali o a distanza, pubblicazioni, video e materiale accessibile via web – dedicate allo studio e all’approfondimento di diversi problemi, anche di natura scientifica.

In questo quadro, si collocano ad esempio i **due seminari** denominati “**Law and Neuroscience Seminar**” e “**Law and Biosciences Seminar**”²⁵ – rispettivamente finalizzati a «offr[ir]e ai giudici l’opportunità di apprendere gli sviluppi nelle neuroscienze e comprendere meglio **il ruolo che la neuroscienza può ricoprire nelle determinazioni legali**»²⁶ e insegnare loro a «identificare **le principali questioni etiche e sociali** sollevate dai rapidi progressi della scienza e della genetica»²⁷ – e il **workshop** rubricato “**Tailoring Justice: Science-Informed Decision Making**”, pensato per:

«aiutare gli operatori della giustizia penale federale nel **trattamento** di criminali e imputati affetti da **disturbi mentali** o che fanno uso di **sostanze stupefacenti**, dall’apertura del procedimento fino alla fase decisionale. Lo scopo del **workshop** è quello di consentire ai soggetti interessati [...] di tradurre le informazioni cliniche e i progressi scientifici in pratica quotidiana»²⁸.

5. Le risorse messe a disposizione dei giudici americani dal National Judicial College.

Proseguendo nella presente rassegna, merita senz’altro un cenno anche il complesso delle iniziative promosse dal **National Judicial College** (NJC) di Reno, in **Nevada**, fondato nel 1963 che rappresenta ancora oggi la **maggior risorsa a livello federale** per quanto riguarda la **formazione dei giudici**.

La sua missione, come dichiarato nella pagina principale del sito del College, consiste proprio nella **educazione, innovazione e promozione della giustizia**²⁹.

Ogni anno, il College propone ai giudici statunitensi un’ampia offerta formativa su temi di varia natura, anche **scientifica, tramite decine di corsi** (online e non).

Così, tra i corsi in presenza calendarizzati per l’autunno di quest’anno, troviamo ad esempio quello denominato “**Scientific Evidence & Expert Testimony**”³⁰, della durata di

²⁵ Cfr. la pagina web del sito del FJC dedicata ai programmi di formazione per i giudici.

²⁶ «*This seminar [...] gives judges the opportunity to learn about developments in neuroscience and better understand the role that neuroscience can play in legal determinations [...]*»; *ibidem*.

²⁷ «*Participants learn to identify key societal and ethical issues raised by rapid advances in science and genetics [...]*»; *ibidem*.

²⁸ «*Helping federal criminal justice stakeholders improve the way they work with justice-involved individuals (offenders and defendants) with mental health and substance use disorders from initial appearance to sentencing. The goal of the workshop is to enable federal court stakeholders [...] to translate clinical insights and scientific advancements into everyday practice*»; *ibidem*.

²⁹ Cfr. la *home page* del sito istituzionale.

³⁰ La descrizione di questo e degli altri corsi previsti per la fine del 2020 e l’anno 2021 è pubblicata in questa sezione del sito del Judicial College.

quattro giorni (dal 5 all'8 ottobre) e strutturato in modo da comprendere lezioni frontali e momenti e confronto tra gruppi. La finalità del corso è quella di insegnare i giudici a:

«**valutare e interpretare correttamente le prove scientifiche** e decidere con sicurezza se ammetterne o meno l'ingresso nei procedimenti civili e penali. [...] Riconoscere il ruolo del giudice come **custode della prova e della perizia scientifica**; identificare gli elementi di coerenza e di contraddizione tra l'impostazione giuridica e quella scientifica; **descrivere i concetti statistici** di base comunemente impiegati dagli esperti; padroneggiare i metodi scientifici in usi ai ricercatori che studiano il comportamento umano; inquadrare correttamente i ruoli e le qualifiche dei patologi forensi; e identificare i concetti chiave relativi alle **prove forensi computerizzate**»³¹.

Accanto ai corsi tradizionali, come detto, il College offre ai giudici anche una serie risorse online per la formazione a distanza: tra quelle di argomento scientifico, si può ricordare il corso **"When Science Comes to Court: Self-Study Course on Forensic Evidence"**³², così presentato:

«la decisione relativa all'ammissione di prove scientifiche poggia direttamente sulle spalle del giudice cui è affidato il caso. I giudici devono avere una **profonda familiarità** con la **disciplina probatoria** e con le **regole** che stabiliscono se e a quali scopi le **prove possono essere ammesse** (e come dev'essere istruita la giuria). Questo corso di autoapprendimento presenta un caso penale ipotetico ma estremamente realistico per consentire ai giudici di acquisire confidenza con i problemi legati all'ammissione dei testimoni esperti e delle altre prove»³³.

Il College mette inoltre a disposizione alcune videoconferenze in tema, ad esempio, di **neuroscienza e dipendenze** ("Brain Science and Addiction", "The Neuroscience of Addiction")³⁴ – incentrate sulla genesi e lo sviluppo della dipendenza da sostanze e sui criteri da seguire per valutare la pozione degli imputati affetti da tale disturbo – o di **sviluppo cerebrale degli adolescenti** ("Brain Science and Adolescents")³⁵, entrambe tenute nel 2017.

Tra i *webcast* dell'anno successivo, inoltre, troviamo quella dedicata al tema dell'**imputato affetto da psicopatia** ("Neuroscience and the Law: Psychopathy in the Courtroom"), nonché quella in materia di prevenzione e contrasto dei **bias cognitivi**

³¹ «*This course will provide you with the ability to evaluate and interpret scientific evidence and to rule confidently on the admissibility of scientific evidence in both civil and criminal cases. [You will be able to] recognize the judge's role as a gatekeeper of scientific evidence and expert testimony; identify the consistencies and contradictions between the cultures of law and science; describe basic statistical concepts commonly used by experts; outline the scientific methods available to researchers studying complex human behavior; state the proper function and qualifications of forensic pathologists; and identify key concepts relating to computer forensic evidence*»; *ibidem*.

³² A questo [link](#).

³³ «*The decision about whether forensic evidence is admitted rests squarely on the shoulders of the judge presiding over the case. Judges must be intimately familiar with the rules of evidence and whether evidence is admitted or received for a limited purpose (including how to instruct if a jury trial). This self-study course uses an all-too-real, yet hypothetical, criminal case to give judges greater confidence ruling on issues of admitting experts and evidence*»; *ibidem*.

³⁴ Le due conferenze sono accessibili [a questo](#) e [a questo link](#).

³⁵ [A questo link](#).

("Implicit Bias")³⁶. Recentissimo, inoltre, il corso in materia di "The Neuroscience of Pandemic Response: How Judges Operate in Times of Societal Crisis", organizzato per aiutare i giudici ad affrontare e gestire correttamente i nuovi problemi generati dalla pandemia da Covid-19 nel campo dell'amministrazione della giustizia³⁷.

Infine, vale la pena di ricordare anche, sempre nell'ambito dell'offerta formativa online del NJC, un ciclo di otto *webcast*, realizzati nell'estate 2019, che illustrano i contenuti del manuale *Science Bench Book for Judges*, edito nello stesso anno dal medesimo NLC. Si tratta di una pubblicazione online, scaricabile gratuitamente³⁸, della quale riportiamo di seguito la presentazione:

«I **giudici** sono i custodi del nostro sistema di giustizia, ma i progressi condotti in ambito forense degli ultimi 50 anni hanno reso il loro **compito significativamente più complesso**. Le regole e le procedure vigenti non sempre sono state all'altezza delle nuove scoperte scientifiche. Nella loro qualità di *gatekeepers* in materia di prove, i giudici **devono farsi trovare pronti e preparati** a decidere sull'ammissione di prove che derivano da nuovi settori scientifici. Inoltre, occorre rilevare come alcune tipologie di prova precedentemente ritenute ammissibili sono state poi screditate dalla comunità scientifica. D'altra parte, **non è necessario** che i giudici **diventino scienziati** perché possano prendere decisioni appropriate in tema di prova scientifica. Occorre, piuttosto, che essi abbiano una **consapevolezza precisa del proprio ruolo** in sede di ammissione delle prove scientifiche. Per raggiungere questo obiettivo, il NJC e il Justice Speakers Institute, LLC, sono lieti di presentare una nuova risorsa online, il *Science Bench Book for Judges*, per supportare i giudici a prendere le proprie decisioni»³⁹.

6. L' American Association for the Advancement of Science (AAAS) e la National Conference of Lawyers and Scientists (NCLS) per la diffusione della cultura scientifica.

Un'ulteriore esempio di iniziative degne di nota è quello offerto dalla American Association for the Advancement of Science (AAAS), ente *no-profit* fondato nel lontano 1848 per promuovere il «progresso della scienza, dell'ingegneria e dell'innovazione, in tutto il mondo e a beneficio di tutti»⁴⁰.

³⁶ Disponibili, rispettivamente, [a questo](#) e [a questo link](#).

³⁷ Il corso è accessibile [cliccando qui](#).

³⁸ La pubblicazione è infatti disponibile [a questo link](#).

³⁹ «*Judges are the guardians of our system of justice, but forensic developments in the last 50 years have made their jobs significantly harder. The existing rules of evidence and procedure have not always anticipated new scientific discoveries. As evidentiary gatekeepers, judges must be able to anticipate and prepare to rule on admission of new areas of scientific evidence. In addition, some previously admitted types of evidence have now been discredited by the scientific community. However, judges do not need to become scientists in order to make appropriate evidentiary decisions about scientific evidence. Rather, they need to have a detailed understanding of their role in admitting scientific evidence. To achieve this, NJC and the Justice Speakers Institute, LLC are pleased to present a new online resource, Science Bench Book for Judges, to assist judges in making their rulings*»; *ibidem*.

⁴⁰ «*Advance science, engineering, and innovation throughout the world for the benefit of all people*» (Cfr. la pagina web del sito dell'Associazione, e in particolare la sezione dedicata alla "Mission & History" dell'AAAS, accessibile cliccando qui).

Ad oggi, l'Associazione collabora con oltre duecentosessanta imprese e accademie di scienza ed è altresì editore della celebre rivista *Science*.

Tra le materie d'interesse dell'Associazione, un ruolo di spicco è riservato alla **formazione dei giudici**, specie in materia di **neuroscienze**. A partire dal 2006, infatti, grazie al supporto della Dana Foundation (di cui si è detto diffusamente *supra*, par. 2), L'AAAS ha organizzato oltre **30 seminari**, ciascuno della durata di due giornate, indirizzati a tutti i giudici interessati ad approfondire gli ultimi sviluppi delle neuroscienze e acquisire gli strumenti necessari a risolvere i problemi che più di frequente la scienza pone nei processi.

Nel corso dei seminari, **decine di giudici** federali, statali e amministrativi hanno assistito alle **discussioni dei migliori neuroscienziati** in ordine a temi come il rapporto tra le neuroscienze e la violenza, la memoria e il rilevamento della menzogna, i processi neuronali tipici dell'adolescenza, gli stati di coscienza⁴¹. Nel luglio del 2009, l'AAAS ha conseguito il Judicial Education Award⁴² per un ciclo di seminari sul tema dei «problemi emergenti nell'ambito delle neuroscienze».

Tutte le attività dell'Associazione sono condotte in collaborazione con numerose istituzioni USA, anche federali, tra cui il FJC, il National Center for State Courts, e la Divisione giudiziaria dell'Ordine degli avvocati americano (American Bar Association – ABA).

In particolare, dalla collaborazione tra l'AAAS e l'ABA è nata nel 1974 la **National Conference of Lawyers and Scientists – NCLS**, una sorta di comitato permanente composto da quattordici membri che persegue diversi scopi, tra cui quello di «**promuovere una migliore comprensione della scienza da parte di avvocati e giudici e del sistema giuridico da parte degli scienziati**»⁴³.

Nel corso della sua lunga storia, la NCLS ha realizzato **studi, workshop, laboratori** multidisciplinari, **convegni e conferenze** dedicati alle questioni più controverse inerenti i rapporti tra **diritto e scienza** (tra cui i progressi della scienza genetica e le implicazioni etiche, giuridiche e politiche dei test genetici).

⁴¹ Per ulteriori dettagli sui temi affrontati nel corso degli incontri, è possibile consultare i programmi dei singoli seminari pubblicati a questo indirizzo.

⁴² Assegnato dalla Conferenza Nazionale dei giudici specializzati (National Conference of Specialized Court Judges) dell'ABA.

⁴³ Per ogni ulteriore informazione si veda la pagina del sito dell'AAAS dedicata alla Conferenza, a questo indirizzo («*the goals of NCLS are: to promote a better understanding of science among lawyers and judges and of the legal system among scientists; To improve communications between lawyers and judges on the one hand, and scientists and engineers, on the other; to monitor and examine emerging public policy issues of concern to lawyers/judges and scientists/engineers; to examine such issues cooperatively and, where appropriate, to recommend policy alternatives to their respective organizations and others relating to such matters; to sponsor joint symposia, programs and studies; and to identify and collaborate with groups from other nations interested in exploring similar subjects*»).

7. Il National Courts and Sciences Institute (NCSI) per una migliore prassi giudiziaria in materia di scienza.

Proseguendo nella presente rassegna, segnaliamo anche l'attività svolta dal **National Courts and Sciences Institute (NCSI)** – già Advanced Science & Technology Adjudication Resource Center (ASTAR) – nato a Washington nel 1996⁴⁴ allo scopo di:

«**migliorare la capacità dei tribunali di risolvere casi complessi** interessati dalla presenza di **prove scientifiche e tecniche** e contribuire, in tal modo, a favorire **l'indipendenza** del sistema giudiziario e **la fiducia** in esso riposta dal pubblico»⁴⁵.

Nel corso dei suoi quasi venticinque anni di vita, l'istituto ha assicurato la **formazione** e l'aggiornamento scientifico di **oltre 4.500 giudici federali** attraverso molteplici iniziative, di cui si possono ricordare alcuni esempi.

a. Un primo progetto degno di nota è il programma denominato **National Resource Judge Program**⁴⁶, commissionato dall'istituto e gestito dal Dipartimento di Giustizia degli USA, intesi ad **ampliare e migliorare i livelli di conoscenza scientifica e tecnologica dei giudici** attraverso la partecipazione a un corso della durata di due anni, per un totale **120 ore** di lezione⁴⁷.

Il progetto – iniziato nel 2007 e concluso nel 2009, al quale **hanno aderito 190 giudici** provenienti da tutto il territorio degli Stati Uniti – era incentrato sull'analisi e sul commento di casi giudiziari penali e civili interessati dalla presenza di problemi legati alle diverse discipline scientifiche (medicina legale, genetica, neuroscienze ecc.), attività che si articolava su diversi moduli, tra cui un **bootcamp** avanzato, della durata di 60 ore e un **ciclo di conferenze** incentrate sui problemi processuali posti dalle neuroscienze, concluso con la redazione di un elaborato. Una volta terminato il corso, i partecipanti erano invitati dall'ASTAR a mettere a disposizione dei colleghi le competenze acquisite nel corso del progetto, partecipando essi stessi all'organizzazione di nuovi corsi di formazione successivi.

b. Un'altra iniziativa promossa dall'istituto è il programma formativo in tema di **genomica, medicina e discriminazione** (Genomics, Medicine and Discrimination), organizzato in collaborazione con il National Institutes of Health (NIH) del Maryland nel giugno del 2010.

Si è trattato di un **corso intensivo**, strutturato in lezioni frontali e visite guidate all'interno del NIH, durato quattro giornate e al quale hanno partecipato circa **sessanta giudici**. Al progetto hanno altresì partecipato, in qualità di relatori, diversi **ricercatori del NIH**

⁴⁴ L'istituto è nato con il nome di Einstein Institute for Science Health and the Courts (EINSHAC) successivamente modificato (nel 2006, e fino al 2014) in Advanced Science and Technology Adjudication Resource (ASTAR).

⁴⁵ È possibile accedere al sito dell'Istituto cliccando qui («*our mission is to enhance the capacity of courts to resolve complex cases with novel scientific and technical evidence, and, thereby, to contribute to the independence of and public confidence in the Judicial Branch*»).

⁴⁶ Si rinvia, per tutti i dettagli, a quanto descritto nella *home* del sito dell'ASTAR, a questo *link*.

⁴⁷ Ulteriori informazioni sul progetto sono accessibili cliccando qui.

e dei Centri interni a esso (quali ad esempio il National Human Genome Research Institute, il National Cancer Institute, il National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism, il National Heart, Lung and Blood Institute e il National Institute of Mental Health).

Il merito dell'iniziativa è stato così sintetizzato da uno dei membri del NIH:

«il programma ha rappresentato per gli scienziati del NIH un'importante **occasione per trasmettere ai giudici le nozioni di base in tema di genetica e genomica**, con una panoramica del potenziale **impatto sulla prassi giudiziale** e sulla società delle ricerche nell'ambito delle suddette materie»⁴⁸.

c. Si segnala poi un proposta di poco successiva, sempre sponsorizzata dall'istituto e organizzata, nel settembre del 2011, dalla **Judges' Science School**, un'istituzione fondata dal Dipartimento di giustizia USA che ogni anno realizza da sei a otto **laboratori interattivi** indirizzati ai **giudici provenienti da 47 giurisdizioni** e volti ad approfondire singole tematiche di natura scientifica.

Il progetto del 2011 si è svolto sotto forma di **un workshop dedicato alla genetica**, intitolato "Gene-Environment Interaction in Health and Disease", presso i locali del Massachusetts Institute of Technology (MIT). Al *workshop*, strutturato su tre giorni, hanno preso parte 32 giudici⁴⁹.

d. Infine, tra le iniziative più recenti promosse dall'Istituto ricordiamo i cd. **bootcamp**, ossia:

«**esperienze formative intensive su temi scientifici** per l'aggiornamento dei giudici, le cui conoscenze in materia di scienza sono ferme agli anni della scuola. I *bootcamp* forniscono le **nozioni di base** della scienza, dell'ingegneria e della statistica e aiutano i giudici ad **adempiere al proprio ruolo di custodi del metodo scientifico**, portandoli a domandarsi "quelle che la Corte ha davanti sono prove scientificamente valide, oppure si tratta di qualcos'altro?"»⁵⁰.

8. Diritto e scienze economiche: il programma del Center for Law, Brain and Behavior.

Nel 1974, presso la School of Law dell'Università di Miami, per volontà di uno dei maggiori esperti di dell'analisi economica del diritto, l'accademico Henry Manne, nasceva il *Law & Economics Center* (LEC). La finalità del centro è stata sin da subito quella di

⁴⁸ Cfr. le dichiarazioni del direttore del NHGRI Education and Community Involvement Branch, Vence L. Bonham, J.D., a questo indirizzo web («*the program provided an important forum for NIH scientists to convey basic genetic and genomic information to the judges and offer a perspective on how their research may impact the courts and society. We presented a range of information to enhance the judges' confidence to properly interpret the terms of reference when genomics-related issues arise in court and expert witnesses testify*»).

⁴⁹ Ulteriori informazioni sull'evento sono disponibili [a questo link](#).

⁵⁰ «*Boot Camps [...] are immersive primers calculated to bring judges who are many years separated from science classes up to current knowledge. They provide judicial primers in science, engineering and statistics, and promote the ability of judges to fulfill their responsibilities as gate keepers by asking, "Is the evidence before the court valid science or something else?"*» (a questo link).

diffondere la conoscenza delle principali nozioni delle discipline economiche all'interno del mondo giuridico, e in particolare tra i giudici federali, a partire dalla convinzione per cui:

«l'economia offre potenti strumenti per comprendere gli impatti e gli effetti delle disposizioni di legge e delle decisioni giuridiche. Pertanto, è fondamentale che coloro che creano e modellano le norme di legge possiedano una conoscenza di base dei concetti e dei metodi della scienza economica»⁵¹.

Nel corso degli anni, il centro ha poi affiancato ai programmi rivolti ai soli giudici federali una serie di ulteriori proposte formative – seminari, conferenze e attività pratiche – indirizzate anche alla comunità accademica, ai giudici statali e ai pubblici ministeri, e tutte raccolte nell'ambito del Judicial Education Program, promosso dal medesimo centro⁵². In quasi quarant'anni di attività, sono stati oltre 5.000 giudici federali e statali, provenienti da tutti gli Stati Uniti, a partecipare ai programmi di formazione organizzati dalla LEC, la cui offerta include sia lezioni e discussioni volte a introdurre i giudici alle nozioni economiche di base, sia workshop e lavori di gruppo dedicati all'analisi di casi pratici, sia cicli di conferenze e simposi, per consentire un'analisi mirata di singole questioni che attengono ai rapporti tra diritto ed economia.

Tra le più recenti iniziative organizzate nell'ambito del programma si segnalano, a titolo esemplificativo, il simposio sul tema **“Economics and Law of Cannabis Markets”** (dall'11 al 13 ottobre 2020), così presentato sul sito del centro:

«attualmente, molti stati si stanno orientando verso la depenalizzazione e/o la legalizzazione del consumo di marijuana a scopo medico e ricreativo. Questa circostanza comporta nuove sfide e opportunità per i pubblici ministeri, per gli enti di controllo e per i funzionari delle forze dell'ordine in termini di regolamentazione, di tutela dei consumatori e di sanità pubblica. Il simposio [...] è volto ad analizzare le fondamentali nozioni economiche in materia di cannabis e a discutere le modalità con le quali i funzionari governativi potranno affrontare questi problemi»⁵³.

Ancora, per l'inizio del mese di marzo 2021 è previsto un ulteriore simposio dedicato al tema **“Scientific Methodology and the Admissibility of Expert Testimony”**, pensato per fornire ai giudici le nozioni necessarie a comprendere gli strumenti e le tecniche utilizzate dai “testimoni esperti” (periti e consulenti tecnici) in modo da poter valutare compiutamente le dichiarazioni rese da questi ultimi in sede processuale. Anche in questo caso, il simposio si strutturerà in attività diverse, tra lezioni frontali, tavole rotonde, e analisi di casi concreti, nel corso delle quali i partecipanti affronteranno

⁵¹ Cfr. la presente pagina del sito del LEC («*Economics provides powerful tools for understanding the impacts and effects of laws and legal decisions. As such, it is imperative that the public servants who create and shape laws possess a basic understanding of economic concepts and methods*»).

⁵² Per ulteriori informazioni sul programma, si veda questo riportato a questo link.

⁵³ A questo indirizzo («*Many states are currently pursuing the decriminalization and/or legalization of medical and recreational marijuana use. This presents new challenges and opportunities for prosecutors, regulators, and law enforcement officials in areas of enforcement, consumer protection, and public health. The [...] Symposium [...] will examine the fundamentals of the cannabis economy and discuss how government officials can address these questions*»).

problemi di statistica, di tossicologia e di epidemiologia, per imparare a distinguere la “buona scienza” dalla pseudoscienza⁵⁴.

9. Il Massachusetts e l'Università di Harvard.

«Il cervello conta. La scienza conta. La giustizia conta». Così si legge sul portale online del Center for Law, Brain and Behavior (CLBB)⁵⁵, istituito nel 2009 presso il Massachusetts General Hospital per offrire ad avvocati, giudici, *policymakers* e al pubblico in generale una nuova risorsa, accademica e professionale, per promuovere la formazione, la ricerca e lo studio delle molteplici applicazioni neuroscientifiche al diritto.

Nella primavera del 2014, da una collaborazione tra il CLBB e un centro di ricerca dell'Università di Harvard, il Petrie-Flom Center⁵⁶, è nato un progetto formativo denominato “**Project on Law and Applied Neuroscience**” anch'esso rivolto ai giudici americani: dal 2014 a oggi, il progetto si è sviluppato in una serie di iniziative dedicate ad alcuni macroargomenti (“*areas of inquiry*”), a ognuno dei quali è stato dedicato un percorso di ricerca e formazione di due anni circa.

Attualmente, l'attenzione del progetto è focalizzata sul tema “**Dementia and the Law**”, con riferimento al quale – da settembre 2017 ai primi mesi del 2020 – sono stati organizzati una decina di incontri, convegni e conferenze quali, ad esempio, i *panel* intitolati: “**Computational Justice: How Artificial Intelligence and Digital Phenotyping Can Advance Social Good**” (del 23 ottobre 2019), “**The Neuroscience of Hate**” (10 aprile 2019) e “**Crimes of Passion: New Neuroscience vs. Old Doctrine**” (9 aprile 2018)⁵⁷.

Tutta la documentazione presentata dai relatori nel corso degli eventi, così come la registrazione video degli stessi, è ancora oggi disponibile sul portale dedicato al progetto⁵⁸.

10. Il Nuovo Messico e la Judicial Science School.

Dedichiamo ora qualche cenno alle proposte formative organizzate a livello nazionale, da parte dei singoli Stati USA, a partire da quelle promosse dal **Laboratorio nazionale di Los Alamos** (LANL) del Nuovo Messico, nato durante la seconda guerra mondiale e originariamente creato come centro di ricerca sulle armi nucleari.

Nel 2003, nell'ambito di una collaborazione in materia di educazione e ricerca scientifica tra il suddetto laboratorio e la **Jacobs School of Engineering** dell'Università di San Diego, California, è stato istituito (presso lo stesso LANL) l'**Engineering Institute**.

⁵⁴ Ulteriori informazioni sul seminario sono disponibili [a questo link](#).

⁵⁵ Cfr. la presentazione pubblicata a [questo indirizzo](#) («*The brain matters. Science matters. Justice matters*»)

⁵⁶ Si veda [il presente link](#).

⁵⁷ La lista completa degli eventi e delle singole *areas of inquiry* è disponibile [a questo link](#).

⁵⁸ *Ibidem*.

Quest'ultimo, nel 2014 ha sviluppato un articolato programma di formazione indirizzato ai **giudici** denominato **Judicial Science School** che consiste in una **full immersion**, della durata di una settimana, espressamente volta a:

«fornire ai giudici le **nozioni di base** riguardo i **metodi della moderna ricerca scientifica** e il ruolo dell'**incertezza** insita in ogni misurazione, modello e previsione. Il nostro obiettivo è mettere a disposizione dei giudici le conoscenze e gli strumenti necessari a consentire loro di **valutare al meglio** se le **prove scientifiche** proposte dalle parti nel corso dei processi soddisfano i requisiti minimi di ammissibilità»⁵⁹.

Durante il corso, i partecipanti hanno avuto modo di assistere a **lezioni frontali** – incentrate su temi quali la formulazione dell'ipotesi, della teoria e della legge scientifica; le moderne forme del metodo scientifico; la causalità, la correlazione, la probabilità e la coincidenza – tenute tutte da **scienziati altamente qualificati**, di **visitare laboratori specializzati**, prendendo parte ad attività pratiche che consentivano loro di **sperimentare in concreto**, affiancati da tutor esperti, **le implicazioni dei problemi scientifici** affrontati nel corso delle lezioni.

Il corso culminava in un'attività finale, rappresentata dalla **simulazione di un'udienza** nella quale i giudici sono chiamati a valutare l'ammissibilità delle prove scientifiche presentate dagli organizzatori del corso, che interpretavano il ruolo di periti⁶⁰.

11. Le proposte di formazione dell'Università della Carolina del nord.

Dal Nuovo Messico passiamo ora alla **Carolina del Nord** dove, nella località di Chapel Hill e in particolare presso la **University of North Carolina School of Medicine**, si è svolto nell'agosto del **2006** il primo **programma nazionale in tema di biogenetica, fattori ambientali e trattamento delle patologie tumorali**, organizzato dalla **Judges' Medical School** (con il sostegno del già citato l'Engineering Institute-ASTAR)⁶¹.

Nel corso dei **quattro giorni** di attività, gli **oltre 70 giudici** aderenti all'iniziativa hanno assistito a lezioni frontali e partecipato ad attività pratiche, tra cui l'analisi di sequenze di DNA e il confronto su casi giudiziari di presunta *malpractice* in tema di trattamento delle patologie tumorali.

L'anno successivo, ancora presso i locali della University of North Carolina si è inoltre tenuto, nel mese di maggio, un ulteriore corso di formazione intensivo per i giudici (circa 60 i partecipanti) incentrato, in questo caso, sul tema della **genetica**.

⁵⁹ «Provide the judges with an understanding of the methodology of modern scientific research, and the role of uncertainty inherent in all measurements, models, and predictions. Our goal is to offer the knowledge and tools that will better prepare judges to evaluate whether scientific arguments and methodologies meet threshold requirements for admissibility in the courtroom» Cfr. la pagina web della Judicial Science School, accessibile cliccando qui.

⁶⁰ La brochure è scaricabile a questo link.

⁶¹ L'iniziativa è documentata da M. Hogan, *Medical School for Judges Focuses on Cancer*, in *Oncology Times*, August 10th, 2006, Vol. 28, Issue 15, consultabile a questo link.

Lo scopo dell'iniziativa, denominata "The Southeast Regional Science and Technology Boot Camp" e strutturata su tre giorni di attività, era quello di fornire ai giudici una **preparazione di base** in ordine ai problemi scientifici con maggiore impatto sul contesto sociale e politico di quegli anni e cioè la terapia genica, la discriminazione genetica, gli alimenti geneticamente modificati, la clonazione umana e la ricerca sulle cellule staminali⁶².

12. L'Arizona Forensic Science Academy di Phoenix.

Spostandoci ora verso la costa occidentale degli USA, troviamo lo stato dell'**Arizona**, nel quale l'attenzione rivolta ai problemi della scienza, e ai rapporti tra questa e il diritto, è particolarmente forte (secondo le statistiche, nel maggio 2015 l'Arizona occupava il **quarto posto** nella classifica sovranazionale per **numero di scienziati impiegati in ambito forense** e vantava la più alta concentrazione di scienziati forensi negli USA)⁶³.

Con riguardo alla formazione dei magistrati, **nel 2007** l'Ufficio del Procuratore Generale dell'Arizona ha istituito un Comitato consultivo, denominato **Forensic Science Advisory Committee**, con il preciso compito di coordinare, standardizzare e implementare le **procedure statali in materia di scienza forense** e, più in generale, di promuovere la **trasparenza** nel sistema di giustizia penale⁶⁴.

Il Comitato si impegna a fornire a tutti gli attori del processo penale, ai direttori di laboratorio e ai medici legali, uno spazio dedicato in via esclusiva al **confronto** e all'**analisi dei problemi** connessi all'impiego della **scienza in ambito giudiziale**.

Tra i **risultati** più significativi dell'attività del Comitato vi è certamente la creazione, annunciata dal Procuratore Generale nel 2011, dell'**Arizona Forensic Science Academy (AFSA)**, istituto gestito direttamente dagli esperti in servizio presso il dipartimento di polizia di Phoenix e presso il dipartimento nazionale di pubblica sicurezza, per **rafforzare**

⁶² La stampa online riporta i commenti rilasciati immediatamente dopo la partecipazione al workshop da alcuni dei giudici coinvolti nel progetto: «i giudici sono sempre più chiamati a ricoprire un ruolo di *gatekeeper*, con il compito di stabilire quali testimoni esperti siano effettivamente qualificati per rendere le proprie dichiarazioni in aula e di spiegare alle giurie quali prove scientifiche hanno più valore. Jose Rodriguez, giudice circoscrizionale di Orlando, Florida, ha dichiarato [...] di trovarsi a dover valutare un caso di omicidio colposo, in cui si pone il problema di determinare l'affidabilità scientifica di alcuni elementi di prova. "Il caso è una battaglia tra esperti," ha detto Rodriguez, durante una pausa della conferenza. "Il punto di forza di questa conferenza è che, senza dubbio, mi darà gli strumenti necessari a prendere la decisione giusta. [...] È nostro precipuo compito risolvere le controversie in qualsiasi tipo di arena, per cui, maggiore è la nostra capacità di comprendere le diverse discipline, migliore sarà il nostro lavoro» (Cfr. M. Baker, *Judges Get Crash Course in Sciences*, in *The Washington Post*, May 5, 2007, accessibile cliccando qui, e le dichiarazioni del giudice Rodriguez ivi riportate – «*Judges increasingly play the role of a courtroom gatekeeper, determining which expert witnesses are qualified to testify and explaining to juries which bits of forensic evidence have more value. Jose Rodriguez, a veteran circuit court judge in Orlando, Fla., said [...] he is in the middle of a manslaughter case in which he's trying to determine the scientific reliability of key pieces of evidence. "The case is a battle of experts," Rodriguez said, during a break in the conference. "The strength of this conference is what, no doubt, will give me the opportunity to make the right decision [...]. It is our call to resolve disputes in every arena, so the greater our ability to understand different disciplines the better it makes us*»).

⁶³ Cfr. il report pubblicato a questo [link](#) dal Bureau of Labor Statistics nel maggio del 2015.

⁶⁴ Si veda quanto riportato a [questo indirizzo](#).

le competenze dei professionisti legali in materie quali l'analisi del DNA, la tossicologia, la balistica e lo studio delle impronte digitali⁶⁵.

Il tutto attraverso l'offerta di **programmi di formazione** di livello base o avanzato indirizzati a tutti protagonisti del processo penale, specialmente gli avvocati e i pubblici ministeri.

Il primo corso ha preso avvio a metà gennaio del 2011⁶⁶ ed era strutturato in incontri settimanali di due ore ciascuno, per un totale di venti settimane; il programma prevedeva altresì la partecipazione a **visite guidate** presso i laboratori del dipartimento di pubblica sicurezza e del dipartimento di polizia di Phoenix.

«L'attività dell'AFSA è proseguita anche negli anni successivi, con la formazione di nuove classi differenziate in base al livello di preparazione degli iscritti: in particolare, nel *report* redatto dal Justice Management Institute nel **gennaio 2013** (pochi mesi prima dell'avvio di un nuovo corso di livello base) è scritto che "il programma del **corso base** è ampio e comprende le seguenti materie: i) Il metodo scientifico, ii) il applicazione dei criteri della sentenza Daubert in Arizona, iii) la biologia forense e l'analisi del DNA, iv) la tossicologia, v) le sostanze controllate, vi) l'analisi delle armi da fuoco, vii) la presentazione della National Clearing house for Science, Technology and the Law, viii) la perizia calligrafica, ix) l'analisi delle tracce di incendio, x) l'analisi delle impronte digitali; xi) l'accertamento dei decessi, xii) informatica forense (computer e telefoni cellulari), xiii) studio del *report* "Strengthening Forensic Science in the United States" pubblicato dalla National Academy of Science nel 2009 [...]. **Dimostrazioni pratiche** in tema di analisi di tracce, **analisi balistica**, conservazione della scena del crimine, e osservazione di un'**autopsia** contribuiscono alla migliore comprensione delle tecniche impiegate dalla scienza forense e i relativi protocolli e limitazioni. [...] Oltre ad offrire i corsi tramite la Forensic Science Academy, il Forensic Science Advisory Committee ha avviato un **ciclo di conferenze** su specifici temi scientifici (ad esempio, la presentazione "Ethics and Courtroom") tenute da esperti di fama nazionale. Più di 200 persone, tra giudici, avvocati e medici legali, hanno partecipato alle tre conferenze organizzate nel 2012»⁶⁷.

⁶⁵ Si veda in proposito quanto riportato [a questo link](#).

⁶⁶ Cfr. il manifesto del corso, scaricabile a [questo link](#).

⁶⁷ V. M. Breeman (The Justice Management Institute), *The Arizona Forensic Science Academy: A Model Training Program for Prosecutors and Criminal Defense Lawyers*, January 2013, scaricabile cliccando qui. («When the decision was made to train prosecutors and defense attorneys together, the focus was placed on understanding the science behind the different disciplines [...]. The classroom approach is non-adversarial and respectful [...]. The curriculum for the Basics Class is broad, with classes covering: i) The Scientific Method, ii) Daubert in Arizona, iii) Forensic Biology and DNA, iv) Toxicology; v) Controlled Substances, vi) Firearms Analysis, vii) Introduction to the National Clearinghouse for Science Technology and the Law, viii) Questioned Documents, ix) Arson/Trace Analysis, x) Friction Ridge Analysis, xi) Death Investigation, xii) Digital Forensics (Computers/Cell Phones), xiii) Update on the 2009 National Academy of Science Report, Strengthening Forensic Science in the United States [...]. Demonstrations of how trace analysis is conducted, ballistics analysis, crime scene preservation, officer administration of field tests, and observation of an autopsy contribute to far better understanding of actual forensic science techniques, protocols and limitations. The Advanced Class was developed as a result of evaluation comments from attendees of the Basics Class, and focuses on just three topics: ballistics, DNA testimony and fingerprints. It features presentations from national experts [...]. In addition to offering the Forensic Science Academy courses, the Forensic Science Advisory Committee began a speakers series where national experts address forensic science topics, such as Ethics and Courtroom Presentation. More than 200 individuals, including judges, attorneys and forensic scientists, attended three speakers events held in 2012»).

Riflessione

— Amianto/3, la causa penalmente rilevante è il cuore del problema

Asbestos/3, the criminally relevant cause is the heart of the problem

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in Il Fatto Quotidiano, [il 17 settembre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

L'ovvietà che il Giudice crea il diritto penale.

La legge che puniva il fatto d'aver causato la morte d'un uomo, per dolo o per colpa, c'era e da tempo; stava nel codice penale del Guardasigilli fascista Rocco, del 1930. Invero la legge che punisce l'omicidio per colpa c'è da tempo immemorabile, dacché la colpa si è staccata, come un frutto maturo, dall'albero della colpevolezza prima limitata all'intenzionalità del danno, cioè al dolo, ma, a dire il vero e come accennato prima, è evidente che il fatto che ci fosse la legge non vuol dire che ci fosse anche il diritto penale.

Il fatto della causazione per colpa della morte di un lavoratore esposto ad amianto è diventato un delitto solo da poco e se pm e giudici prima non vedevano nella legge che stava nel codice penale abbastanza "materia penale" per punire quel fatto, ci deve essere qualche ragione che l'idea tratlazia secondo cui la legge è il diritto penale contribuisce solo a velare cioè non aiuta a capire.

Il giudice serve la legge ovvero è servo della legge? La Legge governa e non il Giudice, come la speranzosa ideologia illuminista ancora vuol farsi credere vera? La Costituzione poi non sacralizza il principio di legalità combinato col principio della doverosità dell'azione penale del pm? **La Costituzione non tutela come bene primario la vita e salute del lavoratore? Parrebbe di sì, ma sfortunatamente essa non funziona da sola, come da sola non funziona la legge ordinaria.**

Se il *nullum crimen* è quel che la tradizione illuministica e liberale predica che sia, bisogna spiegare perché nel caso dell'amianto per tanto tempo ci fosse la legge e non ci fosse il delitto e perché a un certo momento il delitto è apparso là dove prima c'era solo la legge!

Il giudice fa e disfa diritto come sempre ha fatto, legge o no, Costituzione o no. Il problema vero, l'unico che conti, è se faccia buon diritto penale o no.

La legge, almeno, limita e contiene il potere creativo – o non creativo – di diritto del Giudice? Un tempo sì. Forse. Ma ora?

Diritto penale e cultura, ovvero giudice che costruisce e decostruisce diritto penale, ovvero diritto penale e politica: ecco una volta di più il vero grande problema che la cultura che ormai ha involgarito il positivismo giuridico formalista del XIX e XX secolo, non può vedere e non vuole vedere.

Il diritto penale vive come ogni cosa immerso e sommerso in un'ideologia – se preferite, chiamatela cultura – che lo trascende e che gli dà o gli toglie senso, lo muove o lo tiene immobile, rende visibili o invisibili i fatti sociali, alcuni li fa più grandi di quel che sono e altri li fa più piccoli e quasi invisibili, e quell'ideologia, al tempo in cui i fatti di morte di migliaia di persone a causa dell'amianto avvenivano, impedì per lungo tempo ai pm e ai giudici di renderli visibili e quindi punibili.

Di conseguenza, nessuno li ha visti. E neanche puniti.

La legge c'era ma il diritto no, ovvero, se volete, il diritto c'era ma la giustizia no.

Il principio di legalità – e il dovere per il pm di esercitare conseguentemente l'azione penale – e la Costituzione intera non sono evidentemente la roccia che il ceto dei giuristi crede e preserva come un totem intorno a cui gioca le sue danze di garantismo che non garantiscono quasi nulla se non a favore di chi è già ben garantito per conto suo. Il totem scivola nella stessa corrente in cui scivoliamo tutti noi e quella corrente oscura è come la notte hegeliana in cui tutte le vacche sono nere perché chi ci vive dentro spesso non si avvede dei condizionamenti che subisce e per il giudice è vero come per chiunque altro.

Sempre parafrasando Hegel, potremmo dire che, nel caso dell'amianto, la nottola del diritto penale si è levata in volo solo al tramonto quando tutto era già accaduto e già finito o quasi (G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, 1965, p. 17). Questo non vuol dire ancora che la legge scritta è un nulla per il giudice, ma vuol dire che **il rapporto tra la legge e il giudice che crea da essa il diritto è molto più complesso e sfaccettato di quanto si voglia continuare a credere.**

Che cosa è causalità? Che cosa dice la legge sul concetto penalmente rilevante di causalità? Nulla? Eppure definire che cosa è causa e che cosa no, significa aprire e chiudere il rubinetto da cui scorre il diritto penale.

Un certo concetto di causa consente la punizione di un fatto che un altro concetto di causa vieta, e nella legge non è scritto né l'uno né l'altro. Ne parliamo ora.

E ora? Il processo penale per amianto come neo-ordalia post moderna.

Nemmeno oggi, in verità, il diritto penale dà segni d'avere la capacità di mantenere le promesse di giustizia che incautamente e comunque troppo tardivamente dice di voler fare alle famiglie dei morti di amianto. Il diritto penale infatti mostra l'impotenza di un vecchio cane che ora abbaia – prima nemmeno questo – ma non può mordere, o peggio, un vecchio cane che abbaia o morde senza regole.

È proprio vero, però, che il diritto penale si è risvegliato? Dal 2000 ad oggi ho censito non più di 54 sentenze della Corte di Cassazione in materia di responsabilità penale da amianto e se il lettore lo vorrà potrà controllare se siano di più le condanne o le assoluzioni. Anche ammettendo che in ciascuno dei 54 processi penali definiti dalla Corte di Cassazione ci fossero, come persone offese, almeno dieci vittime di amianto, il numero generale di casi di eventi di morte o malattia che sono arrivati a processo, è poco più che risibile.

La prescrizione si è divorata la maggior parte dei reati di omicidio e lesione colpose, la maggior parte di quei forse 100000 o magari molto di più casi di possibile delitto da portare a processo? Forse sì, ma una volta di più, sostenere che il problema sia la prescrizione è un ipocrita giochetto che deliberatamente confonde la causa con l'effetto. La domanda vera è perché è stato tollerato che la prescrizione uccidesse i delitti?

In quei 54 processi, almeno, è stata fatta giustizia, o, almeno, è stato applicato e tuttora è applicato un diritto penale chiaro razionale e oggettivo? No, come accennato condanne e assoluzioni si susseguono in modo quasi casuale, e, come diremo tra un momento, il problema è che tutte codeste sentenze s'incagliano sul medesimo fatto che evidentemente i giudici non sanno giudicare.

Un processo per una morte da amianto – come diremo – è un'ordalia post moderna in cui la probabilità della condanna o dell'assoluzione è molto meno prevedibile di quella del lancio di una monetina.

I possibili rei sono intanto quasi tutti morti, ormai. Le possibili vittime, invece, moriranno, e come abbiamo accennato, non siamo nemmeno certi che il picco di mortalità di questa vera epidemia sia stato già raggiunto, data la durata non prevedibile della latenza – comunque lunga o lunghissima – della malattia – il terribile mesotelioma della pleura – che fatalmente ucciderà ancora e ancora per molto tempo.

Come proveremo a mostrare, il diritto penale quando si è trattato di punire i colpevoli delle morti d'amianto si è infranto sullo scoglio della causalità. Il problema causale dell'amianto è presto detto.

Il giudice nel processo d'amianto si trova alla sbarra una pletora d'imputati perché la cancerogenesi dell'amianto è un processo biologico lunghissimo che comincia con l'assunzione in fabbrica e termina, anche decenni dopo, con la malattia e, spesso, con una rapida morte per mesotelioma della pleura. *Unicuique suum*, dice il sacrosanto principio di giustizia che è il principio di personalità della responsabilità penale.

Il pm ha l'onere di dar la prova che ogni periodo di esposizione ad amianto, corrispondente al periodo della carica di ciascun imputato, fu un antecedente necessario dell'evento accaduto molto dopo che l'imputato cessò dalla carica stessa. **Il pm deve provare quindi che ogni istante di esposizione ad amianto è stato talmente necessario che, senza di esso, l'evento non si sarebbe verificato.**

Come si può dare questa prova? Perché si deve dare questa prova? Come detto all'inizio il concetto di causalità tuttora in uso nel lessico penalistico che pm, avvocati e giudici imparano nelle Università e nelle successive Scuole di (più o meno) Alta Formazione, è un residuo di altre ere del pensiero umano.

Che cos'è la causa penalmente rilevante?

È ora di provare a fare una camminata nella selva del principio di causalità rilevante per il diritto penale, provando a far sì che anche il non addetto ai lavori possa capire quel che di causalità crede di capire l'addetto ai lavori. **Il codice penale parla del rapporto di causalità all'art. 40**, ma se forse ne parla è del tutto certo ch'esso non dica nulla di che cosa sia il rapporto di causalità, poiché l'unica cosa che la legge dice è che l'evento per essere imputato all'uomo deve essere stato conseguenza della sua azione.

La parola causalità è una delle più antiche del lessico penalistico, le sue origini si perdono nella notte dei tempi, quando il greco *aitia* significava a un tempo "fatto" cioè la materia stessa del processo e "causa". La parola, poi, è tra le più difficili del lessico ordinario di qualunque cultura. Stabilire che esistono cause e come si faccia a dire che A sia stato causa di B è problema straordinariamente e indissolubilmente connesso con l'accettazione di una o di un'altra metafisica, cioè con una filosofia che dica che cosa è reale, cioè che cosa è il mondo, e come il reale, cioè il mondo, funzioni.

Il diritto penale moderno – creato nei suoi fondamenti nel XIX secolo – alla fine ha accettato l'idea che causa fosse la *condicio sine qua non* dell'evento, il che vuol dire che **causa per il diritto penale è qualunque antecedente dell'evento che se fosse mancato avrebbe impedito la successiva verifica dell'evento stesso.**

La dogmatica della *condicio sine qua non* è ovviamente munita di senso compiuto solo all'interno di una metafisica rigidamente deterministica, tale per cui l'evento B che si è verificato *hic et nunc* è il punto terminale di una forse infinita catena di antecedenti tutti legati tra loro come in una indissolubile catena di una ferrea necessità. Il mondo potrebbe anche non essere così e potrebbe esser vero che non esistano proprio condizioni necessarie ma solo fluttuanti e causali successioni di fatti.

Il diritto penale, così dice, però di come sia fatto il mondo non si occupa, non fa certo filosofia e invece è certo che il diritto penale faccia filosofia anche se non lo crede, perché credere che la causa sia una condizione necessaria significa credere che nel mondo esistano condizioni necessarie e questa credenza è filosofia.

Fin dove si spinge la catena delle condizioni necessarie? Alle cose prime e poi la medesima catena arriverà alle cose ultime del mondo.

Risaliamo indietro la catena e alla fine fatalmente arriviamo all'atto della creazione di Adamo ed Eva, se siete cristiani osservanti (e volete evitare di addossare a Dio la colpa del male del mondo) o, altrimenti, al big bang che secondo la cosmologia della scienza ha dato inizio all'universo, cioè anche allo spazio e al tempo e a tutte le leggi necessarie che governano il mondo.

Vi parrà strano ma vi assicuro che ancor oggi nelle aule universitarie i **professori di diritto penale, quando spiegano la causalità, si pongono il problema del cosiddetto regressus ad infinitum e avvertono l'esigenza di spiegare ai loro allievi perché – ad esempio – la madre o la nonna dell'omicida non possano essere considerate causalmente responsabili dell'omicidio commesso dal figlio e dal nipote.**

In verità non c'è modo di sfuggire al mortifero regresso causale, perché, per sfortuna della madre, della nonna dell'omicida e degli avi più lontani, Adamo ed Eva, tutti hanno realizzato una condizione necessaria dell'evento il corollario logico della teoria della *condicio sine qua non* è che tutte le condizioni necessarie dell'evento sono logicamente equivalenti le une alle altre.

Per fortuna, **il diritto penale ha escogitato anche la causalità adeguata e la causalità umana**, ma risparmiò al lettore l'inutile fatica di comprendere questi vecchi concetti del secolo XIX che non dicono praticamente alcunché (che cosa sia adeguato e che cosa no ovviamente non è detto così come non è detto che cosa sia causa eccezionale e che cosa causa normale o "umana").

Le condizioni necessarie, appunto perché necessarie, sono tutte logicamente equivalenti. Nel mondo deterministico delle condizioni necessarie le cause quindi non si pesano e, **nel caso dell'amianto, ciò vorrebbe dire che non conta che tu abbia causato 1 giorno di esposizione ad amianto e lui 10 anni, perché tutti avreste fatto quel che era necessario perché l'evento si producesse.**

Tutto facile, allora? Tutti responsabili? No. I penalisti, in verità, quando decisero che la causa rilevante per il diritto penale fosse la condizione necessaria, avevano in mente un mondo naturale e un mondo sociale abbastanza semplice in cui la conoscenza delle condizioni necessarie di un evento, il più delle volte era intuitiva, si raggiungeva anche solo col buon uso del senso comune. **Chi ha premuto il grilletto della pistola che ha ucciso Tizio ha posto una condizione necessaria della morte di Tizio (così come chi gli ha venduto l'arma e così via all'infinito).**

Se però a sparare furono in 10 e 1 solo causò la ferita mortale alla vittima? La vecchia dottrina aggrottava le ciglia perplessa (ma aveva visto il problema!). Quando, però, la causa della morte è un poco più complessa la teoria della *condicio sine qua non* nella versione ingenua che abbiamo appena visto fallisce.

Il problema vero della causalità nel diritto penale non è mettere un freno al regresso delle condizioni indietro nel tempo, ma è esattamente l'opposto, non limitare le cause, ma identificare le cause. È pensiero comune – tuttora rigorosamente insegnato – che per

stabilire se una certa azione A è stata **condicio sine qua non** dell'evento B, bisogna fare un esperimento mentale (o giudizio controfattuale): si elimina col pensiero A e se B non si sarebbe verificato allora A ne è stata **condicio sine qua non**, altrimenti, se B si sarebbe verificato comunque, no.

Provate ora ad eliminare mentalmente un periodo di esposizione ad amianto lungo, diciamo, due anni, isolandolo dal resto del periodo generale, diciamo, venti anni, e, domandatevi se l'evento – cioè la morte per mesotelioma del lavoratore – si sarebbe verificato egualmente o no anche senza i due anni fatidici. La risposta è che... non lo sappiamo, *the answer, my friend, is blowing in the wind*.

È come se 10 hanno sparato e non ci sia modo di stabilire chi dei 10 abbia causato la ferita mortale. Uno, nessuno, centomila?

Per provare a dare una risposta, quanto soddisfacente è difficile dire, il diritto penale dovrebbe accettare una metafisica opposta a quella deterministica, una metafisica fondata sul caso e quindi sulla probabilità che è esattamente l'opposto della necessità. Soprattutto, che lo voglia o no, dovrebbe capir almeno più di zero di scienze e metodo della scienza, anzi di scienze e metodo delle scienze. La scienza, infatti, col crescere della sua conoscenza e quindi col crescere del campo dell'incertezza cioè della non conoscenza che è sempre il prezzo paradossale del progresso, ha escogitato complicate logiche di pensiero per dirimere siffatti nodi e garbugli, ma il diritto penale non lo sa.

Il problema del rapporto tra diritto penale e probabilità attende ancora di essere scoperto, anche se da sempre, occultamente, il suo spettro si aggira nella aule dei tribunali. Ben impostato il problema è eversivo, ne va del diritto penale stesso.

I fatti della società del rischio.

Che la causalità di Antolisei (*F. Antolisei, Il rapporto di causalità nel diritto penale, Giappichelli, 1960*), intenta a promuovere la causalità cosiddetta umana contro la causalità adeguata, ma sempre fedele nei secoli alla causalità condizionalistica, vecchio arnese del XIX secolo, potesse funzionare nel nuovo mondo, non era cosa da credere. Nessuno, però, salvo Stella, se n'era accorto. Stella provò a far ballare il diritto penale al ritmo dei tempi che cambiavano, ma la sua impresa restò solitaria.

Stella rivitalizzò allora la causalità con iniezioni di filosofia della scienza della seconda metà del secolo XX – *in primis* con l'allora dominante paradigma del positivismo o neoempirismo logico – e sancì l'equivalenza concettuale tra causalità e i modelli di spiegazione scientifica che allora erano *communis opinio* nella filosofia e nella scienza, l'uno universale – il modello Nomologico Deduttivo – l'altro probabilistico – il modello Induttivo Statistico.

Né l'uno né l'altro però erano modelli di causalità. Essi erano il prodotto della cultura dell'empirismo logico di Russell (B. Russell, *Storia della filosofia occidentale, traduzione di L. Pavolini, TEA, 2007*) e del Circolo di Vienna (V. in particolare C.G. Hempel, *The function of general laws in history, in Journal of Philosophy, 39(2), 1942, pp. 35 ss.*)

che, come si dovrebbe sapere, aborrisce, sulla scia di Hume, il concetto di necessità, cioè di causalità.

«La legge di causalità, come molte delle cose che passano tra i filosofi, è un relitto di un'età tramontata, e sopravvive, come la monarchia, soltanto perché si suppone erroneamente che non rechi alcun danno», ha scritto Russell («*The law of causality, I believe, like much that passes muster among philosophers, is a relic of a bygone age, surviving, like the monarchy, only because it is erroneously supposed to do no harm*»; B. Russell, *On the Notion of Cause*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 13, 1913, p. 19).

Nessuno se n'è accorto, però. Nemmeno Stella. Ora è il caso di cominciare a esser chiari. Stella dice a tutti che quando sono cominciati i problemi veri, quelli difficili, il diritto penale non serviva più a dire che cosa è causa ma serve la scienza, possibilmente buona scienza. Che cosa è una spiegazione scientifica? **È davvero vero che una spiegazione scientifica è sempre una spiegazione causale?**

(3/Continua)

Riflessione

— L'offensività della coltivazione domestica di *cannabis*

Commento a margine della [sentenza SS.UU. n. 12348/2020](#)

The offensiveness of cannabis domestic cultivation

Marginal comment of the decision SS.UU. n. 12348/2020

di Paola Bonora

Abstract. *L'elaborato, previa analisi e commento della recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 12348/2020, la cui motivazione è stata depositata il 16 aprile 2020, si propone di mettere in luce l'innovatività di tale sentenza e i risvolti applicativi dalla stessa indotti.*

Abstract. *The paper, after an analysis and a comment of the recent judgment of the Supreme Court in United Chambers n. 12348/2020, whose reasoning was filed on 16 April 2020, aims to highlight the innovation of the judgment itself and its potential applications.*

SOMMARIO: 1. La *quaestio*. – 2. Il contrasto giurisprudenziale sugli elementi della fattispecie. – 3. La sentenza SS.UU. n. 12348/2020. – 4. Alcune considerazioni applicative.

SUMMARY: 1. The *quaestio*. – 2. The jurisprudential contrast on the elements of the offence. – 3. The judgement SS.UU. n. 12348/2020. – 4. Some application comments.

1. La *quaestio*.

Con ordinanza n. 35436 dell'11 giugno 2019 la Terza Sezione della Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla rilevanza penale della condotta di coltivazione

in forma domestica di *cannabis*, ha evidenziato l'esistenza di un contrasto interpretativo in seno alla giurisprudenza di legittimità circa la nozione giuridica di "coltivazione" di piante da cui siano ricavabili sostanze stupefacenti, motivo per cui, ai sensi dell'art. 618, c. 1, c.p.p., ha rimesso la *vexata quaestio* al vaglio delle Sezioni Unite¹.

Nell'ordinanza di rimessione si mettono a confronto due differenti indirizzi delineatisi nella giurisprudenza di legittimità. Secondo un primo indirizzo, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, non è sufficiente la mera coltivazione di una pianta conforme al tipo botanico vietato che, per maturazione, abbia raggiunto la soglia minima di capacità drogante, ma è altresì necessario verificare se tale attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato².

Secondo un diverso orientamento, ai fini della punibilità della coltivazione di stupefacenti, l'offensività della condotta consiste invece nella sua idoneità a produrre la sostanza per il consumo, rilevando non la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ma la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente, con l'obiettivo di scongiurare il rischio di diffusione futura della sostanza stupefacente³.

Veniva, dunque, richiesto l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite, ai fini di una positiva definizione della nozione di offensività in concreto del reato di coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti.

Si chiedeva, in particolare, di chiarire:

«se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, è sufficiente che la pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato».

2. Il contrasto giurisprudenziale sugli elementi della fattispecie.

La questione sottoposta alle Sezioni Unite coinvolgeva la fattispecie penale di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo Unico delle leggi delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), il quale statuisce: «chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17 coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, [...], consegna per

¹ Il testo dell'ordinanza è pubblicato in *Sistema penale*, 23 dicembre 2019, [a questo link](#).

² L'ordinanza richiama, sul punto, i seguenti arresti precedenti: Cass. pen., sez. III, 22 luglio 2017, n. 36037; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 8058; Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254; Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 33835.

³ Con riguardo a questo secondo orientamento, la Cassazione menziona le seguenti sentenze: Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2017, n. 35654; Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2016, n. 53337; Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2016, n. 52547; Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 25057; Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 2016, n. 23881.

qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro ventisei mila a euro duecentosessanta mila». Ai sensi del comma terzo, «le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione».

Si tratta dunque di una norma che sanziona penalmente la detenzione degli stupefacenti finalizzata ad una successiva cessione a terzi, laddove, per contro, la detenzione per uso personale non è una condotta penalmente rilevante, ma è sanzionabile unicamente in via amministrativa da parte del Prefetto, ai sensi dell'art. 75 del d.P.R.

Sulla base della lettera dell'art 73 citato, sembrerebbe che la coltivazione di sostanze stupefacenti ad uso personale non sia penalmente rilevante; tuttavia, l'art. 75 del d.P.R. non menziona, tra le condotte punibili con sanzione amministrativa, quella di coltivazione per mero uso personale.

Proprio per questo motivo, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 medesimo in relazione ai parametri di cui agli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost., questione ritenuta infondata da parte della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 360 del 1995⁴, ha evidenziato l'insussistenza, alla luce del diritto vivente, della denunciata disparità di trattamento, in quanto la condotta delittuosa di coltivazione, prevista dall'art. 73 d.P.R. 309/90, non sarebbe assimilabile a quelle di detenzione, acquisto e importazione di sostanze stupefacenti per uso personale. Si osservava, in proposito, che fra le condotte in esame sussistono due differenze:

1. mentre le condotte di detenzione, acquisto e importazione di sostanze stupefacenti per uso personale sono collegate immediatamente e direttamente all'uso della sostanza, in quanto condotte direttamente antecedenti al consumo, nel caso della coltivazione manca un nesso di immediatezza con l'uso personale;

2. ancora, nella detenzione, nell'acquisto e nell'importazione, il quantitativo di sostanza stupefacente è certo e determinato e consente, unitamente ad altri indici soggettivi ed oggettivi della condotta, una valutazione prognostica della sua destinazione; nel caso della coltivazione, invece, tale dato non è apprezzabile con sufficiente grado di certezza, sicché la conseguente valutazione della destinazione ad uso personale, piuttosto che ai fini di spaccio, risulta ipotetica.

Questi due elementi giustificavano, a detta della Corte, una soluzione più severa, stante la maggiore pericolosità della condotta di coltivazione, in quanto ritenuta destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi disponibili sul mercato. Spetterà poi al giudice di merito, prosegue la Consulta, valutare l'offensività della condotta in concreto e, dunque, la sua eventuale inidoneità a ledere il bene giuridico protetto dalla norma ovvero il bene pubblico.

Questo ragionamento è stato ripreso, anni dopo, dalla Corte Costituzionale stessa nella sentenza n. 109 del 2016, con cui, alla luce dei parametri di cui agli artt. 3, 13, c. 2, 25,

⁴ Il testo della sentenza è disponibile sul sito della Consulta, [a questo indirizzo](#).

c. 2, e 27, c. 3, Cost., è stata ribadita l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 d.P.R. 309/1990 nella parte in cui esclude che tra le condotte di reato suscettibili di sola sanzione amministrativa perché finalizzate all'uso esclusivamente personale dello stupefacente possa rientrare quella di coltivazione⁵. Quest'ultima condotta, infatti, posta la necessaria valutazione in concreto dell'offensività della condotta, avrebbe l'attitudine a creare nuove disponibilità di droga, quantitativamente non predeterminate, che ne agevolano indirettamente la diffusione.

I principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sono stati ripresi anche dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare dalle Sezioni Unite nella sentenza 24 aprile 2008, n. 28605.

A questo orientamento se ne è però contrapposto, nello stesso anno, un altro che, facendo leva sugli artt. 2 e 32 Cost., ha ricondotto l'offensività dell'illecito di coltivazione alla capacità, effettiva ed attuale, della sostanza ricavabile dalla coltivazione a determinare un effetto drogante, ossia a produrre nell'assuntore alterazioni di natura psico-fisica, escludendo così la rilevanza penale della condotta di coltivazione qualora il ciclo di maturazione delle piante, pur conforme al tipo botanico, non sia tale da produrre, al momento dell'accertamento, un principio attivo dotato di efficacia drogante, a prescindere da una sua futura eventuale produzione⁶.

Negli ultimi anni, la giurisprudenza si è divisa ulteriormente sul concetto di «offensività in concreto» intorno ai due differenti filoni interpretativi richiamati nell'ordinanza di rimessione (v. *supra*, par. 1), che condividono l'ovvio presupposto della conformità al tipo botanico vietato della pianta da cui siano estraibili sostanze stupefacenti, confliggendo invece sulla verifica o meno dell'accertamento della sua efficacia drogante.

3. La sentenza SS.UU. n. 12348/2020.

Partendo da queste premesse, le Sezioni Unite, con sentenza n. 12348/2020, la cui motivazione è stata depositata il 16 aprile 2020, hanno rilevato che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di coltivazione di piante stupefacenti evidenzia alcuni punti fermi e altri problematici.

Punti fermi per il configurarsi della fattispecie sono, ad avviso della Cassazione, due: a) la necessaria conformità della pianta al tipo botanico vietato; b) la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione (il ricorso a strumentazioni e pratiche agricole tecnicamente adeguate), a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente.

Diversamente, in contrasto con quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale e dalla citata sentenza di legittimità del 2008, le Sezioni Unite hanno ritenuto che fosse da rivedere l'affermazione circa la rilevanza penale di qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali siano estraibili sostanze stupefacenti,

⁵ Si veda il testo della sentenza citata [a questo link](#) del sito della Consulta.

⁶ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2008; nello stesso senso, anche Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 2618.

anche quando tale condotta sia finalizzata a produrre la sostanza per uso personale, dovendosi operare una distinzione tra coltivazione tecnico-agraria e coltivazione domestica.

L'equiparazione fra questi due concetti si fonda sulla distinzione (e conseguente autonomia) della condotta di coltivazione rispetto a quella di detenzione, distinzione che trova conferma non solo nella giurisprudenza costituzionale sopra richiamata ma anche in plurime disposizioni del T.U. sugli stupefacenti (fra le altre, come visto, gli artt. 73 e 75). Infatti, un'interpretazione che non ritenesse autonomi i due concetti suddetti si porrebbe in contrasto tanto con il dato normativo quanto con la stessa *voluntas legis* di punire ogni forma di produzione di stupefacenti, anche anticipando la tutela al momento in cui si manifesta un pericolo ragionevolmente presunto per la salute.

Nonostante la sua autonomia concettuale, è però necessario distinguere la coltivazione tecnico-agraria dalla coltivazione domestica, accogliendo un'interpretazione restrittiva della fattispecie penale, tanto più considerando la sua natura di reato di pericolo presunto⁷.

La definizione di coltivazione tecnico-agraria, in particolare, si ricava – a detta della Corte – dagli artt. 27-30 d.P.R. 309/90, i quali richiamano elementi evocativi di una tale forma di coltivazione (fra gli altri, si parla di «particelle catastali» e di «superficie del terreno sulla quale sarà effettuata la coltivazione»), di apprezzabili dimensioni e realizzata per finalità commerciali e non domestiche.

Seppur sia vero, come affermato dalla sentenza n. 109 del 2016 della Corte Costituzionale, già sopra citata, che la coltivazione, a differenza della detenzione, è attività suscettibile di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti, tale affermazione non è confacente alle coltivazioni domestiche di minime dimensioni, finalizzate a soddisfare esigenze personali, le quali hanno, per definizione, una produttività assai ridotta, insuscettibile di aumentare significativamente la disponibilità di stupefacenti sul mercato. La «prevedibilità della potenziale produttività» è, dunque, uno dei parametri che permettono di distinguere fra coltivazione penalmente rilevante, caratterizzata da una produttività non prevedibile, e coltivazione penalmente non rilevante, caratterizzata da una produttività prevedibile come assai esigua.

Afferma la Corte, però, che tale parametro deve essere ancorato ad altri elementi oggettivi, i quali tutti devono venire ad esistenza, ovvero:

⁷ Nei reati di pericolo, il bene giuridico protetto dalla norma è solo minacciato, nel senso che la lesione non si è ancora verificata ma si può potenzialmente verificare. Il pericolo può essere concreto, presunto o astratto. Nei reati di pericolo concreto, il legislatore contempla espressamente, all'interno della fattispecie, il requisito del pericolo; laddove si tratti di reati di pericolo astratto o presunto, invece, la fattispecie normativa non fa alcun riferimento al requisito del pericolo, limitandosi a descrivere quei comportamenti di cui è "presunta" la pericolosità. Si è arrivati, però, a distinguere il vero e proprio pericolo presunto dal pericolo astratto. In quest'ultimo caso, il pericolo si considera esistente a priori, alla luce della natura del reato in esame, ma è ammessa la prova del non verificarsi del medesimo nel caso concreto; nei reati di pericolo presunto, invece, l'esistenza del pericolo è certa e nessuna difesa è ammessa circa l'inesistenza nel caso concreto di una situazione di pericolo.

«a) la minima dimensione della coltivazione, b) il suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, c) la rudimentalità delle tecniche utilizzate, d) lo scarso numero di piante, e) la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, f) l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore».

La mancanza di uno solo di tali elementi non permette di escludere la rispondenza della condotta alla fattispecie incriminata, poiché deve sussistere «un nesso di immediatezza oggettiva con l'uso personale».

Oggetto giuridico della tutela è, infatti, la salute individuale e collettiva, la cui rilevanza consente di accordare una protezione anticipata rispetto al verificarsi della lesione, con la sola esclusione dell'ipotesi di coltivazione domestica, che, alle condizioni sopra richiamate, non si reputa minacci tale bene giuridico. Rimane salvo il compito affidato al giudice di verificare in concreto l'effettiva lesione o il concreto pericolo per il bene-interesse tutelato, una verifica che dipenderà dal «grado di sviluppo della coltivazione al momento dell'accertamento». In particolare, la Corte ha precisato che potranno rilevare, al fine di escludere la punibilità:

«a) un'attuale inadeguata modalità di coltivazione da cui possa evincersi che la pianta non sarà in grado di realizzare il prodotto finale; b) un eventuale risultato finale della coltivazione che non consenta di ritenere il raccolto conforme al normale tipo botanico, ovvero abbia un contenuto in principio attivo troppo povero per la utile destinazione all'uso quale droga».

Questa soluzione è in linea con le fonti europee, in particolare la decisione quadro 25 ottobre 2004, n. 2004/757/GAI (Decisione quadro del Consiglio riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti), la quale, dopo aver indicato le condotte connesse al traffico di sostanze stupefacenti che gli Stati membri dell'Unione Europea sono chiamati a configurare come reati (tra cui la coltivazione della *cannabis*), esclude dal proprio campo applicativo le condotte (coltivazione compresa) «tenute dai loro autori soltanto ai fini del [...] consumo personale quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali» (art. 2, paragrafo 2).

In conclusione, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, laddove ricorrano le circostanze sopra indicate, venga meno la tipicità della condotta di coltivazione domestica destinata ad uso personale, condotta in relazione alla quale non potrà trovare applicazione l'art. 75 d.P.R. 309/1990, poiché tale disposizione, come visto, non si riferisce in nessun caso alla coltivazione.

Qualora, però, tale coltivazione domestica consenta di produrre una sostanza stupefacente dotata di efficacia drogante, le sanzioni amministrative dell'art. 75 del d.P.R. potranno essere applicate al soggetto agente in qualità di detentore di sostanza a fini di autoconsumo e non come coltivatore. Diversamente, in presenza di una coltivazione penalmente rilevante, la detenzione da parte del coltivatore dello stupefacente prodotto dovrà essere ritenuta assorbita nella coltivazione, in quanto la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta altro che l'ultima fase della coltivazione stessa, tale da poter essere qualificata come non punibile, in quanto normale sviluppo della condotta incriminata.

La Corte ha affermato così, il seguente principio di diritto:

«Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore».

4. Alcune considerazioni applicative.

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte è andata ad incidere nuovamente sulla rilevanza penale del consumo personale di sostanze stupefacenti, tanto da escluderla definitivamente, quale che ne sia la derivazione.

Posto che, come visto, la detenzione per uso strettamente personale è stata *ab origine* riconosciuta come una condotta irrilevante penalmente e punibile solo con una mera sanzione amministrativa, è opportuno ricordare che già nel 2013 la stessa Cassazione a Sezioni Unite aveva dato una spinta decisiva in tal senso, statuendo l'irrilevanza penale (ma solo quale illecito amministrativo) dell'acquisto o detenzione di sostanza stupefacente destinata all'uso di gruppo, purché sia accertato che tale attività sia destinata ad un consumo proprio, sin dall'inizio avvenga anche per conto di soggetti diversi dall'agente e sia certa l'identità di questi ultimi (cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 gennaio 2013, n. 25401).

Pertanto, decisiva è stata la pronuncia in esame, che ha escluso *in toto* la rilevanza penale della condotta di consumo personale di stupefacenti, così da aprire la strada al legislatore per scelte di politica criminale progressiste.

Infatti, fino alla pronuncia della sentenza in parola, che può a pieno titolo essere considerata una sentenza "storica" per la sua portata innovatrice, si creava l'assurda situazione in cui, mentre comprare illegalmente *cannabis* da uno spacciatore, alimentando il traffico di sostanze stupefacenti (anche in forma organizzata) e mettendo a rischio la propria salute con prodotti di incerta qualità, non costituiva illecito penale, diversamente la condotta di colui che coltivava alcune piante di *cannabis* all'interno della propria abitazione per uso personale era sanzionabile penalmente.

Rimangono, però, alcune incertezze, legate al costante problema di trasporre nella pratica quanto affermato in teoria. Il principio di diritto richiama, infatti, indici di riferimento generici e definibili diversamente a seconda delle interpretazioni; lo «scarso numero di piante», il «modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile», la «mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti», sono concetti che

richiederanno il necessario intervento del giudice ai fini della determinazione in concreto dell'offensività della condotta⁸.

Queste problematiche, oggetto di varie proposte e discussioni in atto tese ad ottenere la legalizzazione della *cannabis*, ispirandosi a quanto avvenuto negli Stati Uniti⁹, confermano l'esigenza di un intervento del legislatore al fine di determinare con maggior precisione i confini di liceità delle condotte concernenti il consumo di stupefacenti di ridotta efficacia drogante (e anche la loro commercializzazione, ma di questo argomento non si tratterà in questa sede).

È un tema "scomodo", esposto a sensibilità, pregiudizi e incertezze in ordine ai rischi sociali derivati e difficile da definire. Solo una presa di posizione decisa e scientificamente fondata da parte del legislatore potrebbe fugare i dubbi che tutt'ora governano la materia e incidono sulla situazione di coloro che si trovano coinvolti in certe vicende¹⁰. Verrebbe da concludere: *in dubio pro reo*.

⁸ A. Continiello, [La coltivazione in forma domestica di stupefacenti per uso personale, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite. Una questione ancora controversa](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 1.

⁹ Negli Stati Uniti sono undici gli stati che hanno legalizzato l'uso di *cannabis* a scopo ricreativo e altri sedici hanno depenalizzato tale condotta, tant'è che è in corso una battaglia per la liberalizzazione federale della *cannabis*.

¹⁰ D. Notaro, *La commercializzazione della cannabis light fra divieti e istanze di legalizzazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1 novembre 2019, n. 11, pp. 2519 ss.

— Un ponte tra noi e gli altri grazie alle neuroscienze – Ch. 3

Trascrizione dell'intervista a Marco Iacoboni¹

3. Neuroscienza e **società**: un grande potere e grandi **responsabilità**

Empatia ed educazione

Come possiamo educare i nostri bambini a diventare cittadini migliori, e quindi a prevenire il rischio di comportamenti antisociali in futuro?

Molto soprattutto nei primi anni di vita viene dalla famiglia, perché la famiglia è sempre quella che incide di più sullo sviluppo, però direi che poi la famiglia alla fine assorbe un sacco di valori che sono valori sociali.

Purtroppo, soprattutto nelle società occidentali, non è che stiamo andando molto bene, c'è una tale spinta ed enfasi sull'individualismo, sulla competizione.

Siamo in un momento in cui alla fine l'umanità sta nel periodo migliore della sua esistenza, e non so quanto durerà, visto che stiamo distruggendo il pianeta, ma eppure il 25% della popolazione mondiale attraversa almeno un episodio di depressione durante la sua esistenza.

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

“il 25% della popolazione mondiale attraversa almeno un episodio di depressione durante la sua esistenza”

Chiaramente, i valori sociali che ci vengono inculcati non ci permettono di raggiungere quella felicità interiore che ti rende immune da questi attacchi depressivi. Dovremo lavorare su quello come società.

Dovremmo, cioè, lavorare sulla riscoperta dell'altro?

Riscoperta dell'altro, riscoperta di cose che sono importanti per un equilibrio e felicità interna, che non ha niente a che fare con cose esteriori.

Empatia e giudice penale

Fino a che punto è bene che il giudice eserciti le proprie capacità empatiche quando è chiamato a giudicare la responsabilità dell'imputato?

Il giudice comunque è un essere umano e pensare che il miglior modo di essere un giudice è di non essere empatico, mi sembra proprio un'idea talmente bislacca, talmente sbagliata. Alla fine appunto cerchiamo di ricordarci che

“abbiamo sia emozioni che ragione e il modo migliore in cui possiamo vivere una vita armoniosa è renderle appunto in armonia, integrarle”

È possibile separare la componente razionale da quella emotiva? Possiamo impedirci di essere empatici?

Penso che sia molto difficile non essere empatici. D'altro canto c'è anche quello che in inglese, I call in a *joking fashion*, the “dark side of empathy”². Noi siamo molto bravi a empatizzare con gente del nostro stesso social group, ma la nostra empatia *drops dramatically* quando we are dealing with someone that belongs to different social groups³.

Perciò anche, per esempio, nel caso del giudice, nel momento in cui l'empatia funziona nel senso di avere pregiudizi nei confronti di persone che magari appartengono a culture differenti, ad uno stato sociale differente, potrebbe essere problematico. Noi tra l'altro abbiamo fatto un altro studio dove riusciamo artificialmente ad aumentare il pregiudizio.

² «Chiamiamo in modo scherzoso “il lato oscuro dell'empatia”».

³ «Diminuisce drasticamente quando abbiamo a che fare con qualcuno che appartiene a gruppi sociali diversi dal nostro».

E come si fa?

Se ti faccio fare degli esercizi molto semplici, per esempio tu vieni nel laboratorio e fai tutta una serie di cose, poi ti chiedo “senti, scrivimi in poche parole cosa pensi che succeda del tuo corpo dopo che sei morta”, quindi non pensi alla tua morte direttamente, però pensi al fatto della putrefazione, quindi chiaramente in un modo molto indiretto, ma ti faccio pensare alla tua morte. Nel momento in cui ti succede una cosa del genere, *you become much more prejudiced to people that belong to a different social group*⁴.

Il neuroscienziato Jaak Panksepp era convinto che, nel futuro, le medicine per i disturbi mentali saranno tutte basate sul funzionamento delle zone cerebrali coinvolte all’attuazione dei comportamenti...

Eh sì, perché la medicina di per sé è un trattamento che è molto molto brutale, nel senso che appunto poi la molecola viene diffusa in tutto il cervello, anche se certe molecole funzionano molto bene per certi pazienti, il Parkinson è il miglior caso in neurologia.

Potremmo in teoria selezionare e stimolare dei circuiti specifici,

“but it’s not happening tomorrow. It’s not happening in my life”⁵

Quali sono i principali profili critici connessi a queste sperimentazioni cerebrali, da un punto di vista etico?

Beh c’è tutto un movimento di neuro-etica che cerca di capire quali appunto sono le implicazioni etiche degli sviluppi delle neuroscienze. Quello che facciamo noi è completamente regolato da sistemi regolatori di grosse Università.

Però da un punto di vista più concettuale, il concetto è nel momento in cui okay, Marco ha dimostrato che se zappa quest’area del cervello, rende le persone più generose, con meno pregiudizio, potrebbe essere una cosa bella e uno potrebbe dire, ma perché?

“Alla fine stai cambiando la personalità di una persona”

Nel momento in cui riusciamo addirittura ad attuarlo, e di nuovo siamo molto indietro, ma se riusciamo a trasformarlo in qualcosa di pratico va comunque fatto soltanto in certi casi, in casi in cui è chiaro che c’è un beneficio per il soggetto che prende questo tipo di *intervention*.

⁴ «Diventi molto più prevenuto nei confronti delle persone che appartengono a un diverso gruppo sociale».

⁵ «Ma non avverrà domani. E non avverrà finché sarò in vita».

Se riuscissimo a rendere gli psicopatici non psicopatici, magari quelle *former psychopaths, they're totally miserable*⁶.

C'è questo fatto che per la neuroscienza è più difficile stabilire cos'è che è *healthy versus unhealthy*⁷.

Siamo tutti d'accordo che l'invecchiamento cerebrale *it's not good*, ma su certe cose, soprattutto in queste qui è lievemente più complicato, direi che per la maggior parte dei casi è ancora abbastanza chiaro *what's good and what's not good*, ma in certi casi può essere più complicato.

“Per la maggior parte dei casi è ancora abbastanza chiaro che cosa ci fa bene e che cosa no, ma in certi casi può essere più complicato”

[fine]

⁶ «Persone ex psicopatiche si rivelerebbero assolutamente miserabili».

⁷ «Sano o malsano».

Riflessione

— Antiriciclaggio e obblighi posti dall'Unione europea. L'Italia tra ritardi e inadempienze

È stato istituito un registro nazionale dei titolari effettivi delle società? questo registro è pubblico e accessibile?
Il “doppio no” dell'Italia

Anti-money laundering and obligations imposed by the European Union. Italy between delays and defaults

Has a national register of Ultimate Beneficial Owners been established? Is this register public and accessible? The "double no" of Italy.

di Susanna Arcieri, Fabio Basile

L'Italia è rimasta uno dei pochi paesi dell'Unione europea che non si sono ancora dotati di un **registro dei titolari effettivi delle società e degli altri enti giuridici**¹, secondo

¹ Secondo la definizione data dalla normativa italiana, il titolare effettivo è «la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è instaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita» (art. 1, comma 2, lettera u del [D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231](#)). E ancora: «Il titolare effettivo di clienti diversi dalle persone fisiche coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo.

Nel caso in cui il cliente sia una società di capitali:

a) costituisce indicazione di proprietà diretta la titolarità di una partecipazione superiore al 25 per cento del capitale del cliente, detenuta da una persona fisica;

quanto prescritto, ormai già dal 2015, dalla normativa europea in materia di anticiclaggio².

La centralità di tale strumento ai fini della prevenzione e della lotta alla criminalità finanziaria è stata ribadita più volte dal legislatore europeo, ad esempio nel 2018:

«gli Stati membri devono assicurare che le società e gli altri soggetti giuridici costituiti nel loro territorio ottengano e mantengano **informazioni adeguate, accurate e aggiornate sui propri titolari effettivi**. La necessità di informazioni accurate e aggiornate sul titolare effettivo è un elemento **fondamentale per rintracciare criminali** che potrebbero altrimenti riuscire a **occultare la propria identità dietro una struttura societaria**. Con un sistema finanziario che presenta interconnessioni su scala globale è possibile nascondere e trasferire fondi in tutto il mondo, e i soggetti che riciclano denaro, finanziano il terrorismo o commettono altri crimini sfruttano questa possibilità in misura crescente»³.

È per questa ragione – chiarisce ancora il legislatore europeo nel 2018 – che i **registri** nazionali che contengono le informazioni chiave in ordine ai soggetti titolari delle imprese **devono «in ogni caso» essere accessibili al pubblico**⁴.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze italiano, assieme al Ministero dello Sviluppo Economico, aveva tempo **fino al 3 luglio scorso** per emanare il decreto per **l'istituzione del registro nazionale dei titolari effettivi**⁵.

b) costituisce indicazione di proprietà indiretta la titolarità di una percentuale di partecipazioni superiore al 25 per cento del capitale del cliente, posseduto per il tramite di società controllate, società fiduciarie o per interposta persona.

Nelle ipotesi in cui l'esame dell'assetto proprietario non consenta di individuare in maniera univoca la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile il controllo del medesimo in forza: a) del controllo della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria; b) del controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria; c) dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante.

Nel caso in cui il cliente sia una persona giuridica privata [...], sono cumulativamente individuati, come titolari effettivi: a) i fondatori, ove in vita; b) i beneficiari, quando individuati o facilmente individuabili; c) i titolari di poteri di rappresentanza legale, direzione e amministrazione.

Qualora l'applicazione dei criteri di cui ai precedenti commi non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari, conformemente ai rispettivi assetti organizzativi o statutari, di poteri di rappresentanza legale, amministrazione o direzione della società o del cliente comunque diverso dalla persona fisica» (art. 20 del D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231).

² Il riferimento è, in particolare, all'articolo 30, paragrafo 1, della IV Direttiva anticiclaggio (Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015), recepita nel nostro paese a mezzo del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, la quale richiede a tutti gli Stati membri di prevedere disposizioni di legge nazionali per imporre alle persone giuridiche e alle società di ottenere e conservare «informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, compresi i dettagli degli interessi beneficiari detenuti», informazioni che devono essere «custodite in un registro centrale in ciascuno Stato membro».

³ Si veda il Considerando n. 25 della V Direttiva anticiclaggio (Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018) recepita con d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125.

⁴ Si veda l'art. 1, n. 15, lett. c), della V Direttiva anticiclaggio.

⁵ Infatti, ai sensi del d.lgs. n. 125/2019 citato (si veda in particolare l'art. 5), il provvedimento ministeriale istitutivo del registro avrebbe dovuto essere emanato «entro 36 mesi» dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 90/2017, che era, appunto, il 4 luglio 2017.

Nondimeno, e nonostante le richieste avanzate a gran voce (anche a mezzo di **petizioni parlamentari**)⁶ dalle associazioni impegnate nella lotta al riciclaggio di denaro, lo schema del suddetto decreto⁷ **non è ancora stato approvato**⁸.

Ormai l'Italia è uno dei pochi Stati rimasti inadempienti.

Come anticipato, quasi tutti gli altri Stati dell'Unione europea si sono man mano attivati, negli anni, per dare seguito alle prescrizioni del Parlamento europeo e del Consiglio dell'UE.

A metà dello scorso giugno, infatti – come emerge dall'indagine condotta da *Transparent Data*, un'azienda tecnologica polacca – **dei 27 paesi membri** dell'UE, erano **solo quattro** quelli **ancora sprovvisti del registro** dei titolari effettivi: accanto all'Italia, anche la Lituania, la Romania e l'Ungheria⁹.

C'è da dire, **tuttavia**, che il mero fatto di aver provveduto all'istituzione del registro, come prescritto dalle Direttive europee, **non basta a concludere nel senso della piena osservanza**, da parte di quei 23 paesi, **degli obblighi** imposti dalle Direttive antiriciclaggio.

Come emerge ancora dall'indagine di *Transparent Data*, infatti, **molto spesso i registri nazionali non sono affatto pubblici come dovrebbero**, posto che – dicono i dati – **solo 13 Stati avrebbero preso sul serio il principio della massima trasparenza** del contenuto dei registri, rendendo effettivamente accessibili a tutti, senza limitazioni, le informazioni ivi raccolte.

Al contrario, **gli altri 10 Stati, pur provvisti di registro**, hanno posto **svariate restrizioni all'accesso** alle informazioni, consentendone l'acquisizione, ad esempio, solo da parte delle istituzioni finanziarie e dei propri organismi di controllo, oppure (come nel caso della Francia, della Grecia e dell'Estonia), subordinando la possibilità di consultare e fare copia dei documenti al **pagamento di una somma di denaro** (da 1 a 3 euro per ciascuna copia, o 20 euro ogni dieci consultazioni).

Purtroppo in questo caso non possiamo certo dire "mal comune, mezzo gaudio": vero è che solo 23 Paesi su 27 hanno istituito il registro; vero altresì che solo 13 lo hanno reso effettivamente accessibile al pubblico. Solo l'Italia, tuttavia – assieme ad altri tre Stati – non ha fatto né l'una, né l'altra cosa: un **doppio "no"** che pesa come un macigno sul sistema di contrasto alla criminalità finanziaria (e ai suoi perniciosi indotti, tra cui terrorismo e criminalità organizzata) del nostro Paese, e che crea una pericolosa falla in tale sistema anche a livello eurounitario¹⁰.

⁶ F. Colamartino, *Un Registro dei Titolari di società e trust contro il crimine organizzato: arriva la petizione*, in *Citywire*, 7 agosto 2020.

⁷ Lo schema del decreto è stato posto in consultazione pubblica dal 23 dicembre 2019 fino al successivo 28 febbraio.

⁸ Cfr. L. De Angelis, *Slitta il registro dei titolari effettivi*, in *Italia Oggi*, 3 luglio 2020.

⁹ Cfr. *Ultimate Beneficial Owners Registers in the EU 2020*, in *Medium*, 17 giugno 2020.

¹⁰ Si veda il doppio no che compare accanto al nostro Paese nella tabella predisposta da *Transparent Data*.

Riflessione

— Sfida al principio di imputazione

Una conversazione con Philip Zimbardo

Challenging the principle of imputation

A conversation with Philip Zimbardo

di Clelia Bartoli

Abstract. «Liberi si nasce o si diventa?» è l'interrogativo sotteso a questo saggio scaturito da una conversazione dell'autrice con Philip Zimbardo, il celebre psicologo sociale autore di esperimenti divenuti dei classici delle scienze sociali, tra cui l'esperimento carcerario di Stanford.

Zimbardo ha esplorato la cosiddetta psicologia del male, isolando in via sperimentale una serie di fattori situazionali in grado di indurre nella maggior parte degli esseri umani le azioni più abiette. Il fatto che si possano produrre assassini in laboratorio pone un'insidiosa sfida alle categorie classiche del diritto penale, in particolare all'assunto che l'imputabilità poggi sulla capacità di intendere e volere.

L'autrice confronta le asserzioni del suo interlocutore con alcune tesi giusfilosofiche e in particolare con le considerazioni di Kelsen riguardo il legame tra principio di imputazione e libertà.

Viene quindi appurato il profondo scollamento tra le conclusioni di Zimbardo e colleghi e il modo con cui il diritto contemporaneo tratta quel corredo di nozioni tra loro connesse quali responsabilità, colpa e imputabilità. L'autrice si chiede, allora, quale ruolo potrebbe assumere la libertà all'interno di un ordinamento giuridico che volesse prendere sul serio gli esiti della psicologia sociale sperimentale. Si giunge quindi alla conclusione che la libertà dovrebbe uscire dal novero dei diritti naturali per configurarsi piuttosto come dovere o come un ideale regolativo per il quale occorre addestrarsi.

Abstract. «Do we born free or do we become free?» is the question flowing under this essay, which arose from a conversation between the author and Philip Zimbardo, the famous social psychologist and author of experiments that have become classics of the social sciences, including the Stanford prison experiment.

Zimbardo explored the so-called "psychology of evil" isolating a series of situational factors capable of inducing the majority of human beings to perform abject actions. The fact that murderers can be produced in the laboratory poses an insidious challenge to the classic categories of criminal law, in particular the assumption that imputability is based on the ability to consent.

The author compares the statements of her interlocutor with some legal philosophical theses and in particular with Kelsen's considerations regarding the link between the principle of imputation and freedom.

The deep disconnection between Zimbardo's conclusions and the way contemporary law treats that set of related notions such as responsibility, guilt and imputability is evident.

The author wonders, then, what role freedom could play within a legal system that would take seriously the results of experimental social psychology. She comes to the conclusion that freedom should go beyond natural rights to be configured rather as a duty or as a regulatory ideal for which training is needed.

SOMMARIO: 1. La sfida. – 2. «È colpa sua». – 3. Aguzzini prodotti in laboratorio. – 4. Residui di libertà. – 5. Imputabili perché liberi o liberi perché imputabili? – 6. Addestramento alla libertà. – 7. Eroi *in training*. – 8. La libertà come dovere.

SUMMARY: 1. The challenge. – 2. «It's his fault». – 3. Killers and torturers produced in a lab. – 4. Residues of freedom. – 5. Imputable because free or free because imputable? – 6. Freedom training. – 7. Heroes in training. – 8. Freedom as a duty.

1. La sfida.

La religione, l'etica e il diritto, per qualificare le azioni umane come pie o peccaminose, probe o empie, legittime o illecite si confrontano con il concetto di responsabilità. Tale nozione viene generalmente riferita all'individuo nella sua singolarità e in funzione del libero arbitrio.

Autorevoli voci di filosofi, psicologi e altri scienziati sociali, nonché varie tradizioni culturali, hanno però avanzato parecchi dubbi sulla consistenza della libertà umana. In particolare, alcune ricerche di psicologia sociale sembrano dimostrare in maniera vivida come la libertà del volere sia una chimera, facendo così vacillare il criterio in base al quale imputare agli individui meriti e colpe.

Dei limiti di una concezione individualistica della responsabilità ne ho discusso con Philip Zimbardo, il celebre psicologo sociale che ha individuato sia il cosiddetto "effetto finestre rotte", sia l'"effetto Lucifero", emerso dallo sconvolgente esperimento carcerario di Stanford¹.

La conversazione si è focalizzata su come il concetto di imputazione delineato dal diritto corrente non collimi con ciò che emerge dagli esperimenti di psicologia sociale². Riporterò, quindi, alcuni stralci delle parole del mio interlocutore mettendole in dialogo con

¹ L'intervista a Philip Zimbardo si è svolta il 31 maggio 2014 a Cammarata (AG), il paese di cui è originaria la famiglia del noto psicologo sociale italoamericano. La mia collaborazione con Zimbardo relativa al programma "Heroic Imagination Project" mi ha dato modo di incontrarlo più volte e di riprendere in numerose altre occasioni l'argomento oggetto di questo scritto.

² Cfr. L. Ross, D. Shestowsky, *Contemporary psychology's challenges to legal theory and practice*, in *Northwestern University Law Review*, 97, 2003, pp. 1081 ss.; J. Hanson, D. Yosifon, *The situation: an introduction to the situational character, critical realism, power economics, and deep capture*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 129, 2003, pp. 152 ss.; C. Haney, *Making law modern: toward a contextual model of justice*, in *Psychology, Public Policy and Law*, 8, 2002, pp. 3 ss.

la riflessione giusfilosofica sull'argomento, in particolare con il testo *Causalità e imputazione* di Kelsen³.

Infine proverò a immaginare come le nozioni di responsabilità e imputazione potrebbero essere riformulate da un ordinamento giuridico che volesse prendere sul serio le conclusioni emerse dagli studi di Zimbardo.

2. «È colpa sua».

Il professore emerito della Stanford University, in un inglese limpido e scandito, inizia il suo discorso:

«In tutte le istituzioni politiche o religiose la responsabilità è al 100% individuale. L'individuo è considerato totalmente responsabile per le sue azioni perché si presuppone che questi sia dotato di libero arbitrio e che dunque possa scegliere cosa fare. Il diritto stabilisce qualche eccezione, ammettendo che in alcuni casi sporadici la responsabilità individuale venga compromessa: ad esempio se la persona ha un disagio mentale, se è minorenne, se agisce per difesa personale o se minacciato di morte.

Tuttavia le mie ricerche dimostrano in modo eclatante come, in numerosissime circostanze ed in molti contesti, la libertà individuale possa essere coperta e distorta da forze situazionali estremamente potenti. Di queste forze generalmente non si è consapevoli, soprattutto non si è in grado di comprenderle se si giudica la situazione dal di fuori. Ma nei miei studi ho cercato di dimostrare che in molti casi le azioni individuali sono maggiormente sottoposte all'influenza di forze esterne che di quelle interne. La libertà del volere è sovente un'illusione a cui le persone vogliono credere perché ciò appare connesso alla dignità umana insita nella capacità di scelta e nella libertà».

La difficoltà ad accettare l'ipotesi che l'individuo non sia padrone delle sue azioni dipende quindi da un bisogno intimo e profondo di non rassegnarsi all'idea di essere in balia degli eventi, ma anche dall'anelito fortissimo e arcaico di giustizia terrena, che si esprime soprattutto nell'esigenza di poter dire, quando si verifica un evento nefasto: «è stata colpa sua, la punizione del colpevole servirà a ristabilire ordine ed equilibrio tra le cose».

Tale bisogno tende a deformare la descrizione degli eventi, portando gli esseri umani a cercare un colpevole anche per circostanze che ne sono palesemente prive. A tal proposito Kelsen suggerisce di distinguere **società** e **natura** in base al principio con cui ordinare consequenzialmente gli accadimenti⁴. I fatti di natura vanno posti in sequenza in base al **principio di causalità**; la scienza moderna legge infatti le relazioni tra eventi come una catena di cause ed effetti infinita, senza che vi sia la necessità di ipotizzare una volontà primigenia da cui questi scaturirebbero. I fatti che avvengono nelle società umane, invece, sono di norma spiegati come atti volontari, dove la deliberazione dell'individuo è ciò sta all'origine dell'atto. In altri termini, la libera volontà non è a sua volta provocata da qualcosa, ma è il motore primo dell'azione. L'individuo è imputabile in quanto viene

³ H. Kelsen, *Causalità e imputazione*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000.

⁴ *Idem*, pp. 211-213.

considerato l'autore consapevole dell'azione, causa prima delle eventuali conseguenze. Pertanto Kelsen chiama **principio di imputazione** il criterio in base al quale è possibile descrivere i fatti che avvengono nelle società umane.

Il filosofo del diritto nota come le comunità umane più arcaiche abbiano tendenza a interpretare anche gli eventi naturali in base al principio di imputazione: le calamità naturali vengono considerate punizioni divine per azioni abiette, mentre un raccolto abbondante o la nascita di figli sani sono giudicate un premio per un comportamento virtuoso. Pertanto Kelsen conclude:

«Esprimendoci in modo alquanto paradossale possiamo dire che in principio, durante il periodo animistico dell'umanità, esisteva soltanto la società (come ordinamento normativo); e che la natura (come ordinamento causale) fu creata dalla scienza soltanto dopo l'emancipazione dall'animismo. Lo strumento di questa emancipazione è stato il principio di causalità»⁵.

Questo ragionamento si potrebbe spingere ancora oltre: alcuni studi sembrano infatti avallare l'ipotesi che in realtà non ci sia che "natura", che cioè anche le società umane funzionino in base a nessi causali piuttosto che ad azioni ascrivibili all'intenzione di un individuo: come un sasso che rotola a causa della forza di gravità e non per propria scelta, anche l'agire umano sarebbe governato da forze che prescindono dalla volontà dei soggetti.

Ad un primo sguardo, è ciò che sembrano suggerire gli studi del professor Zimbardo. Egli, in effetti, prosegue il suo ragionamento asserendo:

«In determinate circostanze noi possiamo predire il comportamento della vasta maggioranza delle persone non sapendo nulla della personalità degli individui coinvolti, ma semplicemente avendo cognizione delle forze situazionali: ad esempio conoscendo il ruolo che la persona svolge, il modo in cui è vestita, le norme sociali connesse a una data situazione, la maniera in cui si comportano gli altri soggetti presenti.

Stando così le cose, io credo che la nozione di responsabilità personale debba essere riconsiderata come qualcosa di condizionato e vincolato socialmente. Per quel che ne so, non c'è un'istituzione che lo stia facendo. Infatti si imputano colpe, peccati e responsabilità legali soltanto agli individui. Perfino il comportamento di una organizzazione, che è evidentemente un sistema di poteri, viene trattato come se fosse una "persona" per quanto ciò sia privo di senso. È chiaro che in questo caso le decisioni vengano prese da una moltitudine di individui».

Le ricerche della psicologia sociale segnalano dunque l'ingenuità dei concetti con cui i comuni cittadini giudicano l'agire proprio e altrui, ma denunciano anche la povertà e l'inadeguatezza degli strumenti concettuali impiegati dal diritto e dalle istituzioni che hanno l'onere di assegnare meriti e sanzioni.

⁵ *Idem*, p. 213.

3. Aguzzini prodotti in laboratorio.

Per comprendere i riferimenti impliciti nel discorso di Zimbardo vale la pena raccontare due esperimenti classici della psicologia sociale: quello sull'obbedienza all'autorità di Stanley Milgram e l'esperimento carcerario di Stanford ideato e realizzato dal nostro stesso interlocutore⁶. Nonostante tali ricerche siano note ben oltre il loro ambito disciplinare, ripercorrerne i passaggi può essere utile per comprendere appieno la sfida posta al concetto giuridico di "imputabilità".

Milgram, allora giovane accademico, nel concepire il suo esperimento, fu mosso dal bisogno di comprendere come fosse stato possibile l'olocausto, in particolare come la diffusa obbedienza all'autorità – normalmente auspicabile per una società che anela all'ordine e alla pace sociale – fosse stata nella Germania Nazista, come in altre occasioni, il lasciapassare per la tragedia.

Obiettivo dell'esperimento era verificare quale percentuale di comuni cittadini avrebbero obbedito all'ordine di somministrare una scarica elettrica capace di uccidere un uomo, semplicemente perché l'ordine proveniva da un soggetto apparentemente autorevole. Si badi che l'ordine emanato da un sedicente scienziato non comportava alcuna minaccia, rischio o sanzione qualora fosse stato disatteso.

Tramite annuncio vennero reclutate centinaia di persone, che in cambio di un piccolo contributo in denaro si prestavano a partecipare ad una ricerca che sulla carta avrebbe dovuto riguardare la memoria. La finalità dell'esperimento era in realtà tutt'altra.

Il soggetto-cavia era ricevuto in una stanza dal **ricercatore** insieme ad un altro individuo presentato come un secondo volontario, ma in realtà si trattava di un complice dell'esperimento. Veniva detto loro che stavano partecipando ad una ricerca per stabilire l'effetto delle punizioni sulla memoria. Alla cavia era assegnato il ruolo di **insegnante** e al complice quello di **discente**. Il discente avrebbe dovuto rispondere alle domande; l'insegnante aveva il compito di porre i quesiti e infliggere le punizioni in caso di errore.

Il soggetto-cavia si sarebbe seduto davanti ad una macchina con 30 leve per somministrare le scariche elettriche. Le leve erano graduate per intensità: la prima da 15 V, l'ultima da 450 V. Sugli interruttori a più alto voltaggio era scritto "pericoloso", sulle ultime leve una sigla criptica e minacciosa: "XXX". In una variante dell'esperimento, addirittura, la persona che avrebbe dovuto rispondere dichiarava di essere preoccupato perché sofferente di cuore. Lo scienziato lo confortava blandamente asserendo che le scosse, per quanto forti e dolorose, non comportavano danni permanenti. Detto ciò, il ricercatore usciva e il discente si posizionava dietro un pannello di vetro opaco nella

⁶ Per un resoconto dell'esperimento Milgram si veda: S. Milgram, *Obedience to Authority. An experimental view*, Tavistock Publication Ltd, 1974; sull'esperimento carcerario di Stanford si veda: P. Zimbardo, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Raffaello Cortina Editore, 2008 [*The Lucifer Effect. Understanding how Good People Turn Evil*, Random House, 2007], ma anche il sito dedicato, che ospita i video originali: www.prisonexp.org. Si rammenta anche la recente uscita di due film: *The Stanford Prison Experiment* (2015) diretto da Kyle Patrick Alvarez, la cui realizzazione è stata seguita dallo stesso Zimbardo e del *Experimenter* (2015) di Michael Almerayda sull'esperimento Milgram. Altri due film si erano ispirati alla ricerca di Zimbardo, ma distaccandosi alquanto dallo storico svolgimento dei fatti: *Das Experiment* (2001) di Oliver Hirschbiegele e *The Experiment* (2010) diretto da Paul T. Scheuring.

stanza adiacente e, per quanto ne sapeva la cavia, veniva collegato agli elettrodi che gli avrebbero inferto le scariche in caso di risposta errata. Ovviamente ciò non avveniva.

All'inizio il complice rispondeva correttamente, poi commetteva qualche errore e la cavia alzava le prime levette con le scariche di debole intensità. Da un certo punto in poi il discente entrava in confusione e iniziava a sbagliare un quesito dopo l'altro, la cavia doveva rapidamente salire di voltaggio. Il discente iniziava a lamentarsi e poi ad urlare implorando di smettere. I soggetti cavia, giunti a quel punto, manifestavano turbamento e disorientamento. A quel punto, la voce algida del ricercatore, trasmessa nella saletta dell'esperimento mediata da un altoparlante, invitava a continuare. Se i volontari nel ruolo dell'insegnante accondiscendevano a proseguiva nell'infliggere le scariche elettriche a più alto voltaggio, la voce di chi impersonava il discente si spegneva e non venivano da oltre il vetro alcun segno di vita. Allora l'altoparlante gracchiava nuovamente e il ricercatore avvertiva che una mancata risposta era da considerare come errore e che dunque occorreva impartire le scosse ancora più elevate, giungendo così fino all'ultima.

Quanti di coloro che impersonavano il ruolo del docente sono giunti a somministrare la scarica elettrica più elevata? Che percentuale di individui avrebbe acconsentito ad uccidere un uomo solo per accontentare un sedicente scienziato che peraltro non aveva alcuna facoltà, né se la attribuiva, di punire un'eventuale disobbedienza.

Prima che l'esperimento avesse inizio, Milgram presentò il progetto a 40 psichiatri chiedendo loro di fare un pronostico sugli esiti. Questi, partendo dal presupposto che le personalità sadiche si aggirano intorno all'1% della popolazione, ritennero che solo una simile percentuale avrebbe potuto somministrare la scarica da 450 V, mentre ritenevano che la gran parte delle persone avrebbe preferito interrompere l'esperimento prima di giungere ai 150 V. I risultati furono, però, ben diversi.

Nel 1963 Milgram testò circa 500 individui e coloro che arrivarono a infliggere l'ultima scossa furono ben il 65%. L'esperimento venne ripetuto dopo circa 10 anni, ma in 16 diverse varianti. In ciascuna di esse si modificava un'unica variabile per verificare quali fattori potessero aumentare o decrescere la percentuale di comuni cittadini disponibili ad uccidere un uomo solo per accondiscendenza a un comando di una presunta autorità. Gli obbedienti andarono, a secondo delle variabili, dal 10% ad oltre il 90% dei partecipanti!

Se l'esperimento di Milgram mostra come la prescrizione di un individuo considerato autorevole possa indurre all'obbedienza cieca e assassina, nell'esperimento di Zimbardo l'origine del male è ancora più diluita, non sembra esserci una catena di comando da percorrere per risalire pur sempre ad un individuo che ha emesso l'ordine, ma si tratta di un sistema disfunzionale che provoca effetti perversi nelle persone che ne sono parte, per il semplice fatto che è stato dato loro un ruolo da impersonare.

Nell'estate del 1971 Philip Zimbardo svolse il suo famoso esperimento. Fece trasformare alcuni sotterranei dell'università di Stanford in una simil-prigione. Selezione un gruppo di giovani che avevano la caratteristica di essere dei "bravi ragazzi": studenti universitari di sesso maschile, provenienti da famiglie di ceto medio, con parametri psicologici indicanti salute, stabilità e un buon quoziente intellettivo, nessuna tendenza sadica o masochistica e nessun precedente per violenza. Il gruppo di cavie venne suddiviso tramite sorteggio tra coloro che avrebbero rivestito i panni delle guardie e quelli dei detenuti. Come in un *proto-reality*, telecamere e microfoni vennero collocati in ogni

angolo dei locali adibiti a prigione. Una cospicua équipe di ricercatori avrebbe osservato giorno e notte come quella situazione influiva sulle persone coinvolte. Le cavie erano consapevoli che sarebbero stati costantemente monitorati. Eccetto l'invito a partecipare a questa sorta di gioco di ruolo e ad evitare l'uso della violenza fisica, non fu data nessuna particolare consegna ai giovani coinvolti.

Quanto avvenne fu sconcertante: in poche ore i ragazzi che impersonavano le guardie assunsero atteggiamenti vessatori, tanto che già la mattina del secondo giorno scoppiò una rivolta dei carcerati. Essa fu severamente sedata: le guardie spruzzarono i detenuti con un estintore, li spogliarono e li insultarono, tolsero le brande dalle celle e isolarono i capi. Da quel momento la situazione andò rapidamente degenerando con un crescendo di abusi da parte degli agenti di custodia e di forte turbamento, depressione e panico nei detenuti. Al quinto giorno, molti dei ragazzi che svolgevano il ruolo degli internati erano psicologicamente crollati, mentre le guardie avevano mostrato comportamenti sempre più spietati. L'esperimento, che doveva durare due settimane, fu interrotto la mattina del sesto giorno per i gravi effetti che stava sortendo sulle persone coinvolte.

Il caso della *Stanford prison* desta orrore poiché mostra il rapido rassegnarsi al ruolo di vittime di giovani sani e intelligenti; coloro che erano stati catturati nell'identità di detenuti maturavano un disprezzo verso se stessi, si prostravano all'arbitrio dei loro carcerieri, smarrendo il ricordo di ciò che davvero erano: ragazzi **liberi** e **uguali** alle loro finte guardie. Ancor più turba l'assistere alla trasformazione, in un tempo così breve, di bonari studenti in spietati aguzzini, nel crescere in loro del germe della crudeltà. Gli studenti che impersonavano i secondini raccontano di aver subito un'alterazione percettiva ed emotiva: i ragazzi nel ruolo di prigionieri non erano più ai loro occhi dei coetanei e colleghi, ma esponenti di un gruppo inferiore, indegni di rispetto e compassione.

La scoperta inquietante di Zimbardo è quel che egli chiama "*effetto Lucifero*", l'incattivimento di soggetti esposti a situazioni e istituzioni "tossiche":

«i "cattivi sistemi" creano "cattive situazioni", che creano "mele marce", che creano "cattivi comportamenti", anche in brave persone»⁷.

Nel mettere sotto processo il sistema, Zimbardo intende sostituire la metafora delle «mele marce» con quella dei «cattivi cestini», all'interno dei quali facilmente la frutta si guasta. Il principale responsabile non sarebbe quindi un individuo isolato, ma il contesto.

4. Residui di libertà.

Dagli esperimenti di Milgram e Zimbardo, gli esseri umani sembrano discostarsi alquanto dall'immagine illuministica di soggetti evoluti, dotati di libertà e ragione, in larga parte miti, eccezion fatta per alcuni rari individui nati crudeli. L'umanità, al contrario, si popola di aguzzini e boia potenziali, non tanto a causa di un'intrinseca cattiveria, quanto per una rozza ingenuità che li rende fantocci facilmente manovrabili, acquiescenti con chi

⁷ P. Zimbardo, *L'effetto Lucifero*, cit., p. 611.

riveste una qualsivoglia autorità e acriticamente conformisti pur verso i più beceri comportamenti collettivi.

Tuttavia Zimbardo ammette il limite nella capacità predittiva delle scienze sociali, suggerendo un indebolimento dell'opzione determinista:

«Tramite le scienze sociali e specialmente grazie agli studi della psicologia sociale, è possibile predire con "ragionevole" sicurezza come agirà la maggior parte delle persone poste in una data situazione non sapendo nulla che riguarda la personalità o il *background* dell'individuo. In questo modo noi abbiamo dimostrato che la situazione ha un potere sugli individui. Il problema, da un punto di vista legale, è però che noi possiamo prevedere cosa farà la maggioranza, ma non l'unanimità, non siamo in grado di predeterminare cosa faranno tutti.

In ogni situazione: sia quelle di laboratorio, sia nel mondo reale, c'è sempre una piccola percentuale, tra il 10% e il 20%, che è capace di resistere alle forze di situazione. Ma anche se si trattasse solo dell'1% non possiamo garantire che non sia proprio quello alla barra degli imputati. Questo credo sia il nocciolo del problema.

Mettendo insieme parecchie forze situazionali possiamo indurre le persone a commettere i peggiori atti: mentire, rubare, perfino uccidere, ma non riusciremo a farlo con tutti. Per la Legge noi avremmo bisogno del 100%. Ma il 100% non l'otterremo mai e poi mai».

In altri termini, il fatto che alcuni, benché pochi, sappiano resistere alle forze di un sistema "luciferino" o siano capaci di disobbedire all'autorità ingiusta, fa inferire che la libertà di scelta tra bene e male o tra lecito e illecito sia alla portata di tutti e che l'azione corretta sia un'opzione sempre percorribile.

Ho insegnato per anni in scuole di quartieri deprivati e violenti, dove mafia e camorra sono ben viste, mentre lo Stato è nemico. Molti dei miei studenti appartenevano a famiglie contigue alla criminalità o loro stessi avevano commesso reati. Ho spesso provato a raccontare a chi è estraneo a questi ambienti come sia difficile per chi vi cresce strapparsene e abbracciare una vita diversa. E sovente il mio interlocutore rispondeva che "loro" in realtà non vogliono uscirne perché volere è potere e, a supporto del ragionamento, veniva portato l'esempio di un tale che ce l'ha fatta, che è riuscito a tradire un destino apparentemente già scritto.

Quell'1% che è capace di eludere le pressioni del sistema, che ben utilizza il suo scampolo di libertà, da una parte mostra a coloro che abitano lo stesso contesto che una via d'uscita esiste, dall'altra aggrava l'imputazione a loro carico, poiché viene a cadere l'alibi di essere vittime di un meccanismo inoppugnabile.

Per rispondere a quanti sminuiscono le forze situazionali e dunque la difficoltà di districarsi da certi meccanismi, cerco di spiegare che il quantitativo di libertà in dotazione agli abitanti della Terra o gli ostacoli al suo esercizio non sono distribuiti equamente. Per fare un esempio alla Don Milani: assolvere ai propri doveri scolastici è certamente un compito assai più lieve per il ragazzino che ha genitori istruiti, un'abitazione silenziosa, una stanza tutta per lui e insegnanti privati che ne colmano le lacune, rispetto al suo coetaneo che vive in una casa piccola e affollata, assillato da preoccupazioni economiche, con genitori illetterati e sbandati, in una scuola che l'ha marchiato come ospite sgradito. Lo sforzo che una persona deve compiere per non abbruttirsi e per coltivare relazioni decenti

nella comunità in cui vive varia molto in base alla sua storia e alle situazioni che incontra. Eppure questa semplice considerazione stenta ad essere accolta per le pericolose conseguenze che sembra prefigurare.

La tesi della responsabilità di sistema, cioè che determinate azioni siano il frutto più delle pressioni ambientali che di una volontà, porge il fianco a diverse critiche da tenere in seria considerazione. Dire che una struttura urbanistica quale il ghetto sia corresponsabile della devianza e della violenza cittadina potrebbe apparire un modo per giustificare atti illegali e immorali compiuti dalla popolazione che abita le zone più degradate della città. Accusare una disfunzione sistemica parrebbe un modo di decretare l'amnistia generale: tutti quindi nessuno.

Si teme che, ponendo in risalto gli effetti del sistema sull'individuo, si possa scivolare nel nichilismo, se non addirittura verso un cinismo bieco. Come dire: «se siamo marionette in balia del sistema, allora perché sforzarsi di perseguire la giustizia?». Ma difficilmente Zimbaro, un figlio del ghetto che dal ghetto è riuscito ad uscire, può sposare una tesi determinista. La responsabilità di sistema, infatti, non annulla la responsabilità individuale, ma costruisce un discorso più complesso sulla libertà dell'uomo e sulla sua vulnerabilità.

La modesta percentuale di mele che non marciscono pur poste dentro cattivissimi cestini è certamente un indizio che il determinismo non è una spiegazione esauriente per i fatti sociali e i comportamenti individuali. Però la rarità dei salvati in situazioni inquinate, come i ghetti dove l'illegalità e l'abbandono permeano ogni momento del quotidiano, è un dato che non si può tralasciare.

Sembra quindi che ammettere che le situazioni influenzino grandemente i comportamenti individuali sollevi principalmente due quesiti:

- se certi individui hanno commesso azioni esecrabili poiché esposti alle forze di un contesto disfunzionale allora non sono pienamente imputabili e dunque non devono essere puniti?
- La responsabilità di sistema fa evaporare la libertà individuale come in presenza della fiamma l'acqua si rarefa e svanisce?

Nei prossimi paragrafi proverò a discutere entrambe le questioni.

5. Imputabili perché liberi o liberi perché imputabili?

Nel testo *Causalità e imputazione*, Kelsen non si schiera né con chi crede nella libertà del volere, né con chi la abiura. Anzi sostiene che è assolutamente possibile descrivere le dinamiche sociali in base al principio di causalità, oltre che in base al principio di imputazione. Egli non intende decidere tra determinismo e indeterminismo, bensì dimostrare che la struttura basilare della norma – cioè quella che stabilisce un nesso tra certi comportamenti e determinate sanzioni – è compatibile con entrambe le ipotesi.

Generalmente si presuppone che si è imputabili in quanto si è liberi, capaci di intendere e volere. Detto altrimenti, si ritiene che si debba punire o premiare qualcuno

perché se lo merita. Per essere imputabili non basta essere stati la causa di un evento: il bambino che, giocando con un'arma trovata in casa, uccide il vicino, è sì la causa della morte del malcapitato, ma non ne è responsabile, né tantomeno imputabile, dunque non verrà punito. Per ricevere la retribuzione promessa dalla norma si richiede almeno un certo grado di consapevolezza, intenzionalità o di capacità predittiva delle conseguenze che potrebbe avere un comportamento pericoloso o negligente. Tale ragionamento oltre ad essere senso comune è il cardine del diritto penale: *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

E tuttavia Kelsen avverte che il principio di imputazione è conciliabile anche con un'idea di uomo non propriamente padrone di sé.

«Nessun determinista, seriamente, pretende che un criminale non sia punito o che un eroe non sia ricompensato perché l'esecuzione del delitto o l'attuazione dell'atto eroico sono determinati casualmente. Egli ammette la punizione del criminale e la ricompensa dell'eroe, ammette cioè l'imputazione della punizione al delitto e della ricompensa all'atto eroico, malgrado il fatto che il delitto e l'atto eroico siano determinati dalla legge di causalità. Punizione e ricompensa vengono dati unicamente perché si presume che la paura della punizione possa essere la causa che determina l'uomo a trattenersi dal commettere il delitto e che il desiderio della ricompensa possa essere la causa che determina l'uomo a compiere un atto eroico»⁸.

In un orizzonte determinista punizioni e premi diventano, quindi, bastoni e carote, cioè minacce e lusinghe per condizionare il comportamento umano ad allinearsi al presunto bene. In accordo a questa ipotesi giusfilosofica, l'uomo sarebbe mosso da forze che non controlla – naturali e sociali – che possono deviarlo dall'agire ritenuto corretto; il diritto allora introdurrebbe delle forze artificiali, quali gli incentivi e le sanzioni, al fine di contrastare e correggere i condizionamenti operanti sugli individui. L'immagine che ne risulta non è quella di un individuo sciolto ed autonomo, quanto di un soggetto legato con corde che lo strattonano in diverse direzioni.

Ma il giurista austriaco non si accontenta di rassicurare i lettori, spiegando che sollevare dei dubbi sulla libertà del volere non implica che i *serial killer* debbano essere lasciati liberi di scorrazzare indisturbati. Si spinge ben oltre ed avanza un'idea apparentemente paradossale: l'uomo non è imputabile perché libero, ma libero perché imputa ed è imputabile.

«Si suol dire: il fatto che un essere umano è libero, o ha una volontà libera (e ciò significa, secondo quanto generalmente si pensa, che non è soggetto a leggi causali che determinano il suo comportamento) costituisce la ragione per cui egli è capace di una imputazione morale, religiosa o giuridica: soltanto in quanto un uomo è libero può essere considerato responsabile di certi atti, può essere ricompensato per il merito, può far penitenza per il peccato, può essere punito per il delitto. Generalmente si afferma che soltanto la sua libertà, cioè la sua esenzione dal principio di causalità, rende possibile l'imputazione. È invece giusto l'opposto. Gli esseri umani sono liberi perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo come conseguenza, al comportamento umano come condizione, malgrado la sua determinazione in base a

⁸ H. Kelsen, *Causalità*, cit., pp. 222-223.

leggi causali, perché questo comportamento umano è il punto finale dell'imputazione»⁹.

Il brano qui riportato credo ammetta diverse interpretazioni. Una prima lettura è la seguente: la libertà di cui dispone l'essere umano non consiste nell'essere immune ai condizionamenti dell'ambiente; piuttosto, è libero in quanto capace di istituire nessi di imputazione. Questa facoltà coincide con l'essere legislatore.

Essere autore di leggi morali, religiose o giuridiche, ma anche dar vita a norme sociali o alle regole di un gioco, significa istituire nessi consequenziali tra un fatto ed un altro, inediti nella natura. Tale correlazione non è basata sulla causalità e cioè sull'**essere**, ma sull'imputazione e dunque sul **dover essere**. La relazione tra rubare ed andare in prigione non esiste in natura, né si tratta di una conseguenza ineluttabile che si verifica ogni qualvolta qualcuno si impossessa di un oggetto altrui. Tuttavia creare delle norme che imputano a un soggetto una certa retribuzione rappresenta – nell'ottica kelseniana – un atto di libertà, esprime il potere di dare origine a relazioni tra eventi che nel regno della causalità non esistono. In definitiva, la libertà propria degli esseri umani, per il filosofo del diritto, non coincide con l'autonomia della volontà, quanto con la capacità di generare un ordine altro rispetto a quello naturale e cioè un sistema normativo.

Detto ciò, vorrei suggerire un altro modo per intendere il capovolgimento del rapporto tra libertà e imputabilità, probabilmente meno filologico rispetto alle intenzioni di Kelsen, ma credo promettente per dirimere la nostra questione.

Gianni Giordano, in una ricerca sulla perizia psichiatrica, sostiene che spesso non si fa un buon servizio ad una persona affetta da un disagio psichico giudicandola "incapace di intendere e volere" e dunque non imputabile¹⁰. Gli si può risparmiare la pena, ma si rischia di comprometterne ulteriormente la salute mentale¹¹:

«Non sono solo esigenze di giustizia a spingere per l'esclusione della non imputabilità dei malati di mente, ma anche considerazioni cliniche: la moderna psichiatria ritiene sia necessario recuperare spazi di libertà al malato di mente e che l'acquisizione della responsabilità faciliti il successivo intervento terapeutico superando gli effetti negativi della stigmatizzazione derivante dall'attribuzione di incapacità»¹².

Quel che la psichiatria basagliana asserisce non è diverso da quanto sostiene Kelsen: la libertà non è tanto il presupposto dell'imputabilità, quanto un suo esito. Assolvere una persona che ha un disturbo psichico, ma non una totale destrutturazione dell'io, significa giudicarla irresponsabile, interrompendo il nesso tra le sue azioni e le

⁹ *Idem*, p. 220.

¹⁰ G. Giordano, *La perizia psichiatrica*, in *AltroDiritto. Centro di documentazione su devianza, carcere e marginalità*, disponibile [a questo link](#).

¹¹ Per inciso, la persona ritenuta "mentalmente inferma" che commette un reato violento è dispensata dalla pena, ma non dalle misure di sicurezza, il che poteva significare la detenzione presso un Ospedale Psichiatrico Giudiziario. Questa eventualità è risultata nei fatti ben più afflittiva dello stesso carcere. A causa della disumanità degli OPG, il decreto legge 31 marzo 2014 (convertito nella legge 30 maggio 2014 n. 81) ne ha disposto la chiusura e la sostituzione con delle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza che dovrebbero rispettare maggiormente la dignità delle persone.

¹² G. Giordano, *La perizia*, cit.

sanzioni previste dalla norma. È come se le si dicesse: «puoi agire in un verso o in un altro, ma in ogni caso le tue azioni non prevedono reazioni sociali. Non hanno un metro e un valore intersoggettivo, né un senso, poiché tu non ne sei padrone». Questa idea invita ad un ulteriore disimpegno verso il proprio agire e spossessa l'individuo dalla padronanza di sé.

Goffman, nel suo testo sulle istituzioni totali, illustra diversi meccanismi che conducono alla **decreazione del sé** degli internati¹³. Tra questi, l'antropologo annovera una serie di procedure che portano alla perdita di autodeterminazione o alla rottura della relazione abituale tra l'individuo e i suoi atti:

«Le istituzioni totali spezzano o violentano proprio quei fatti che, nella società civile, hanno il compito di testimoniare a colui che agisce e a coloro di fronte ai quali si svolge l'azione, che egli ha un potere sul suo mondo – che si tratta cioè di una persona che gode di autodeterminazione, autonomia e libertà d'azione "adulte"»¹⁴.

La violazione del legame tra l'individuo e i suoi atti avviene in svariate maniere: ad esempio attraverso una iper-regolamentazione di ogni aspetto della vita quotidiana e quindi con un abuso di sanzioni per ogni minima mancanza; oppure quando sanzioni e premi sono assegnati arbitrariamente, non rispettando una norma prevedibile e ragionevole; se le azioni richieste sono prive di fine; o anche se manca una qualsiasi reazione agli atti compiuti. Se il presunto insano di mente o internato non riceverà alcun riscontro sia che tenga ordinata la sua stanza o spacchi le suppellettili, sia che sia gentile con gli altri, dipinga un bel quadro o urli e aggredisca il compagno, facilmente cadrà in uno stato di prostrazione, apatia e rassegnazione: smarrirà il bandolo del suo agire e il senso del suo esistere.

Essere considerati responsabili dei propri atti significa che le proprie azioni non cadono nel vuoto, che viene tributato loro un valore. Questa attribuzione sociale di senso si basa sull'imputabilità del soggetto. L'assunto, in principio azzardato, che l'autore sia libero e responsabile è probabilmente una condizione affinché la persona – folle o savia che sia – possa far germogliare ed addestrare almeno un po' della propria libertà possibile.

6. Addestramento alla libertà.

Torniamo ai ragazzi cresciuti nei ghetti ed arruolati nelle fila della criminalità. Rischia di essere molto ingiusto nei loro riguardi pretendere che, nonostante siano costantemente esposti ad un ambiente degradato e impoverito, dispongano della libertà di scegliere il giusto o quantomeno la legalità al pari di altri. Misconoscere la fatica che costa loro fare cose che ai loro coetanei risultano semplici e scontate può offenderli e scoraggiarli, vanificando la possibilità di un riscatto. Ma l'approccio paternalista e compassionevole che giustifica ogni loro misfatto, giudicandoli ingranaggi privi di alcun potere, anch'esso può pesare come una condanna all'inerzia e alla irresponsabilità. Dunque sia sovrastimare, che sottostimare la libertà delle persone può avere effetti

¹³ E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Edizioni di comunità, 2001.

¹⁴ *Idem*, p. 71.

deleterii. In che modo, allora, misurare la padronanza che i soggetti hanno delle loro azioni e l'influenza che i contesti esercitano sugli individui?

Un secolo di ricerca compiuta nell'alveo della psicologia sociale testimonia un fatto molto semplice: **le situazioni contano**¹⁵, contano a tal punto:

«che in certi contesti sociali la natura umana può subire drastiche trasformazioni come la trasformazione chimica nell'affascinante storia del Dottor Jekyll e del Signor Hide di Robert Louis Stevenson»¹⁶.

Gli studi della cosiddetta "psicologia del male" portano Zimbardo a ribadire il motto di Terenzio: *homo sum: nihil humani a me alienum puto*.

«Qualunque atto che un essere umano abbia commesso, per quanto orrendo sia, può commetterlo chiunque di noi, nelle circostanze situazionali giuste o sbagliate. Saperlo non giustifica il male; piuttosto, lo democraticizza, dividendone la colpa fra agenti normali invece di dichiararlo ambito esclusivo di devianti e despoti: loro ma non noi»¹⁷.

Ma questa presa d'atto della vulnerabilità umana non conduce lo scopritore dell'"effetto Lucifero" alla rassegnazione. Anzi, solo riconoscendo la propria fragilità davanti alle forze di sistema si può tentare di trovare un "vaccino".

«Paradossalmente, creando questo mito della nostra invulnerabilità alle forze situazionali, prepariamo la nostra rovina in quanto non stiamo abbastanza in guardia contro le forze situazionali. [...] Siamo maggiormente in grado di evitare, impedire, sfidare e modificare tali forze situazionali negative solo riconoscendo la loro potenziale capacità di "contagiarci", come hanno contagiato casi analoghi»¹⁸.

Il discorso che abbiamo fin qui svolto si pone in polemica con quel principio cardine: «tutti gli uomini nascono liberi e uguali», ribadito in innumerevoli carte e costituzioni.

Nell'orizzonte teorico delineato, la libertà non è un punto di partenza, ma l'esito di un processo. Non si nasce liberi, né tantomeno ugualmente liberi, tutt'al più si viene al mondo con un potenziale di libertà che può essere inibito o coltivato. Certi contesti attentano gravemente allo sviluppo di questa capacità in germoglio, mentre un certo tipo di educazione potrebbe fungere da concime¹⁹.

¹⁵ 100 anni di studi di psicologia sociale sembrano avere accertato abbondantemente che: l'ambiente condiziona. Questa è la conclusione a cui giunge una meta indagine sulle 322 meta-analisi sui 25.000 studi quantitativi, che hanno coinvolto 8 milioni di persone: F.D. Richard, D.F. Bond Jr., J.J. Stokes-Zoota, *One hundred years of social psychology quantitatively described*, in *Review of General Psychology*, 7, 2003, pp. 331 ss.

¹⁶ P. Zimbardo, *L'effetto Lucifero*, cit., p. 317.

¹⁷ *Idem*, p. 317-318.

¹⁸ *Idem*, p. 318.

¹⁹ Questo modo di intendere la libertà è molto vicino al cosiddetto *capabilities approach* tematizzato da Amartya Sen e Martha Nussbaum, in accordo al quale i diritti per essere realmente agiti e fruiti devono essere supportati da determinate capacità. Per rendere sostanziale l'accesso ai diritti e per valutare il concreto benessere sociale occorre agire su processi di promozione delle capacità delle persone. Cfr. M.C. Nussbaum, A. Sen (eds.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993; A. Sen, *Equality Re-examined*, Clarendon Press, 1992; M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, 2001; S.F. Magni, *Etica delle*

7. Eroi in training.

Siamo giunti così alla *pars construens* del lavoro di Zimbardo che è forse quella che può stimolare le riflessioni più innovative dal punto di vista giusfilosofico. Dopo decenni di studi sulle influenze sociali tossiche che inducono gli individui alla violenza, alla sopraffazione o alla remissiva passività, lo psicologo italoamericano si è chiesto se fosse possibile ideare un antidoto.

Zimbardo utilizza la parola “resilienza” per riferirsi alla capacità di non farsi imbrigliare dalle forze situazionali nella consapevolezza della propria fragilità. La scommessa del professore di Stanford è che tale capacità si possa sviluppare attraverso un *training*. Egli ha, infatti, elaborato un percorso didattico – testato in diverse scuole sia statunitensi, sia europee – denominato *Heroic Imagination Project* (HIP)²⁰:

«Il nostro assunto è che tutti hanno un eroe interiore. Il problema è che la situazione in cui siamo ci impedisce di esprimerlo, è come se ci dicessero che non ci è permesso: “Non puoi perché sei troppo piccolo, perché sei nero, perché sei donna, perché tuo padre è un immigrato, ecc...”. Ma l’eroe interiore è lì».

Dire che tutti hanno un eroe interiore da tenere in allenamento significa che, nonostante si sia altamente esposti alla manipolazione dei contesti, si può divenire maggiormente resilienti, innanzitutto prendendo coscienza dei meccanismi sociali in azione.

Si noti che nell’accezione zimbardiana l’appellativo di “eroe” perde il suo alone retorico: non denota l’essere eccezionale, dotato di poteri sovraumani: piuttosto, si riferisce alla persona ordinaria che è in grado di fare qualcosa di straordinario, ossia disattendere l’ordine di un’autorità ingiusta, mantenere la propria autonomia di giudizio pur quando la spinta al conformismo è forte, resistere alle pressioni di un sistema che gli richiede di compromettere la sua integrità. Tale risma di eroi annovera persone come Hugh Thompson, il soldato americano che durante la guerra in Vietnam rifiutò di obbedire ai suoi superiori e si contrappose ai suoi stessi compagni per fermare il massacro di civili nel villaggio di My Lai²¹. Un altro caso può essere quello di chi, in un sistema economico-politico dove la corruzione è altamente praticata, scarsamente perseguita e quasi blasonata, riesce a non allinearsi a tale nefasta consuetudine. Eroe ordinario è anche colui che, nell’indifferenza generale della folla, si accorge che qualcuno si è accasciato su un marciapiede e ha bisogno di aiuto, rompe l’ignoranza pluralista ed interviene per primo, ispirando gli altri a fare lo stesso.

capacità. *La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Il Mulino, 2006. Paulo Freire è un altro autore di riferimento che attribuisce all’educazione il fine di apprendere la pratica della libertà, emancipandosi dalle forme incorporate di dominio. Tra i suoi principali lavori: *L’educazione come pratica della libertà*, Mondadori, 1973; *La pedagogia degli oppressi*, 2011, EGA-Edizioni Gruppo Abele, 2011; *Pedagogia della speranza*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, 2014; *Pedagogia dell’autonomia. Saperi necessari per la pratica educativa*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, 2014.

²⁰ Cfr. <http://heroicimagination.org/>.

²¹ P. Zimbardo, *L’effetto Lucifero*, cit., pp. 642 ss.

«L'eroismo inizia nella mente, pensandosi come un eroe: un eroe ordinario, un eroe di tutti i giorni, un eroe *in training*.

È vero tu non sei un eroe finché non agisci come tale. Ma se tu stai pensando da eroe e stai addestrando le capacità necessarie ad esserlo, quando giunge l'occasione di esserlo per davvero, sei in grado di coglierla.

Prendiamo ad esempio il nostro modulo del programma HIP sull'**effetto bystander**. Il cosiddetto "effetto spettatore" è quello che inibisce le persone che assistono ad un'emergenza dal fare qualcosa per prestare soccorso. La regola tacita seguita dai più è: "non aiutare, non è affar tuo". L'eroe è colui che infrange questa regola e stabilisce la nuova. Quando qualcuno agisce rompendo l'ignavia generale, immediatamente, una seconda persona arriva e si aggiunge per dar soccorso. Durante le nostre formazioni, mostriamo dei video in cui sono state registrate queste dinamiche sociali.

Il punto è: vuoi far parte della maggioranza che non agisce o vuoi essere il primo? È una tua scelta. L'obiettivo di questo corso non è fare diventare le persone più scaltre, ma agenti del cambiamento sociale, sempre che lo desiderino».

L'eroe à la Zimbardo è un disobbediente critico, un violatore delle norme tanto insensate quanto inconsapevolmente rispettate. Egli appartiene a quella percentuale residua che negli esperimenti di psicologia sociale non cade in trappola, pur quando la situazione è perfettamente congegnata per gabbare la gran schiera delle persone. La sua trasgressione della regola sociale o dell'ordine ingiusto costituisce il campanello d'allarme anche per coloro che fino a quel momento hanno lasciato che la propria *agency* venisse esautorata. È sabbia negli ingranaggi di sistema e pertanto diventa promotore di un cambiamento sociale.

8. La libertà come dovere.

È importante notare che il "*training* all'eroismo" di Zimbardo non ha per fine quello di condizionare gli esseri umani a compiere solo azioni ritenute corrette. L'*Heroic imagination project* non è una forma di ingegneria sociale che determini le persone all'agire bene. L'aspirazione è più alta: si vuole aumentare il quoziente di libertà, accrescendo la loro capacità di riconoscere i meccanismi di condizionamento presenti in alcune circostanza, rendendoli quindi in grado di scegliere con maggiore autonomia cosa desiderano fare. Niente infatti toglie che, divenuti coscienti delle forze situazionali e aumentata la loro resilienza, scelgano comunque di non aiutare la persona che ha un malore e di cui nessuno si accorge o di aderire al comando di sparare sui civili. Questo progetto educativo non è un catechismo laico, ma è pensato per essere un rinforzo dell'*agency*.

Tuttavia, se l'addestramento all'eroismo quotidiano di Zimbardo, o un qualsiasi altro programma educativo che riuscisse a incentivare davvero il grado di libertà degli individui, venendo impartito diffusamente, con ogni probabilità ridurrebbe il numero dei crimini di obbedienza e conformismo. Infatti, nei *briefing* che si sono svolti sia dopo l'esperimento di Milgram, sia quelli seguiti ai giorni nella simil-prigione di Stanford, le cavie dimostravano di essere profondamente turbate dall'aver assistito alla loro luciferina trasformazione. Praticamente tutti riferivano che non avrebbero mai voluto essere autori di tali atrocità, che il loro comportamento non era dovuto ad una scelta consapevole, ma al fatto di essere stati agiti dal sistema. Ma anche nel caso in cui l'individuo, dopo un

training alla resilienza scegliesse consapevolmente di attuare dei delitti, quantomeno sarebbe imputabile nel senso classico del termine, meritando maggiormente la sanzione.

Ed allora, qualora si stabilisse con certezza l'efficacia di un *training* per l'implementazione dell'*agency*, si potrebbe suggerire di renderlo obbligatorio. In altre parole, la libertà potrebbe essere qualificata, oltre che come un diritto, come un dovere. O meglio sarebbe richiesto l'impegno a "divenire liberi".

In un bel volume, Valentina Pazè approfondisce quale problema per la democrazia siano gli stupidi, gli ignoranti e i subalterni²². Coloro che non hanno sviluppato senso critico e padronanza di sé tendono a prendere decisioni nefaste come l'elezione di Luigi Bonaparte o di Hitler. *Leader* abili e cinici speculano sugli umori viscerali dei loro ingenui elettori, li raggirano con adulazioni e paure e li conducono infine alla disfatta. La qualità della democrazia dipende dunque anche dalla qualità del *demos*. La questione è dunque, oltre a tributare sovranità al popolo, sarebbe legittimo imporgli di non abdicarla, allenandosi ad un suo esercizio consapevole?

Per certi versi, ciò viene già fatto. L'educazione è per il cittadino non solo un diritto, ma anche un obbligo. Scuole e università dovrebbe essere i luoghi dove sviluppare quelle capacità che consentono all'individuo di decifrare il mondo, di pensare criticamente e di agire con una certa autonomia di giudizio. È pur vero che spesso l'istruzione pubblica o privata, lungi dall'essere palestra di libertà, si configuri come una forma di disciplinamento della popolazione al modello dominante o un modo del sistema vigente di riprodursi plasmando a propria convenienza l'episteme e l'*habitus* dei consociati.²³

Ma se presentare la libertà come dovere giuridico potrebbe essere tacciato di una forma estrema di perfezionismo morale, si potrebbe forse pensare a far slittare la **libertà del volere** dal novero dei diritti civili a quello dei diritti sociali?

Interpretare la libertà come un diritto civile significa che lo Stato deve esclusivamente premunirsi di non interferire: il dovere correlativo al diritto di libertà si concretizza in un "non fare", "non porre intralci".

Se si pensa invece alla libertà come diritto sociale – al pari dell'istruzione, della salute o del lavoro – lo Stato è chiamato ad impegnarsi attivamente affinché i cittadini possano coltivarla e goderne realmente: l'istituzione pubblica è quindi chiamata ad un "fare". Dire che la libertà sia un diritto sociale, oltre che civile, significa ad esempio che lo Stato non deve semplicemente astenersi dal censurare le differenti opinioni, ma deve anche supportare i cittadini a sviluppare la capacità di farsi un'opinione.

Per la verità, a differenza delle Carte nate dopo le rivoluzioni di fine '700, le costituzioni postbelliche non sono distanti da questo approccio. Ad esempio l'articolo 3 della Costituzione italiana non solo fa scaturire l'uguaglianza dalla legge, non configurandola quindi come una dote naturale data in partenza, ma soprattutto chiama la Repubblica ad eliminare gli ostacoli alla libertà e al pieno sviluppo della persona umana.

²² V. Pazè, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, 2011.

²³ I riferimenti impliciti sono ovviamente al pensiero di Foucault e Bourdieu, in particolare ad opere quali: M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975; P. Bourdieu, J.-C. Passeron, *La Reproduction. Éléments d'une théorie du système d'enseignement*, Minuit, 1970.

In questo orizzonte, la libertà non viene intesa come un elemento monolitico che c'è o manca, ma come una qualità graduabile che può crescere o decrescere a seconda delle circostanze in cui versa l'individuo.

Pertanto, oltre a richiedere che i cittadini facciano un percorso formativo che supporti il loro grado di libertà, viene perfino chiamata in causa la responsabilità di sistema. Il legislatore e l'amministratore sono architetti di sistema che possono creare situazioni che danneggiano il quoziente di libertà o che lo promuovono. L'articolo 3 dichiara, in termini zimbardiani, che è un dovere della Repubblica aggiustare i cattivi cestini che fanno marcire le mele.

Dal momento che le persone sono influenzabili ed esposte alla forza trasformativa che gli ambienti esercitano su di loro, la responsabilità dell'accaduto non dovrebbe ricadere esclusivamente su coloro che hanno materialmente commesso azioni biasimabili, ma occorrerebbe puntare il dito anche verso chi i sistemi li ha costruiti. Vanno considerati responsabili coloro che con azioni e omissioni, con intenzione o insipienza, hanno contribuito a edificarli. Pertanto andrebbero perseguiti non solo i ragazzi del ghetto che delinquono, ma anche e probabilmente di più chi i ghetti li ha voluti e creati. L'amministratore pubblico avrebbe il dovere costituzionale di rimuovere quei contesti abitativi e sociali che compromettono lo sviluppo della persona umana.

In conclusione, ritengo che il ritardo del diritto, delle prassi amministrative e della giurisprudenza rispetto alle scoperte della psicologia sociale, non consista tanto nel non prevedere attenuanti per coloro che hanno commesso dei crimini influenzati da situazioni tossiche, quanto nel fatto di non introdurre efficaci misure di promozione dell'agency individuale e collettiva e, soprattutto, nella mancanza di una responsabilizzazione e una seria imputabilità degli architetti di sistema.

Conversazione

— Il linguaggio del diritto nella società dell'immagine – Ch. 5

Il visibile e l'invisibile. La legge e il legame sociale

The language of law in the society of images – Ch. 5

The visible and the invisible. The law and the social bond

di Alessandro Rudelli, Chiara Simonigh e Paolo Heritier

Alessandro Rudelli

«La legge si vede, il fondamento non si vede».

Prendo queste parole pronunciate dal professor Heritier in occasione di un incontro di studio¹. E chiedo:

Quale è il rapporto tra visibile e invisibile; legge, fondamento e legame sociale nella società dell'immagine?

Chiara Simonigh

Questa questione può essere uno spunto interessante anche a proposito del fermo-immagine di cui si parlava poc'anzi².

¹ Intervento di Paolo Heritier effettuato il 27 settembre 2015 nell'ambito dell'VIII Festival del Diritto a Piacenza, visionabile [a questo indirizzo](#).

² Cfr. capitolo 4: [Giudicare tra "fermo-immagine" e "immagine-flusso"](#).

È sempre importante porre in una relazione dialogica il visibile e l'invisibile: mobilitare questi due ambiti, queste due dimensioni, aiuta a far sì che vi sia una corrispondenza tra di essi e che questa corrispondenza sia ogni volta rigenerata, reinventata, risignificata.

Elio Franzini nella sua "Fenomenologia dell'invisibile"³ ha posto la dialettica tra il visibile e l'invisibile come una funzione di tutti i simboli.

La forza del simbolo può essere prepotente, soverchiante, o può all'opposto essere utile alle persone che con esso hanno a che fare; in questo senso porre in una relazione dialettica, dialogica il visibile e l'invisibile può essere un modo per dare un contributo a reinterpretare e a riattualizzare questo rapporto.

Uno dei rischi che corrono tutti i linguaggi, compreso quello giuridico, è il ricorso al tecnicismo, alla cieca prassi burocratizzante che è espressione di un invisibile incapace di entrare in relazione con il visibile.

Il tecnicismo trasforma la persona in un simulacro, in un'icona, in un simbolo e la blocca. Chiunque essa sia: non solo l'imputato ma anche le altre persone che concorrono in un processo.

Quindi questo potere normativo di svuotamento degli elementi del linguaggio può essere contrastato ogni volta rigenerando, risignificando, reinterpretando, riattualizzando in una relazione nuova di tipo dialogico il visibile e l'invisibile, e questo è un lavoro faticoso perché si tratta a volte di **destrutturare il linguaggio**.

Come se si dovesse compiere un'operazione chirurgica di scrostamento dei depositi che si sono accumulati su di esso nel corso del tempo ma che sono anche quelli che lo svuotano.

Paolo Heritier

Sono perfettamente d'accordo; lo dico in modo veloce e semplificato, ma la grande opposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo è uno dei nomi di questa dialettica, che è stata sempre pensata sul lato etico e mai sul lato estetico.

Sul lato dei valori morali e non sul lato della critica delle immagini.

Il ruolo del giusnaturalismo deve essere questo: una critica costante al giuspositivismo all'interno di una dialettica che non fissa valori eterni.

Io su questo rapporto tra visibile e invisibile ho osservato che dal punto di vista analogico e non metaforico, nella normatività dell'immagine, volendo semplificare anche in modo barbaro una complessità di problemi, il **divino** è stata una prima immagine

³ E. Franzini, *Fenomenologia dell'invisibile. Al di là dell'immagine*, Cortina, 2001.

analogica dell'umano a cui poi ha fatto seguito l'**animale** con il darwinismo e l'evoluzionismo come "l'altro dell'uomo" e oggi ci troviamo confrontati con l'immagine del **robot** o la **neuro-immagine** del cervello, cioè con "l'essere creato dall'uomo" che è il nuovo "altro dell'uomo".

Allora effettivamente questa **dialettica tra visibile e invisibile** è una dialettica tra visibile e fondamento, tra un invisibile costruito ma che ha una struttura normativa, per cui l'uomo si costruisce sempre a partire da un'immagine di altro da sé che inevitabilmente storicamente muta.

L'elemento costante che forse i giuristi devono mantenere, e questo è il senso di terzietà non solo del giudice ma, come diceva Kojève⁴, di ogni operatore giuridico, è quello di rendersi conto della centralità di questa dialettica nell'interpretazione delle norme, che è poi il grande tema gadameriano della critica del pregiudizio, del riconoscimento del pregiudizio per riuscire in qualche modo ad entrare nel circolo ermeneutico.

La possibile comprensione oggi deve passare attraverso le immagini, ma deve arrivare poi a una valutazione molto precisa del singolo caso all'interno del processo.

Io devo dire che su questo sono molto suggestionato dal movimento Fluxus⁵ e dalle immagini vuote o anche da un certo Wenders⁶ che rappresenta immagini che non significano.

L'articolazione tra la coscienza e l'immagine tiene questo vuoto, questa assenza di immagini che poi appunto è una sorta di silenzio che io credo sia davvero l'atteggiamento delle terzietà del giudice di fronte alle storie e ai fatti che si sente raccontare.

E qui probabilmente la componente umanistica del diritto trova il suo legame con la storia della letteratura, col cinema, con l'evoluzione dell'arte: io credo che alla fine il **fondamento invisibile per il giurista sia l'arte, sia la letteratura, sia la produzione anche iconica** che lo aiuta nel suo lavoro.

⁴ Alexandre Kojève (nato a Mosca l'11 maggio 1902 e morto a Bruxelles il 4 giugno 1968) è stato un filosofo francese di origini russe, considerato uno dei maggiori interpreti della lezione hegeliana. Le sue lezioni divennero un punto di riferimento della filosofia francese del Novecento e furono seguite da intellettuali quali Raymond Queneau, Georges Bataille, Raymond Aron, Roger Caillois, Michel Leiris, Henry Corbin, Maurice Merleau-Ponty, Jacques Lacan, André Breton e Hannah Arendt. Importanti i suoi dialoghi con Leo Strauss e Carl Schmitt..

⁵ Fluxus è un movimento che nacque, si sviluppò e svolse la maggior parte della sua attività in Germania. Il gruppo, che si costituì nel 1961 grazie al lituano-americano George Maciunas (1931-1978), può essere associato al New Dada. Ad esso aderirono anche molti artisti americani. I suoi componenti si identificavano non solo con le arti visive ma soprattutto con la poesia e la musica. Fluxus si rese interprete della peculiare artisticità dei gesti più generici ed elementari, sorpassando l'atto creativo nel flusso della normale vita quotidiana per rivendicare un'arte totale che, come sopra accennato, prediligeva soprattutto musica, poesia, danza, teatro e performance.

⁶ Wim Wenders, il notissimo regista, sceneggiatore e produttore cinematografico nato a Düsseldorf nel 1945, esponente di primo piano, alla fine degli anni Sessanta, nella nascita del movimento del Nuovo Cinema tedesco sulla scia della Nouvelle Vague francese.

Alessandro Rudelli

Professoressa Simonigh, professor Heritier avete detto tantissime cose di uno straordinario interesse sulle quali c'è da lavorare parecchio.

Volete aggiungere qualcosa a conclusione?

Chiara Simonigh

Io non posso dire altro se non grazie a voi per l'invito a questa opportunità di condivisione così densa, così preziosa e animata da entusiasmo e da autenticità.

Vi ringrazio, è stato un vero piacere.

Paolo Heritier

Credo che queste iniziative siano importanti anche perché in qualsiasi istituzione la transdisciplinarietà è difficile da farsi per via degli steccati e delle norme che limitano le autonomie.

Quindi queste occasioni per fare transdisciplinarietà fuori dall'accademia sono davvero importantissime.

Io spero che avremo modo di continuare e render concreto questo aspetto perché mi sembra che la provocazione sull'analisi della casistica che anima il Cantiere "Diritto penale e linguaggi" di DPU sia davvero di straordinaria importanza.

[fine]

Riflessione

— Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale)

Introduzione

Why antiprohibitionism is logical (and moral)

Introduction

di Persio Tincani

Estratto dal volume di Persio Tincani, [Perché l'antiproibizionismo è logico \(e morale\)](#), pubblicato da Sironi Editore, Milano, 2012, pp. 9-21

Quando parliamo della droga dovremmo sempre ricordarci che ne facciamo uso tutti. Circa un quarto della popolazione italiana è composta da fumatori e gli astemi sono una minoranza molto esigua della popolazione occidentale. Il fatto è che alla maggioranza di noi piace fare uso di sostanze psicoattive e in questo non c'è niente di strano, perché il genere umano l'ha sempre pensata così.

Nel Genesi, il primo libro della Bibbia, Noè si ubriaca in maniera invereconda perché beve troppo vino. Babilonesi ed Egiziani avevano imparato a fare la birra qualche millennio prima che l'impero romano conquistasse il Mediterraneo. Omero ci racconta dei mangiatori di loto, Esiodo della canapa, mentre nel Vicino Oriente era diffusissimo l'uso dell'oppio, del quale comunque facevano largo consumo tanto i Greci quanto i Romani. Tutti gli gnomi fumano la pipa da prima che Cristoforo Colombo aprisse l'Europa alle vie del tabacco.

Il primo miracolo raccontato dai Vangeli è quello delle nozze di Cana, quando la madre chiede a Gesù di trasformare l'acqua in vino perché la giara stava terminando e la festa rischiava di finire prima del tempo. Gli indiani d'America fumano il calumet per conferire solennità a particolari circostanze e gli sciamani di tutto il mondo fabbricano, consumano e distribuiscono mille tipi di stupefacenti.

Offriamo vino e distillati ai nostri ospiti, brindiamo facendo tintinnare i bicchieri e, dopo una buona cena, accendiamo un sigaro per prolungarne il piacere. Al mattino, molti di noi per prima cosa prendono un caffè e dopo si può cominciare a ragionare. Molti bevono il primo caffè fumando la prima delle dieci, venti o più sigarette della giornata. Facciamo tutti cose incredibili per procurarci la droga, come metterci il cappotto e uscire in sere piovose in cerca di un tabaccaio o di un distributore di sigarette: per la droga siamo tutti disposti a fare sacrifici e grandi sforzi di volontà. Ci droghiamo tutti, e lo facciamo fin dalla preistoria, perché ci piace¹.

Quando parliamo di droga, dovremmo poi ricordare sempre che «la droga» non esiste. Esistono, invece, singole e determinate sostanze che hanno effetti psicoattivi, ciascuna dotata di caratteristiche diverse dalle altre, sia riguardo alla composizione che riguardo, appunto, agli effetti. Per esempio, gli oppiacei (oppio, morfina ed eroina) e gli alcolici hanno per lo più un effetto narcotico, mentre la cocaina e la caffeina sono eccitanti. Alcuni funghi e la mescalina sono tecnicamente degli allucinogeni, come l'acido lisergico (lsd). La varietà è davvero molto ampia, soprattutto se si pensa alla relativa facilità con la quale possono essere ideati e prodotti nuovi e virtualmente infiniti stupefacenti sintetici, del tipo di quelli che sul livello colloquiale vengono fatti rientrare nell'ampia categoria del cosiddetto «ecstasy».

Per di più, molte sostanze ideate per altri scopi possono essere utilizzate come stupefacenti. In certi casi, come avviene per prodotti concepiti per uso farmacologico o terapeutico che vengono consumati anche per scopi ricreativi, il loro uso è finalizzato alla produzione dello stesso effetto (per esempio, un effetto analgesico). In altri casi si tratta di prodotti che non sono stati concepiti per produrre un effetto psicotropo ma per altri scopi, che però possono essere usati anche come stupefacenti, quindi per un fine diverso da quello per il quale sono stati prodotti. È questo il caso delle cosiddette «droghe povere», come farmaci antinfiammatori sovradosati o addirittura come vernici, colla e gas butano per accendini: il consumo come stupefacente di sostanze di quest'ultimo genere, specie da parte di giovani e giovanissimi, sembra essere aumentato negli ultimi anni anche in Italia, dove era prima pressoché inesistente.

Ogni «droga», quindi, è diversa dalle altre sotto il profilo della composizione chimica e sotto quello degli effetti prodotti. A ciò dobbiamo aggiungere anche una ulteriore distinzione tra le varie sostanze utilizzate come stupefacenti sulla base del fatto che siano state concepite per produrre effetti sull'organismo oppure che si tratti di sostanze concepite per scopi diversi dalla somministrazione umana, come è il caso appena visto delle cosiddette «droghe povere».

¹ V. per es. Daniele Scarscelli, *Il consumo di droghe*, Carocci, Roma, 2010, pp. 25 ss.

Infine, le varie «droghe» possono essere distinte sulla base della qualificazione giuridica che ricevono, così che esistono droghe lecite e droghe proibite.

In questo libro mi occuperò per lo più di discutere attorno all'ultima distinzione, per cercare di capire se esistano delle ragioni in base alle quali sia giustificato che alcune droghe siano proibite e altre no.

Le ragioni per il mantenimento della proibizione, come sappiamo, sono numerose e ben note, ma quanto sono anche fondate? La mia convinzione è che non esista nessuna ragione solida a sostegno della proibizione degli stupefacenti sostanzialmente in vigore in tutto il mondo. Come vedremo, tutte le argomentazioni utilizzate per sostenere il mantenimento dell'attuale assetto proibizionistico hanno un difetto da qualche parte, sono tutte più o meno gravemente sbagliate. Ora: la legge sulla droga comporta conseguenze pesantissime sulla vita delle persone che la violano, perché si tratta, senza significative eccezioni, di una legislazione che prevede sanzioni draconiane.

Oltre a questo, la legislazione sulla droga impone agli Stati spese considerevoli nel tentativo (da sempre fallito) di renderla in qualche misura efficace. Da un punto di vista formale, ogni norma che sia stata promulgata rispettando le regole esistenti che disciplinano l'attività legislativa (per esempio, la regola della maggioranza dei votanti nelle assemblee legislative, il rispetto delle norme della Costituzione e così via) è valida. Non è in discussione la legittimità formale delle leggi sulla droga: come accade per tutte le norme giuridiche prodotte dai legislatori, spesso le regole formali sono rispettate, e quando non lo sono intervengono strumenti di controllo appositi (le corti costituzionali, per esempio, che effettuano controlli di legittimità costituzionale delle norme ordinarie).

Quello che mi pare, invece, molto discutibile è che la legislazione sulla droga sia legittimata sotto il profilo morale. Sono convinto che il potere dello Stato di proibire e di punire possa essere legittimato moralmente solo se la proibizione, e soprattutto la punizione, siano sostenute da ottime ragioni, tanto più se si tratta di punizioni pesanti che limitano seriamente la libertà delle persone. Sono anche convinto che questo non sia il caso della legislazione proibizionistica degli stupefacenti, la cui giustificazione si riduce in gran parte alla ricerca di formule retoriche più o meno efficaci, al fine di incontrare il consenso di un pubblico che in grande maggioranza forma la propria opinione sulla droga soltanto a partire dalle informazioni, per lo più sbagliate e fuorvianti, che in materia vengono fornite dai mezzi di comunicazione di massa e dalla propaganda governativa antidroga. La disinformazione, quando si tratta di droga, è talmente sistematica da far sorgere il sospetto che sia compiuta in maniera deliberata.

Chi ha più o meno quarant'anni ricorderà di certo che periodicamente la scuola media o il liceo ospitavano la conferenza di un «esperto» sulla droga, di solito un medico, che ci faceva una lezione sui pericoli dell'uso degli stupefacenti. Ai miei tempi, spesso il conferenziere di turno ci rendeva edotti del fatto che l'uso di hashish «brucia» le cellule cerebrali, e immagino che qualcosa del genere lo abbiano sentito dire tutti. Bene: non è vero; e, cosa ancor più grave, in quegli anni non esisteva nessuno studio minimamente accreditato che provasse una cosa del genere. Insomma, che l'hashish «bruciasse» i neuroni lo sostenevano solo i conferenzieri, ma non si capisce da dove rendessero quell'informazione. Quindi, delle due l'una: o gli «esperti» che venivano inviati nelle scuole erano dei cialtroni o erano dei bugiardi, non si scappa.

Una giustificazione molto popolare per la proibizione delle droghe illecite è che sono proibite le droghe più nocive per chi le consuma.

Si tratta di una giustificazione infondata. Nel corso del libro, mostrerò che la pericolosità di molte delle sostanze coperte dalla proibizione è molto meno elevata di quanto non si sia indotti a pensare dalla disinformazione imperante in materia. In molti casi, addirittura, possiamo affermare che la proibizione ha l'effetto di rendere molte droghe più pericolose di quanto siano in sé, dal momento che ne consegna la produzione e la vendita al mercato nero, del tutto sottratto dai controlli di qualità ai quali viene sottoposto ogni prodotto in vendita sul mercato legale, primi tra tutti i prodotti alimentari e i farmaci. Molte delle conseguenze negative dell'uso di eroina, specie dell'uso prolungato, non hanno nulla a che vedere con gli effetti dell'eroina in sé, ma sono invece causate dalle adulterazioni delle dosi sul mercato.

Come cercherò di mostrare, chi ha a cuore la salute del prossimo e, proprio per questo, vuole che la legislazione sia almeno in qualche misura paternalistica, dovrebbe considerare auspicabile la legalizzazione degli stupefacenti, perché ridurrebbe molti dei rischi elevati collegati al consumo di droga proveniente dal mercato illegale. D'altra parte, avremo modo di vedere che la grave nocività delle droghe lecite più diffuse nelle nostre società (l'alcol e il tabacco) è fuori discussione, e questo è un motivo in più per ritenere che quella giustificazione della legislazione proibizionistica («sono proibite le droghe che fanno male») sia da abbandonare perché infondata. È vero, per esempio, che l'intossicazione acuta da alcol è causa di morte (tipicamente per infarto o come conseguenza del cosiddetto «coma etilico»), mentre non si può morire per aver consumato troppo hashish. Insomma, se qualcuno ci dice che le canne (illegali) fanno meno male del vino (legale) ha ragione, è proprio così.

Queste informazioni sono ben note a tutti i farmacologi e a tutti gli studiosi di stupefacenti. Perché non sono note anche a tutti i cittadini, soprattutto se, come avviene nelle democrazie, le politiche legislative dipendono in gran parte dalle loro decisioni, cioè dalle preferenze che esprimono a ogni tornata elettorale?

Un altro motivo abbastanza popolare per la proibizione è che l'uso di droga aumenti il crimine. Lasciamo perdere, per adesso, il fatto che un mercato illegale è facilmente un mercato che si controlla attraverso le armi della violenza, dal momento che è impossibile regolare le controversie commerciali con gli avvocati e i tribunali. La tesi alla base di questa giustificazione, piuttosto, è quella secondo la quale l'uso di droga in sé sarebbe generatore di violenza, cioè che la droga (o alcune droghe) causerebbero un'alterazione della mente tale da rendere almeno più probabile che chi si trova sotto il loro effetto commetta atti violenti a danno degli altri.

Come vedremo, anche questa giustificazione è sbagliata, perché è basata su dati statistici falsi. Piuttosto, è ancora una droga legale (l'alcol) a essere un buon candidato per essere un fattore che incrementa i comportamenti violenti (specialmente di cosiddetta «violenza domestica»). Attenzione, non ho niente contro il vostro drink e voi siete brave persone che non hanno mai torto un capello a nessuno, ma i dati mostrano questo: l'associazione più significativa di condotte violente con il consumo di droghe si ha con l'alcol, non con l'eroina, non con la cocaina, non con l'hashish. Quindi, anche questa

giustificazione della proibizione deve essere scartata, perché l'alcol è lecito mentre l'hashish no.

Già da questi rapidi cenni, sembra proprio che le ragioni per proibire e per punire siano tutt'altro che solide.

Chi oggi sostiene le ragioni della legalizzazione degli stupefacenti si trova a occupare nel dibattito un posto che in realtà non dovrebbe essere il suo. Se le proibizioni e le punizioni devono essere sostenute da ottime ragioni, è compito di chi le sostiene portare prove a sostegno dell'esistenza di queste ottime ragioni. Nei fatti, però, non succede così: è come se le norme proibizionistiche fossero supposte come ben fondate per definizione, e che per sostenerle non sia necessario dimostrare che siano ragionevoli, necessarie o opportune.

L'onere della prova, per dir così, di quanto una proibizione sia fondata dovrebbe ricadere su chi ne sostiene la necessità; di solito avviene così. Le leggi sulla droga fanno eccezione: non è chi le sostiene che deve dimostrare che sono necessarie, fondate o semplicemente utili, ma è chi ne chiede l'abrogazione o la riforma che deve accollarsi tutto il lavoro.

Nel dibattito sulla legislazione degli stupefacenti accade qualcosa di molto simile a quanto si osserva nei dibattiti sull'esistenza di dio: non è chi afferma che dio esiste che deve provare la fondatezza della sua affermazione, della quale non può dare alcuna prova, ma è l'ateo che deve dimostrare che dio non esiste («Come fai ad affermare che non esiste? Quali sono le prove della sua inesistenza?»). Se non ci riesce, se non è in grado di fornire alcuna prova decisiva della non esistenza, allora chi afferma che dio esiste può continuare a farlo, naturalmente senza prove.

Se vi sembra che si tratti di un ragionamento, come a volte si dice, «troppo teorico», provate a pensare a come vi comportereste in un caso come questo: uno sconosciuto si presenta a casa vostra e vi ordina di consegnargli tutti i vostri libri. Gli domandate «E perché mai io dovrei darglieli?» e lui risponde: «Eh no, caro signore. Casomai è lei che deve dirmi perché non dovrebbe darmeli!». L'assurdità di questa situazione è chiara a tutti, perché è normale che se qualcuno ci impone un obbligo vogliamo anche sapere perché; vogliamo sapere qual è la ragione per la quale dovremmo fare qualcosa che non vogliamo fare. Perché le leggi sulla droga fanno eccezione?

Non ho una risposta a questa domanda. Anzi, credo che non se ne possa ipotizzare una sola. Si potrebbe richiamare il crescente disinteresse della cittadinanza per le questioni di politica pubblica, una circostanza che non possiamo negare. Ma la situazione non era diversa quando la cittadinanza era più politicamente attiva di quanto non sia adesso, quindi la disaffezione politica non può essere la causa preponderante. Per di più, non è del tutto vero che la cittadinanza è supina, almeno non è vero che sia sempre supina o che la sia tutta. I cittadini scendono in piazza per manifestare, esistono movimenti di dimensioni ragguardevoli che, sebbene rappresentino una minoranza della popolazione complessiva, sono comunque abbastanza grandi da far sentire la propria voce nel dibattito politico e talvolta di raggiungere risultati di rilievo. La gente scende in piazza meno di quanto non lo facesse trenta o quarant'anni fa, è vero, ma è anche vero che l'impegno politico non è del tutto scomparso.

Eppure, nessuno solleva seriamente il problema di discutere se la legge attuale sugli stupefacenti sia ragionevole o fondata, e nessuno manifesta né ha mai manifestato contro la proibizione. Tutt'al più, in passato è stata portata avanti qualche campagna per la legalizzazione delle cosiddette «droghe leggere» (in Italia, soprattutto dal Partito Radicale), o qualche iniziativa per ridurre le pene per alcuni reati di droga, o per la decriminalizzazione del consumo e della detenzione per uso personale. Ancora in Italia, queste due fattispecie sono state cancellate dalla lista dei reati con un referendum nel 1993.

Attualmente, la cosiddetta «Legge Fini-Giovanardi» del 2006 ha in parte modificato l'esito referendario, riducendo sanzioni amministrative e pene accessorie per il consumo.

Una possibile risposta potrebbe essere che il grande pubblico non considera il problema delle leggi sulla droga come un proprio problema; del resto, per quanto numerose siano le persone che fanno uso abituale di stupefacenti proibiti, si tratta pur sempre di una minoranza della popolazione. Anche questa risposta, però, sospetto sia insoddisfacente. La gente non si impegna soltanto per le faccende che la riguardano in prima persona, anzi, spesso le persone impegnate politicamente sono quelle che «fanno proprie» le faccende degli altri. Non facciamo donazioni a Emergency, che apre ospedali all'estero, perché temiamo di trovarci un giorno nella necessità di ricorrere alle sue cure, ma perché riteniamo che sia giusto farci carico, in qualche modo, della causa di quei feriti e di quei malati che non conosciamo e che non conosceremo mai.

Forse il rifiuto di considerare la causa della legalizzazione degli stupefacenti dipende dal fatto che per molti di noi il diritto deve essere anche paternalistico, cioè deve anche impedire che le persone possano tenere condotte che sono dannose per loro stesse. Alcune condotte che troviamo giusto proibire sono dannose o pericolose per gli altri, come il furto o come la guida pericolosa, per esempio.

Vi sono però molte condotte che non danneggiano nessuno se non chi le pone in essere. Il paternalista ritiene che anche queste ultime debbano essere proibite (e punite), perché ritiene che il legislatore debba anche proteggere le persone dalle conseguenze delle loro azioni. Tuttavia, come abbiamo già visto, non sempre il paternalismo può essere di aiuto per chi intende argomentare a favore della proibizione, perché almeno alcune delle droghe proibite sono decisamente meno nocive e meno pericolose di alcune tra le droghe lecite. Non c'è quasi bisogno di scomodare il dibattito tra il paternalismo e il liberalismo, né di entrare nel merito della accettabilità morale del paternalismo come teoria politica generale: il paternalista informato non avrebbe nessuna ragione per voler mantenere la proibizione sugli stupefacenti, di sicuro non la proibizione così come è strutturata adesso.

Forse una risposta può essere che, in fondo, molti di noi ritengono semplicemente che la legalizzazione degli stupefacenti non sia una causa di quelle meritevoli di essere prese a cuore. La stessa questione sembra suscitare in molti un atteggiamento pressoché automatico di rifiuto, che persiste anche di fronte alle evidenze e agli argomenti razionali che dovrebbero almeno indebolirlo. Un sondaggio statunitense di qualche anno fa che riferisco in questo libro, per esempio, ha rilevato che la grande maggioranza degli intervistati, scelti tra persone che si erano dichiarate contrarie alla legalizzazione degli stupefacenti perché li considerano causa di insicurezza sociale, continuerebbe a rimanere

contraria anche se venisse loro dimostrato che la legalizzazione ridurrebbe in maniera radicale il tasso di criminalità.

Il che è come dire che molti di coloro che sono contrari alla legalizzazione della droga non sentono ragioni: non c'è niente che possiamo dire – nessun argomento razionale, nessun dato sperimentale – che possa far loro cambiare idea. La loro posizione viene mantenuta anche quando ne sono evidenti le contraddizioni: «Sono preoccupato per la sicurezza nelle nostre città, perciò sono contrario alla legalizzazione della droga anche se mi si dimostra che farebbe ridurre il numero dei crimini» è una contraddizione talmente solare che non è possibile neppure pensare che possa essere sfuggita agli intervistati. Tuttavia, le contraddizioni del ragionamento sono un problema solo se il nostro è un ragionamento razionale, e per difendere una posizione politica non è sempre necessario appoggiarsi ad argomenti razionali. Anzi, come nota Amartya Sen in un suo recente lavoro, «spesso a scansare le giustificazioni razionali non sono coloro che protestano indignati, bensì i placidi custodi dell'ordine e della giustizia»², dove l'uno e l'altra significano niente di più che il mantenimento dello *status quo*.

Credo che buona parte dell'opposizione alle proposte di legalizzazione degli stupefacenti poggi su argomenti intuitivi irrazionali, e che proprio per questo motivo siano particolarmente impermeabili a obiezioni razionali e ad argomenti basati su dati di fatto corretti.

Se ritengo che la causa della legalizzazione non sia meritevole di essere presa a cuore senza saper spiegare il perché, infatti, è probabile che non ci sia nulla di razionale che possa essere detto in grado di farmi cambiare idea. Se non so spiegare il perché della mia posizione, significa che so perfettamente che si tratta di una convinzione che, giusta o sbagliata, non è basata sul ragionamento. Un'opinione viscerale, dunque, che per una antica quanto incomprensibile perversione emotiva sarebbe più importante delle opinioni fondate sul ragionamento e sull'evidenza dei dati scientifici. Forse, ogni tanto dovremmo ricordare il compianto Carl Sagan, quando rispose a chi gli domandò un parere viscerale su un certo argomento di non essere capace a pensare con le trippe.

Come vedremo, l'opinione irrazionale, viscerale, è tutt'altro che rara in materia di ragioni per la proibizione; e, ciò che più conta, non è raro incontrarla nemmeno in ambito istituzionale, espressa pubblicamente proprio dai funzionari preposti alla guida della repressione del consumo e del traffico di droghe, i cosiddetti *drug czar*³. Si va dal nostro Carlo Giovanardi – l'esponente del Pdl che ha ricoperto la carica di sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega alle politiche sulla droga e che, a guardarlo non si direbbe, ma è un *drug czar* –, con i drogati che devono essere puniti di più degli inquinatori perché la droga «ti inquina dentro» all'inarrivabile William Bennett, il più famoso *drug czar* americano dell'era Reagan, secondo il quale la proibizione si fonda sul fatto che assumere droghe è immorale e non serve andare a cercare altri motivi.

Le ragioni per il mantenimento della proibizione non vengono sempre sostenute con così tanta irrazionalità. In verità, esistono molti argomenti che sostengono la

² Amartya K. Sen, *L'idea di giustizia*, trad. it. L. Vanni, Mondadori, Milano, 2010, p. 20.

³ «Zar della droga», è l'espressione informale con cui negli Stati Uniti vengono chiamati i responsabili della propaganda antidroga.

necessità o l'opportunità di mantenere la proibizione strutturati secondo le regole della corretta argomentazione. La mia opinione, come ho detto, è che si tratti di argomenti sbagliati (o perché viziati da falsi dati di partenza, o perché viziati da errori di ragionamento, e così via), e in questo libro cercherò di spiegare il perché discutendone i principali. Non so se riuscirò a convincere qualcuno a cambiare idea, ma spero di riuscire se non altro a costringere i miei lettori proibizionisti a mettere alla prova le loro convinzioni per vedere se sono proprio così fondate come pensano. Delle posizioni irrazionali mi sarei volentieri disinteressato, perché non è roba seria.

Purtroppo, non mi è stato possibile farlo, dal momento che non discuterle avrebbe significato non dire nulla proprio delle posizioni che occupano più di altre il piano del dibattito pubblico in materia di stupefacenti.

Infine, una precisazione sulla mia posizione. Ritengo che gli stupefacenti adesso proibiti debbano essere legalizzati, non liberalizzati. La ragione per la quale sostengo la proposta del ritiro della proibizione è in parte discendente dal mio rifiuto del paternalismo legale, in parte discendente dalla constatazione che la proibizione ha l'effetto di rendere più pericoloso un consumo di droga che, proibizione o no, milioni di persone non hanno alcuna intenzione di cessare.

In regime di proibizione ciò comporta conseguenze criminogene di grande rilievo, oltre al fatto che istituzioni che si dicono interessate alla salute pubblica non possono disinteressarsi di sottoporre a controllo di qualità sostanze che milioni dei loro cittadini acquistano e consumano ogni giorno. Proprio per questa ragione, sono in linea di massima contrario alle proposte di liberalizzazione, o almeno non ritengo che vi siano motivi per trattare gli stupefacenti in maniera diversa da come il diritto tratta tutti gli altri prodotti in vendita sul mercato legale, sottoponendoli a controlli di qualità per ridurre quanto più possibile il rischio che qualcuno acquisti, senza volerlo, un prodotto adulterato. Sebbene i due termini – «legalizzazione» e «liberalizzazione» – vengano spesso impiegati nel discorso pubblico come sinonimi, il loro significato è molto diverso: liberalizzare qualcosa significa privarla di ogni significatività giuridica, legalizzarla significa permetterla ma sottoporla a regole. A mio parere, la liberalizzazione degli stupefacenti non avrebbe effetti rilevanti sul calo della criminalità collegata alla produzione e al traffico, perché un mercato privo di regole è un mercato nel quale sono più facili prevaricazioni da parte dei soggetti più potenti e più spregiudicati.

Di certo, la liberalizzazione non promette di avere effetti di grande rilievo sulla difesa del consumatore dalle sofisticazioni, perché se il diritto si disinteressa del tutto dell'attività non fissa neppure standard di qualità minimi o rispetto di determinate procedure nella lavorazione. Con la legalizzazione, entrambi questi rischi verrebbero ridotti. Certo, esisterebbe ancora un mercato illegale, così come esisterebbe la possibilità che commercianti e produttori disonesti adulterino le sostanze ed esisterebbe la possibilità che le organizzazioni criminali possano riuscire ad accaparrarsi una certa fetta di mercato e a mantenerla con la corruzione e con la violenza. Del resto, però, avviene lo stesso con ogni attività legale, ma la presenza di regole fa sì che tutte queste attività vengano definite altrettanti reati, e come tali possano essere perseguite. Alla fine, il regime degli stupefacenti potrebbe assomigliare molto a quello degli alcolici, venduti dopo aver passato un test di qualità che ne attesti il rispetto delle norme alimentari e farmacologiche e, sempre in modo simile a quanto avviene con gli alcolici, si potrebbe lasciare liberi i

cittadini di fabbricarne in proprio quanto necessario per il loro consumo personale. Le probabilità che questo scenario possa realizzarsi, tuttavia, sono molto remote.

Sulla possibilità pratica della legalizzazione degli stupefacenti condivido il pessimismo di Thomas Szasz: la «guerra alla droga» è un business formidabile che ha allestito un esercito di istituzioni che garantiscono solide rendite di posizione a generazioni di funzionari e di dirigenti politici che hanno lavorato con diligenza al fine di rendere queste rendite ancora più solide (e solo così si può spiegare il fatto che, non di rado, a guidare la «guerra alla droga» e a gestire le ingenti somme di denaro che i governi dedicano a questo obiettivo troviamo personaggi le cui dichiarazioni pubbliche dimostrano tanta pochezza da far dubitare che siano in grado di gestire i soldi necessari per andare a far la spesa al mercato).

Più di un secolo di propaganda antidroga, consistente quasi soltanto nella propalazione di cattiva informazione, ha fatto il resto e ha finito per collocare le proposte di legalizzazione tra le iniziative più impopolari, destinate a incontrare la più fiera e indignata opposizione da parte di un pubblico la cui opinione è stata costruita sulla base di nozioni per lo più false. Pensare che gli stupefacenti saranno un giorno legalizzati è forse fantascientifico, ma non ho trovato nessuna ragione per la quale dovremmo temere o rifiutare questa prospettiva.

È possibile che tra i lettori di questo libro vi sia qualcuno che trova la tesi che sostengo particolarmente odiosa per ragioni personali o familiari. Questo aneddoto è per loro. Non molto tempo fa venni invitato a partecipare a un dibattito sulla legalizzazione degli stupefacenti dove ebbi modo di discutere le mie tesi con un pubblico piuttosto variegato. A un certo punto, verso la fine dell'incontro, una signora prese educatamente la parola e, senza tanti preamboli, andò subito al sodo: mio figlio, mi disse, è morto di overdose qualche anno fa. Raccontò con comprensibile commozione di come il figlio avesse cominciato a fare uso di eroina dopo un periodo nel quale aveva sperimentato altre droghe, e di come nel giro di poco tempo questo suo vizio fosse divenuto incontrollabile. Ci descrisse le sofferenze penose della sua famiglia e di come avessero cercato in tutti i modi di far smettere il figlio di drogarsi, dilapidando i risparmi di una vita con il solo risultato di vederlo entrare e uscire di continuo all'ospedale, dalla galera e dai centri di disintossicazione. Ci raccontò di quella notte quando arrivò una telefonata, con la quale un medico ospedaliero che conosceva la avvisò del fatto che il figlio aveva avuto un incidente ed era ricoverato in gravi condizioni. Quando lei e il marito arrivarono all'ospedale, il ragazzo era morto da qualche minuto.

«Lei avrà anche ragione in teoria, professore. Ma ha pensato a che cosa succede in pratica? La droga ha ammazzato mio figlio e i figli e i genitori di tanta altra gente. Provi a pensare a questo. È ancora così certo che sarebbe giusto legalizzarla?».

Le risposi di sì. La proibizione della droga, con tutta evidenza, non aveva apportato nessun beneficio alla salute di suo figlio, che ha continuato a farne un uso massiccio. La realtà è che, proibizione o no, chi vuole consumare stupefacenti lo fa, perché la proibizione non funziona. Ogni volta che una persona si inietta una dose di eroina, anche se mette in atto tutte le misure igieniche possibili, rischia di praticarsi un'iniezione letale perché nessuno è in grado di dirgli che cosa, davvero, si sta iniettando. Non sappiamo, per esempio, quale sia la quantità di diacetato di morfina presente nella dose. Se a chi l'ha

tagliata è scappata la mano, quella singola iniezione può causare la morte per overdose (e pensiamo a tutte le possibilità che esistono che quella dose sia stata adulterata con sostanze pericolose).

Nessuno può dire con certezza se la legalizzazione farà aumentare o farà diminuire il numero delle persone che decideranno di fare uso di stupefacenti (anche se le statistiche delle quali disponiamo sembrano suffragare l'ipotesi che il consumo rimarrebbe più o meno costante), ma sappiamo con certezza che un mercato legale è un mercato controllato, e che un attento controllo legale renderebbe per forza di cose il consumo di droga un'attività infinitamente più sicura di quanto non sia adesso.

Riflessione

— Amianto/4 – La scienza è continuamente manipolata e distorta dalle parti: in aula la “legge scientifica” non esiste

Asbestos/4 – Science is continuously manipulated and distorted by the parties: in the courtroom the “scientific law” does not exist

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in *Il Fatto Quotidiano*, [il 24 settembre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale “Giustizia di Fatto”, a cura di Antonio Massari

Problema risolto?

Il mio maestro Federico Stella ha risolto il problema della causa, mescolando in una sintesi ardita, causa e non causa, cioè necessità causale e mere correlazioni sempre probabili e mai necessarie, che, per definizione, non sono ancora cause anche perché forse le cause non ci sono? No, purtroppo. Il problema vero doveva apparire evidente.

È evidente che il modello di spiegazione – che sia quello deduttivo o quello induttivo – col quale Stella integra la tradizionale teoria della *condicio sine qua non*, a sua volta presuppone che il Giudice abbia già trovato la legge scientifica – l'*explanans* – dentro cui sussumere il fatto – l'*explanandum* –, ma come si trovi questa legge scientifica né l'uno né l'altro modello lo dicono, né pretendono di dirlo.

Siccome il problema vero e difficile è sempre trovare e riconoscere la legge scientifica in cui sussumere il fatto, il **diritto penale dovrebbe riflettere su se stesso con un**

certo imbarazzo visto che ancora crede che i modelli di spiegazione di cui Stella ha parlato abbiano capacità euristiche che ovviamente non hanno.

Che cosa è poi legge scientifica, oggi? Come si cerca e dove si trova una legge scientifica? Il codice delle leggi scientifiche, universali e statistiche, ancora non c'è.

Ho sempre avuto il sospetto che il successo apparente della dottrina della causalità di Stella fosse anche dovuto al fatto che i penalisti riconoscevano nel lessico della spiegazione somiglianze e parentele col loro lessico.

Non si tratta, alla fine, di sussumere un fatto in una legge (sebbene scientifica e non giuridica)?

Stabilire che cosa è scienza e che cosa no, o che cosa è buona scienza e che cosa non lo è, però, è il più difficile problema della filosofia della scienza: nel lessico penalistico è comparso l'inglesismo *junk science*, per designare la scienza spazzatura che spesso si pratica nelle aule di giustizia. Problema immane. Per Popper il problema della demarcazione tra scienza buona e scienza non buona è con il problema dell'induzione il più grave problema della scienza (K.R. Popper, *La scienza, congetture e confutazioni*, in Id., *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, 2009).

Non per i penalisti, però. Loro sanno, oppure non hanno bisogno di sapere. E invece **per noi penalisti il problema è ancora più difficile perché – nell'arena del processo penale – la scienza è continuamente manipolata e distorta dalle parti** che, per l'appunto, hanno sempre interesse ad una ricostruzione parziale, cioè faziosa, dell'evidenza scientifica disponibile.

In un certo senso noi pratichiamo sempre *junk science* e non basta qualche popperismo di maniera, magari condito con un po' di verificazionismo positivista, o relativismo kuhiano di cui è fatta qualche sentenza per sperare di aver addomesticato il problema. Problema anche questo, manco a dirlo, del tutto invisibile alla dogmatica formalistica e positivista del *mainstream* dottrinale. Tra i tanti meriti scientifici di Stella v'è quello di aver riconosciuto la necessità di un dialogo epistemologico tra diritto penale (e processo penale) e scienza, promuovendo, come ponte tra i due mondi, la filosofia della scienza. Sembra che nessuno, però, abbia proseguito il suo cammino.

I modelli di spiegazione scientifica sono quindi entrati nel vocabolario penalistico – a partire dal 1990 con la celebre sentenza di Cassazione sul disastro della val di Stava – come forme vuote che qualsiasi giudice può riempire o svuotare con qualunque contenuto gli garbi.

Prima o dopo qualcuno se ne sarebbe accorto (in verità sono in molti a saperlo ma religiosamente tacciono di fronte alla confutazione del dogma di fede). Di fronte alla lampante inefficienza dei dispositivi concettuali disponibili per risolvere i problemi di causalità dell'amianto, siamo tornati laddove Stella aveva cominciato, cioè al punto di partenza.

Intanto la scienza e la filosofia della scienza progrediscono, o comunque cambiano.

Il Giudice non sa che cosa significhi legge scientifica anche perché la filosofia della scienza, e la stessa scienza, stanno ormai abbandonando questo concetto – che la scienza ha mutuato dal diritto nella sua veste positivista – e lo vanno sostituendo con il concetto di meccanismo causale.

La parola *legge scientifica* è antiquata!

**I dilemmi irrisolvibili della probabilità ovvero lo scoglio là dove la causalità
si frantuma in mille pezzi.**

Il problema, ovviamente, è la legge statistica o la probabilità che non è e non potrà mai essere una necessità. Nel 1975 Stella non si avvede della gravità della parte sommersa dell'iceberg del modello di spiegazione statistico induttiva, ma come gli si può far torto? La probabilità è un mondo incredibilmente complesso.

Già rispondere alla domanda “che cosa è la probabilità?” è difficile. Uno stato della realtà, un fatto oggettivo? O uno stato della mente, una credenza soggettiva intorno ad uno stato della realtà che, per le più varie ragioni, non è noto e non può essere conosciuto? O entrambi? **La più efficace definizione di probabilità è che essa è il pensiero dell'incertezza, ma, com'è ovvio, questa definizione di probabilità piace poco al diritto penale cui piace poco in generale l'incertezza.**

Incertezza di che cosa, però? Il mondo è ontologicamente probabilistico, e quindi non retto da leggi deterministiche universali, perché causale? O la nostra conoscenza del mondo è solo probabile, perché è sempre incerta e non abbiamo mai o quasi mai accesso alle leggi deterministiche universali che pure esistono?

La probabilità è solo la misura della nostra incertezza causale sul mondo deterministico o è la misura della incertezza del mondo casuale? (P. Garbolino, *L'incertezza e la ragione*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, Serie III, Vol. 11, No. 3, 1981, pp. 895 ss.).

Nel 1975 Stella ne parla poco, tratta le cosiddette leggi della probabilità come le leggi universali, come se tra l'una e l'altra la sola differenza fosse che, nel primo caso A segue a B sempre in tutti i casi (noti), mentre nel secondo A segue a B solo qualche volta, cioè non sempre. Gli pare che, alla fine, non ci sia alcun particolare problema.

Stella, durante il processo al Petrolchimico di Marghera, scopre che il libro del 1975 non serve a risolvere i problemi che in quel processo sono trattati, e, allora, con un ultimo guizzo, cerca in *Giustizia e Modernità* – pubblicato nel 2001 – di convincere tutti che il giocattolo ormai si è rotto e che il diritto penale deve arrendersi di fronte alla probabilità (F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2001). Cioè di fronte alla incertezza ineliminabile della scienza.

Stella capisce d'essere giunto vicino al punto di non ritorno, al punto cioè che il diritto penale da sempre vuol rimuovere. Stella diceva il vero, ma non diceva tutto il vero.

Il problema dell'incertezza, e quindi della probabilità, è un problema onnipervasivo e non tocca solo il difficile campo del rapporto tra diritto penale e scienza, come lui sperava di poter dimostrare.

Se Stella ha fallito, è stato solo perché non è arrivato con coerenza alle conclusioni cui poteva arrivare. A molti pare che con quell'ultimo libro, Stella voglia soprattutto difendere i suoi clienti, i potenti, in questo caso le grandi imprese che uccidono e inquinano, e, con questo pretesto, lo abbandonano, rimuovendo l'enormità del problema che invece Stella ha intuito. Intanto Stella scopre che lo stesso Hempel, il filosofo della scienza neo positivista cui si deve la paternità dei due modelli di spiegazione (C. G. Hempel, P. Oppenheim, *Studies in the Logic of Explanation, in Philosophy of Science*, vol. XV, n. 2, 1948, pp. 135 ss.), aveva dovuto ammettere di aver fatto un errore quando aveva preteso che la legge statistica per essere esplicativa dovesse esprimere un altissima frequenza assoluta tra eventi A e B.

L'errore era, non ci dev'essere paura a dirlo, un errore filosofico e nasceva dal fraintendimento della probabilità e del pensiero probabilistico in generale. Una prima panoramica sul problema generale della spiegazione scientifica e sul superamento del paradigma neopositivista si trova in Salmon (W.C. Salmon, *Quarant'anni di spiegazione scientifica*, Muzzio, 1992).

L'errore di Hempel e di conseguenza l'errore di Stella.

La potenza esplicativa della legge statistica – almeno così Stella mostra di credere ancora nel 2001 – pare dipendere da quanto la legge statistica si avvicini alla legge universale, e **se la seconda dice che A segue a B nel 100% dei casi, la prima deve poter dire che A segue a B in una percentuale di casi inferiore al 100% ma assai prossima al 100%**. Era un errore, ma prima ancora, **il problema è che, nel campo dei fatti umani dei processi penali, le leggi scientifiche probabili non hanno affatto la fisionomia della legge universale, perché tra le due c'è un abisso.**

Hempel per primo aveva confuso frequenza assoluta e frequenza relativa. Non rileva in sé e per sé A segua a B nel 90% dei casi o no, ma rileva, se, quando non c'è A, quanto è probabile che B si verifichi comunque, e la potenza esplicativa della legge che correla A a B dipende dal fatto che esista, e quanto grande sia, la differenza che l'accadere di A fa nell'accadere di B.

Siamo già fuori dal confine della tradizione. Le probabilità di A e B di fare la differenza per C non sono mai, per definizione, logicamente equivalenti, ma all'opposto sono sempre logicamente diseguali.

Il coefficiente assoluto non conta granché.

Se, mancando A, B si verifica comunque nel 90% dei casi, il fatto che, accadendo A, B si verifichi nel 91% dei casi – cioè con una percentuale alta o altissima – può essere irrilevante, così come, invece, se, mancando A, B si verifica nell'0,1% dei casi, il fatto che, accadendo A, B si verifichi invece nel 5% dei casi – cioè con una percentuale bassa o bassissima – può diventare assai rilevante.

Nel primo caso la differenza è dell'1%, nel secondo del 50%. Non basta, però, aver misurato codesta differenza. Questo è solo l'inizio della strada, anzi da qui in poi la strada non c'è più ma c'è solo un sentiero bizzarro e difficile.

Il metro per misurare questa differenza è infatti a sua volta carico di incertezza. Quando – ad esempio con un'indagine epidemiologica, ma non solo! – ho intravisto l'aumento di frequenza di B in presenza di A, debbo sapere che mai potrò essere certo di non aver osservato qualcosa che è comunque accaduto per caso e che quindi non è attribuibile ad A. Quell'1% di differenza, ma anche un 10% di differenza, può essere tutto, niente o qualcosa.

La teoria della probabilità danza sempre assieme al caso, essa presuppone un mondo che funziona, non come un orologio, ma, all'opposto, come una lotteria o il lancio di un dado, e questo è davvero difficile da capire, perché vuol dire che, quando diciamo che A fa la differenza rispetto a B, perché ne aumenta la frequenza che abbiamo osservato, dobbiamo sempre ammettere la possibilità dell'errore, cioè di non aver visto giusto.

Il Giudice, però, non gioca a dadi col processo! Già, e allora a che gioco gioca?

Quando, lanciando un dado, accade che la faccia col numero 6 esca tre volte di fila, non per questo mi sentirò obbligato a concludere che il dado è truccato e che la faccia col 6 sia più probabile di tutte le altre.

La statistica prova con la ragione a darci ragioni per credere che quel che abbiamo osservato non è compatibile col caso, perché troppo improbabile per essere appunto solo casuale. Ma non va molte oltre.

Dire che la differenza nella frequenza di Y in due gruppi di X probabilmente non è causale, perché è statisticamente significativa, non significa ancora dire che questa differenza sia causale. Un mondo, un vero abisso, separa le due asserzioni.

La non accettazione dell'ipotesi nulla – così si chiama uno dei test per sancire la significatività statistica di una correlazione tra X e Y – è sempre e solo una congettura, più o meno credibile, e la credibilità della congettura è sempre soggettiva, anche se non necessariamente irrazionale.

Io credo che l'evidenza che ho basti, tu, invece, no. Tutti e due possiamo essere soggetti razionali se il nostro ragionamento, che conduce a opposte conclusioni, è stato coerente coi postulati che abbiamo esplicitato all'inizio.

Probabilità a priori e probabilità a posteriori. Bayes, chi era costui? Stella lo incontra, ma poi passa oltre.

Il rischio relativo, ovvero la causalità probabilistica, esiste? Ovvero l'aumento del rischio? Come domare il caso (I. Hacking, *Il caso domato*, il Saggiatore, Milano 1994)?

La frequenza relativa – il rischio relativo – è un oggetto matematico di notevole complessità. Esso è un concetto artificiale e convenzionale della statistica, che a sua volta è un metodo di ragionamento che l'intelligenza dell'uomo ha pazientemente costruito in secoli, secondo alcuni da Pascal in poi, ma secondo altri la sua genealogia è anche più antica.

Salvo casi estremi, in cui il rischio relativo è talmente alto da fugare dubbi ragionevoli sulla sua realtà, nella grande maggioranza dei casi il rischio relativo è sempre controvertibile, può essere tirato da una parte e dall'altra come più conviene.

Quanta differenza è abbastanza?

Stella scopre nel processo veneziano gli enigmi della probabilità – la significatività statistica, i *bias*, gli errori di campionamento, i fattori confondenti, la forza dell'associazione, ecc. –, comprende che il terreno è malfermo e scaccia gli incubi che affiorano, il più lontano possibile, spaventato perché sa di non possedere la cultura filosofica e statistica necessaria per trattarli e sa che gli altri ne sanno ancor meno di lui. Allora pare che l'attenzione di tutti sia deviata dal vero corso che dovrebbe avere.

Nasce davvero dal nulla un dialogo serrato tra Stella e la Cassazione e l'oggetto del contendere pare che sia il coefficiente probabilistico, cioè la probabilità assoluta, della legge statistica ma non è così. Il problema è molto più profondo. Le Sezioni Unite scolpiscono una bella e colta sentenza, ma è illusione sperare che abbiano risolto il problema.

Nasce la sentenza Franzese (Cass. pen., sez. un. 12 luglio 2002 (dep. il 11 settembre 2002), n. 30328, Franzese, in Foro it., 2002, II, 601) e **il problema vero della causalità probabilistica – se esista e come si faccia ad accertarla – è stato appena sfiorato ma resta sul tavolo come prima.**

Causa generale e causa individuale sono solo nomi: la causa generale non esiste, è solo un'invenzione del linguaggio – che cosa vuol dire che X in generale causa Y? –, c'è solo la causa di quest'evento – è vero o no che questo X ha causato questo Y? – e qui sta l'unico vero problema.

“Franzese” dice comunque poco o nulla della causa generale e pretende che la causa individuale sia accertata *Beyond a Reasonable Doubt*, perché Stella ci ha scritto un libro, *Giustizia e Modernità*, e un cattivo nonché ipocrita legislatore sta per infilare lo pseudo concetto di *BARD* dentro la legge processuale penale.

Butta lì – e non è poco, ma certo non è molto – i concetti di probabilità oggettiva, cioè la frequenza, e di probabilità logica, o credibilità razionale, che è solo un modo di dire che c'è un'altra probabilità, che è soggettiva ed è diversa dalla probabilità come frequenza che è oggettiva. La probabilità è una e doppia forse allo stesso tempo.

Franzese, però, si ferma troppo presto. Da qui si dovrebbe partire – stabilendo che cosa è una probabilità come frequenza – e poi procedere – ad esempio cominciando a discutere quando un Giudice, che sostenga d'aver raggiunto un grado di fiducia razionale alto sulla verità di una congettura, possa dirsi che abbia davvero usato la logica che però deve essere la logica della probabilità che di certezze *BARD* non ne garantisce mai.

I Dottori, però, non proseguono la strada abbozzata. La sentenza Franzese ha un impatto praticamente nulla sulla giurisprudenza che, intanto, si va formando in materia di amianto. Tutti, però, ne adottano il linguaggio.

(4/Continua)

Articolo

— L'enciclopedia del diritto di Gheorghe e Florica

Voci di un glossario della *law in action*

The legal dictionary of Gheorghe and Florica

Entries for a glossary of the "law in action"

*di Alessandro Simoni**

Abstract. *La storia di due mendicanti rumeni e delle loro vicissitudini giudiziarie a Firenze sembra suggerire che lo "stato di diritto" diventa facilmente una scatola vuota quando le istituzioni prendono di mira chi vive in condizione di marginalità nei grandi centri urbani. Nella prospettiva di questi due osservatori, la macchina della giustizia italiana, civile e penale, appare completamente cieca verso la condizione delle parti più deboli, anche se (quasi) tutti gli attori coinvolti potranno sostenere di avere correttamente adempiuto ai propri doveri professionali.*

Abstract. *The story of two Romanian beggars and of their judicial misadventures in Florence seems to suggest that the "rule of law" easily becomes nothing more than an empty box when institutions decide to target those who lead a marginal life in big towns. The Italian machinery of justice, both criminal and civil, observed from their standpoint appears as completely blind to the condition of weaker parties, although (almost) all involved actors can argue to have correctly performed their professional tasks.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legalità. – 3. *Audiatur et altera pars*. – 4. Certezza della pena.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Rule of law. – 3. *Audiatur et altera pars*. – 4. Certainty of punishment.

1. Premessa.

Queste pagine nascono originariamente come omaggio a un accademico che ha avuto un ruolo importante nello sviluppo in Italia di una comparazione giuridica attenta in generale al diritto processuale e in particolare ai problemi dell'accesso alla giustizia, sulla scia dell'insegnamento di Mauro Cappelletti.

Per chi, come il sottoscritto, si è mosso all'interno di questa traccia, il manifesto giuspolitico dell'*access to justice* faceva parte dell'imprinting ricevuto sin dai primi contatti con la comparazione. Quale che sia l'ordinamento nel quale ci si muove, si avverte immediatamente una spinta verso la comprensione dei meccanismi giuridici, economici e sociali che possono trasformare i diritti garantiti dalla legge o da qualunque altra fonte in una vuota declamazione, e confermare che «*justice is open to all, like the Ritz hotel*»¹. Un riflesso condizionato che non rende più facile l'indagine, perché individuare le barriere all'effettività delle norme è cosa non meno complessa della loro interpretazione secondo i canoni ermeneutici consolidati. In questa prospettiva, era scontata anche l'attenzione alle correnti antiformaliste del pensiero giuridico statunitense, e un'altra chiave di lettura del fenomeno giuridico era la distinzione *law in books/law in action* di Roscoe Pound, anche prima di leggere veramente Pound².

Sono rimasto fedele a questo originale imprinting anche quando i miei interessi di ricerca si sono orientati verso lo studio della condizione dei rom o di chi è percepito come tale, magari sotto un'etichetta solo formalmente diversa come "zingaro" o "nomade", prima nella prospettiva "diritto rom"³ e successivamente in quella "il diritto e i rom". Da entrambe le angolature, occorre, per non deformare la realtà, assumere una prospettiva antipositivista. Mentre la costruzione teorica di Santi Romano forniva l'inquadramento concettuale per spiegare il "diritto rom", per comprendere i problemi che sorgono nel momento in cui il diritto statale viene applicato ai rom (o a chi è classificato come tale) era naturale appoggiarsi alla distinzione *law in books/law in action*. Questa non risultava tuttavia pienamente soddisfacente come mappa mentale. Appariva infatti subito chiaro che il problema non era accettare il fatto che al momento della loro applicazione alcune norme producano spesso effetti molto distanti da quelli desumibili dal loro tenore letterale, dalla statuizione declamata dall'ordinamento, quanto piuttosto scoprire che certi "sfasamenti" erano legati primariamente proprio all'identità dei soggetti nei confronti dei quali la forza dello stato si stava rivolgendo. Ovviamente, esistono articolati approcci teorici circa la rilevanza di certi elementi identitari sull'operare e l'evolversi del diritto, basti pensare alla *critical race theory*⁴ negli USA. In Italia, si tratta di un dibattito che non ha tuttavia "sfondato", anche per la scarsità di studi empirici e per l'assenza di uno

* Il presente scritto è l'adattamento di un lavoro di prossima pubblicazione in *Processo e cultura giuridica. Procedure and Legal Culture. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Giappichelli, 2020.

¹ La celebre battuta è attribuita a James Matthews, un giudice irlandese di epoca vittoriana. V. M. Hayes, *Access to Justice*, in *Studies. An Irish Quarterly Review*, vol. 99 (no. 393), 2010, p. 29.

² R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 12 (1910), pp. 44 ss.

³ Il lavoro di apertura di questo percorso fu A. Simoni, *Il giurista e gli zingari: lezioni dalla common law*, in *Politica del diritto*, 1999, pp. 629 ss., che contiene una lettura critica del famoso articolo di W. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the Gypsies*, in *Yale Law Journal*, 103 (1993), pp. 323 ss., integrate da una prima ricognizione comparatistica di misure legislative volte al controllo della mobilità girovaga di specifici gruppi.

⁴ V. al riguardo K. Thomas, G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, 2005.

spartiacque identitario netto e risalente come quello razziale, o meglio di una consapevolezza piena circa la sua esistenza⁵.

I meccanismi che operano in Italia sono più sfuggenti di quelli che negli USA portano alle pesantissime ricadute giuridiche della subordinazione sociale degli afroamericani, pur se non vanno per questo sottovalutati, perché anche essi nascondono al loro interno un pericoloso germe antiegalitario. Ho in altre sedi cercato di analizzare questo problema nella prospettiva dell'antiziganismo⁶, che non sarà tuttavia centrale in questo scritto, anche se traspare in controluce in diversi passaggi.

La narrazione che segue non è centrata su una specifica identità etnica, ma è volta a suggerire che l'ideale che ancora continua a dominare l'autorappresentazione dell'ordinamento («La legge è eguale per tutti»), è spesso sostanzialmente una mistificazione nella prospettiva delle persone che vivono in condizione di marginalità nei grandi centri urbani, e sono considerate portatrici di "degrado". "Soggetti" da allontanare costruendo strategie di pressione basate non su esplicite politiche discriminatorie, ma sugli effetti delle iniquità già presenti nei concreti meccanismi di applicazione delle norme giuridiche, nella *law in action* appunto, in vigore in certi settori⁷.

La formula scelta è quella del *case study*, costruito descrivendo vicende nel corso delle quali mi trovai a difendere, anche su fronti inizialmente inattesi, i diritti di due cittadini rumeni, un uomo e una donna, da anni attivi nell'"economia di strada" fiorentina. Si tratta di un'esperienza che nella sua parte "civilistica" è stata resa possibile dalla collaborazione con un giovane avvocato e comparatista fiorentino, Giacomo Pailli⁸. Nata come "ricerca azione", è poi diventata una piccola battaglia a favore di persone che ci sembravano ingiustamente vessate. Una microstoria che sembra racchiudere un condensato di problemi strutturali di effettività della tutela di diritti fondamentali sui quali ci sarebbe molto ancora da studiare e riflettere.

Il registro scelto è leggero e in parte ironico, e ruota intorno a "voci di glossario" costruite intorno a lemmi che ritornano di frequente nel dibattito politico e giuridico, ma per una volta basate sulla prospettiva di persone che vivono sulla propria pelle la *law in action*. Uno stile che mi è venuto spontaneo dopo essermi reso conto che l'evidenza dei meccanismi di discriminazione che emergono è tale che la loro quieta accettazione da parte delle persone che ne permettono ogni giorno l'operare (magistrati, avvocati, funzionari di polizia) produce effetti lievemente surreali. Qualcosa, insomma, che ricorda l'aplomb mantenuto anche nelle situazioni più assurde dai personaggi del *Fascino discreto*

⁵ Al riguardo sono molto interessanti i saggi contenuti nel volume di G. Giuliani (a cura di), *Il colore della nazione*, Mondadori-Le Monnier, 2015. Qualche considerazione in prospettiva fiorentina è stata da me svolta in *Biking while black. Riflessioni a partire dalle recenti circolari del prefetto di Firenze*, in *Questione Giustizia online*, 30 novembre 2018.

⁶ V. i saggi ora raccolti in A. Simoni, *Rom, antiziganismo e cultura giuridica*, CISU, 2019, a cui si può aggiungere il recente *Dimenticare i rom? Riflessioni su cultura giuridica e antiziganismo in venti anni che non hanno lasciato il segno*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Angeli, 2020, pp. 729 ss.

⁷ Molti di questi aspetti sono stati ora approfonditi in G. Pailli, *Lo spazio urbano e la mendicizia*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi*, cit., pp. 505 ss. Per uno sguardo più generale su questi problemi in prospettiva statunitense v. E. Grande, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Edizioni Gruppo Abele, 2017.

⁸ V. la ricostruzione in A. Simoni, G. Pailli, *Begging for Due Process: Defending the Rights of Urban Outcasts in an Italian Town*, in *Seattle Law Review*, 39 (2016), pp. 1303 ss.

della borghesia di Luis Buñuel. Nell'attesa che «una risata li seppellisca», non mi pareva quindi il caso di usare un classico registro accademico.

Naturalmente "Gheorghe" e "Florica" non si chiamano in realtà così, anche se non avrebbero avuto – credo – nulla in contrario a prestare le loro vere identità per questo scritto. Per non togliere colore narrativo ho scelto due nomi di battesimo molto diffusi in Romania. Se il lettore avverte una certa vaghezza nella ricostruzione dei fatti, tenga conto che questa è voluta, per non permettere di risalire troppo facilmente alle persone a vario titolo coinvolte nella poco edificante saga dell'incontro di "Gheorghe" e "Florica" con la città di Firenze e le istituzioni italiane⁹. Tutto quanto narrato è purtroppo vero, e i relativi documenti sono *on file with author*, come prescrive di dire il famoso Bluebook¹⁰.

2. Legalità.

È a questo punto inevitabile dire qualcosa, senza violarne la *privacy*, sui nostri due esperti "empirici" di *law in action*. Si tratta di una coppia ultrasessantenne (anche se i volti segnati da vite faticose suggerirebbero qualcosa di più), proveniente da una zona rurale della Romania centro-orientale. La stessa zona dalla quale vengono molte delle donne rom rumene che con le loro gonne multicolori catturano l'occhio nel centro di Firenze. Gheorghe e Florica però non avvertono queste donne come compaesane, ma come "zingare", classificandole con uno dei tanti nomi di sottogruppi rom della Romania. Questo non escluderebbe, nel marasma della galassia romani¹¹, che Gheorghe e Florica siano loro stessi rom. Ma a parte il fastidio verso l'attuale "ossessione identitaria"¹², il dato era ai nostri fini (miei e di Giacomo Pailli) complessivamente inutile, qualunque definizione di "rom" si volesse utilizzare. Comunque, oltre a non utilizzare Florica un abbigliamento femminile "etnicamente caratterizzato", entrambi non parlano nessuna variante di romanes, anche se sembrano conoscere molti termini¹³.

Quale che sia loro "identità etnica", si tratta di componenti di una famiglia che da almeno dodici anni, ma forse di più, si trasferisce a Firenze per una parte dell'anno, quando non è impegnata nei lavori agricoli nel luogo di origine. Nei periodi "fiorentini", la loro economia è basata primariamente per le donne sulla mendicizia, in forma non itinerante e oggettivamente non invasiva, e per gli uomini sulla musica di strada e varie forme di lavoro manuale occasionale. I "modelli abitativi" sono andati variando dalle tende piantate in zone di campagna dei comuni della provincia, alla locazione informale presso connazionali, e in alcuni periodi – come accennerò – all'occupazione di edifici abbandonati, in particolare capannoni industriali in disuso.

⁹ Le vicende descritte hanno in verità coinvolto ben più di due persone, trattandosi di fatti che toccavano un gruppo familiare esteso. Per quanto riguarda in particolare gli aspetti descritti nel secondo paragrafo, la scelta di un particolare membro della famiglia quale parte processuale era complessivamente irrilevante, e si è proceduto sulla base di considerazioni pratiche.

¹⁰ *The Bluebook: A Uniform System of Citation*, ora alla ventesima edizione a cura della *Harvard Law Review*.

¹¹ Sulla difficoltà di delimitare precisamente le categorie "Zingari" e "Rom", v. l'introduzione di Leonardo Piasere al volume da lui curato *Comunità girovaghe, comunità zingare*, Liguori, 1995.

¹² F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Laterza, 2010.

¹³ Mi è stato suggerito che possano appartenere a uno dei tanti gruppi di incerta classificazione, i cosiddetti "Rudari", ma non ho ritenuto opportuno fare le domande giuste. Sui Rudari v. S. Tosi Cambini, *Da un villaggio del sud della Romania a una città del centro Italia. Alcuni elementi di riflessione intorno al tempo, allo spazio e al senso nella migrazione di una rete di famiglie di rudari*, in S. Pontrandolfo, L. Piasere (a cura di), *Italia Romanà*, vol. 6, *Le migrazioni dei rom romeni in Italia*, CISU, 2016, pp. 159 ss.

L'incontro con questa famiglia è avvenuto per caso, quando mi è stato chiesto da una persona che li conosceva se potevo interessarmi a un loro problema "legale", che nell'immediato aveva l'aspetto moderatamente minaccioso di un "verbale di accertamento e contestazione" della polizia municipale di Firenze. Un pezzo di carta sbiadito redatto con grafia poco leggibile nel quale si contestava la violazione di un articolo del regolamento di polizia urbana, sostenendo che uno di loro nell'atto di mendicare «arrecava fastidio» o «intralciava il flusso pedonale».

Non vale qui la pena di entrare nel dettaglio tecnico della contestazione, anche per un motivo molto semplice, ossia che quel foglio era solo una delle tessere di un mosaico che apparirà solo dopo aver messo insieme (con tutte le difficoltà di comunicazione del caso) altri pezzetti della vita di Gheorghe e Florica, e soprattutto il loro rapporto con quelle che noi chiamiamo "norme" e "istituzioni", in particolare quelle cittadine.

L'immagine composta dal mosaico è nitida, e rappresenta la battaglia di una città decisa ad allontanarli, considerando la loro presenza incompatibile con una certa visione del "decoro". Queste battaglie non sono nuove per Firenze. Alcune le descrisse con efficacia nel 1999 Antonio Tabucchi nel suo *pamphlet*, di recente ripubblicato, dal titolo *Gli zingari e il rinascimento*¹⁴, e tutti ricordano la famosa campagna del 2007 contro i "lavavetri"¹⁵, che fu il laboratorio di molte strategie successive.

Nel momento in cui Gheorghe e Florica cominciano la loro migrazione stagionale a Firenze, l'amministrazione cittadina ha ormai definito la sua priorità repressiva: la mendicizia in tutte le sue forme, considerata uno dei principali segni di "degrado". La modalità scelta per rimuoverla dal paesaggio urbano consiste nel rivolgere contro le persone che la praticano ogni strumento che l'ordinamento mette a disposizione, senza curarsi troppo della sua effettiva sostenibilità giuridica e soprattutto senza distinguere tra posizioni individuali. Una scelta in gran parte spiegabile con il fatto che in una lettura giuridica "ingenua" i mendicanti, che piacesse o no, sembravano essere in una posizione abbastanza solida. Tra il 1995 e il 1999 Corte costituzionale e legislatore avevano in due passaggi reso irrilevante la mendicizia degli adulti; un'irrilevanza che rimarrà sino al secondo dei due decreti sicurezza promossi da Matteo Salvini con l'*endorsement* di Giuseppe Conte¹⁶, che sostanzialmente reintroduce il reato di mendicizia "invasiva" depenalizzato nel 1999. Essendo poi buona parte dei mendicanti cittadini rumeni, e quindi dell'UE, il diritto dell'immigrazione non soccorreva a compensare l'arretramento di quello penale. Se non si poteva più punire, non si poteva più neanche espellere, o minacciare di farlo.

E qui il nostro sguardo e quello di Gheorghe e Florica iniziano inevitabilmente a divergere. Per un giurista, che ci sia o meno una "fattispecie di reato" non è cosa da poco. Ma per Gheorghe la distinzione reato/illecito amministrativo non è così netta, e il criptico

¹⁴ A. Tabucchi, *Gli Zingari e il Rinascimento. Vivere da Rom a Firenze*, Feltrinelli, 1999, ora nella nuova edizione per i tipi di Piagge, 2019, con prefazione di Salvatore Settis.

¹⁵ V. A. Simoni, *Lavavetri, rom, stato di diritto e altri fastidi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2007, pp. 85 ss. e F. Giunta, *Lavavetri e legalità*, *Idem*, pp. 81 ss.

¹⁶ V. per l'evoluzione dell'ordinamento in tema di mendicizia prima del decreto Salvini-Conte il mio A. Simoni, *La mendicizia, gli zingari e la cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe e problemi*, in *Polis. Ricerche e studi su società e politica in Italia*, 2000, pp. 371 ss. Per il panorama più recente v. G. Pailli, *Lo spazio urbano e la mendicizia*, cit.

foglio consegnato dalla polizia *municipala* non aiuta, specialmente se hai alle spalle solo qualche anno di scuola elementare ancora quando un altro Gheorghe, Gheorghe Gheorghiu-Dej, predecessore del *Conducător* Nicolae Ceaușescu, era al potere in Romania.

Nella relazione diseguale tra mendicanti come Gheorghe e Florica e le polizie di qualunque genere, locali o nazionali, il messaggio che passa attraverso i fogli con i “verbali di contestazione” è essenzialmente un messaggio di minaccia, che vuole evocare la possibilità di sanzioni più severe. Ovviamente questo è noto alle autorità cittadine, che non pensano certo a questi verbali come a un mezzo per rimpinguare le casse comunali, scopo come noto invece non secondario dei verbali per violazione del codice della strada elevati verso cittadini mainstream, titolari di beni sui quali in un modo o nell’altro ci si può rivalere. I verbali per violazione del regolamento di polizia urbana sono invece un altro *genus*, e l’idea che vi è dietro la loro consegna è quella della *deterrenza psicologica*, secondo una scuola di pensiero, che potremmo definire quella degli effetti “sperati e voluti”, già esplicitata in occasione delle ordinanze sui lavavetri del 2007¹⁷. Una deterrenza che è perseguita pervicacemente con una tecnica molto semplice, ossia contestare a ogni possibile occasione supposte violazioni, utilizzando disposizioni che fanno riferimento al “fastidio” o a simili concetti “gommosi”. Gheorghe, Florica e le altre persone nelle stesse condizioni rapidamente si trovano con un ammontare complessivo di sanzioni pecuniarie a loro carico ragguardevole, e certamente al di là delle loro possibilità.

Sino a questo punto, si potrebbe obiettare, siamo comunque nella perfetta legalità, e ovviamente la mia personale convinzione che nella mendicizia dei due anziani signori rumeni non vi fosse niente di “fastidioso” o “invasivo” non vale di più del convincimento di un qualunque agente di polizia municipale. Questa tensione tra due opposte visioni circa la liceità di un comportamento che un’authority pubblica vuole sanzionare sarebbe, va da sé, fisiologicamente destinata a essere risolta con una delle infinite microrepliche dell’idea di fondo di “stato di diritto”. Un’idea che l’amministrazione cittadina assolutamente non rinnega. Anzi, è molto attenta a sottolineare che l’azione di lotta al degrado è un’azione volta al recupero della “legalità”. Il verbale prevede d’altronde la possibilità di produrre “scritti difensivi” entro trenta giorni, e se andasse male sarebbe comunque possibile, al momento della successiva emissione dell’ordinanza-ingiunzione di pagamento, andare di fronte a un giudice.

Certamente, per persone nella condizione di Gheorghe e Florica, un problema di accesso alla giustizia esiste anche per simili minute procedure, ma sembrerebbe qui risolto dal caso, visto il loro incontro con dei giuristi pronti ad assisterli pro bono. Con fiducia nella *rule of law* provvediamo quindi a farci rilasciare il necessario mandato, che abbiamo preparato addirittura in una versione bilingue, mandato/*mandatul*, e a sottoporre “scritti difensivi” con argomenti che ci sembravano di un certo spessore.

L’evoluzione successiva ci ha mostrato però come la *law in action* sia influenzata non solo da possibili differenze nell’interpretazione delle norme, ma anche da *strategie giuridiche*, dove le potenziali parti di un processo a volte mirano a «deprive the judge of

¹⁷ L’espressione “sperati e voluti” è tratta da una dichiarazione del Sindaco Leonardo Domenici. V. i riferimenti in A. Simoni, *Rom, stato di diritto e altri fastidi*, cit.

any say at all in the outcome of the case»¹⁸. Il comune di Firenze, infatti, non ha mai risposto a nessuno degli scritti difensivi sottoposti, né tanto meno dato seguito con un'ingiunzione di pagamento al procedimento sanzionatorio. Una situazione solo apparentemente soddisfacente in quanto, per un orientamento giurisprudenziale consolidato, a differenza delle sanzioni della circolazione stradale non è possibile fare ricorso presso un giudice contro il verbale di accertamento, ma solo contro l'ingiunzione di pagamento quando questa sia emessa. La *legal strategy* del "muro di gomma" lascia quindi la spada di Damocle della riscossione pendente sino al decorrere della prescrizione quinquennale, e più in generale blocca ogni verifica giurisdizionale, anche indiretta, sulla legittimità delle sanzioni per i comportamenti considerati "fastidiosi".

Nella loro prospettiva esperienziale di *stat de drept* in versione *Florența*, Gheorghe e Florica hanno quindi potuto verificare una peculiare doppia velocità, dove alla sollecitudine nel contestare le supposte violazioni faceva da contraltare l'immobilismo di fronte agli "scritti difensivi"¹⁹. In un paio di occasioni chiesero con tono incuriosito se la polizia *municipala* avesse risposto ai nostri *scrisori*, e poi con molto buon senso si dedicarono ad altro. I loro difensori gli erano grati per avergli fatto scoprire un vuoto di tutela dell'ordinamento che dovrebbe interessare anche a chi non è un mendicante rumeno, ma la battaglia a quel punto sarebbe potuta proseguire unicamente attraverso i vari livelli di giurisdizione italiani, senza portar loro alcun beneficio pratico neanche remoto.

Successivamente, le energie dedicate dal comune di Firenze alla repressione della mendicizia hanno permesso a Gheorghe e Florica, insieme al sottoscritto e a Giacomo Pailli, di osservare un altro esempio di "strategia giuridica evasiva" messa in atto dalle autorità cittadine, questa volta con riferimento alla tutela della *privacy*. I nostri due amici rumeni in questo caso non avevano subito alcuna materiale vessazione, ma con il loro *mandatul* ci avevano reso il favore accettando di partecipare a un piccolo esperimento di *cause lawyering*.

La vicenda è peculiare. In un'intervista a un quotidiano molto diffuso i vertici dell'amministrazione cittadina affermavano di aver predisposto un data base dei mendicanti, contenente una serie di informazioni (tra cui le patologie) a tutti note come supertutelate in quanto "sensibili". Se si prendevano alla lettera le parole messe in bocca agli amministratori dal giornalista, si trattava senza dubbio di un'attività illecita. Da lì il nostro *test case*. I nostri due amici non potevano a logica essere rimasti fuori da questa ipotetica "schedatura", e comunque qualche loro dato (non fosse altro per la quantità di verbali di contestazione ricevuti) doveva inevitabilmente essere in possesso dell'amministrazione. Di conseguenza, sulla base di un altro mandato/*mandatul*, decidiamo di inviare all'amministrazione una semplicissima richiesta di accesso sulla base della legge sulla *privacy*, dove la si invitava a comunicare entro trenta giorni quali erano i dati in suo possesso circa Gheorghe e Florica. Un'attività che avrebbe richiesto agli amministratori un breve accesso ai sistemi informatici e la preparazione di una lettera allo studio legale scrivente, e questione chiusa.

¹⁸ Una *theory of legal strategy* era stata articolata in uno stimolante articolo dello stesso autore che lanciò negli USA il filone della *gypsy law*. V. L.M. LoPucki, W.O. Weyrauch, *A Theory of Legal Strategy*, in *Duke Law Journal*, 49 (2000), pp. 1405 ss. (la frase citata è a p. 1443).

¹⁹ Per i passaggi della vicenda v. A. Simoni, G. Pailli, *Begging for Due Process*, cit.

L'amministrazione ha invece, con nostro stupore, scelto anche qui il "muro di gomma". Il comune non ha infatti mai risposto alla richiesta di accesso, e ha preferito avviare con noi una battaglia ancora in corso ad anni di distanza. Gheorghe e Florica si trovavano ora a parti invertite rispetto alla loro vita ordinaria, attori in un giudizio presso il tribunale di Firenze ai sensi della legge sulla *privacy*, del quale informiamo anche l'autorità garante per i dati personali. Il comune sarebbe stato ancora in tempo a risparmiare le spese legali decidendosi a mandare questi benedetti dati e dimostrare che non esisteva alcuna "schedatura dei mendicanti". Preferisce invece resistere, con un costo non irrilevante per le casse cittadine, costringendoci a tutta la trafila del processo.

In prima istanza il nostro *test case* non ottiene l'effetto voluto, con un giudice che respinge le nostre liste di testimoni, in cui erano inevitabilmente finiti nomi che negli ultimi anni hanno assunto rilevanza nazionale, e rigetta la domanda, compensando le spese legali, che quindi sul lato del convenuto rimangono a carico del contribuente. Non è questa la sede per sviscerare gli argomenti di diritto processuale (lo saprebbe fare Giacomo Pailli, non certo io) che mettono in luce un giudice forse lievemente miope rispetto al problema di principio, anche volendo scontare qualche nostro errore di impostazione, visto che col senno di poi forse dovevamo lasciare il problema del data base sullo sfondo, e continuare nell'immediato in una finta ingenuità alla «Gheorghe vuole avere i suoi dati, della schedatura di altri non sa e non gli importa nulla». La difesa del comune ha potuto invece "svicolare" nelle sue repliche mantenendole sul piano «non abbiamo fatto schedature», invece di rispondere semplicemente alla richiesta circa l'esistenza o meno di dati sui due richiedenti, e poi lasciare ad altri valutare se questi erano lecitamente conservati.

Comunque, con il consenso dei nostri assistiti decidiamo di andare in Cassazione, visto che per i ricorsi in materia di *privacy* l'appello non è previsto. Ovviamente Gheorghe e Florica hanno capito benissimo che questa storia del *recursul în casație* era simpatica e un segno di affetto, ma che non portava certo cose utili nel breve periodo. È probabile d'altronde, anzi direi certo, che se ne siano dimenticati, visto che il fascicolo dorme da più di tre anni a Roma negli uffici di piazza Cavour.

Certamente, tutto questo a noi ha insegnato molto sui problemi dell'accesso alla giustizia dei marginali, e a Gheorghe e Florica ha confermato che quando provi ad andare contro la polizia *municipala* comunque sono grane e se ne cava poco, e che questa cosa dello *stat de drept* è un po' una fregatura. A noi verrebbe da spiegare che non sono le *legile italiene* sulla *privacy* il problema, ma la *law in action* e la "ragionevole durata del processo", concetto che mica è semplice da tradurre. Meglio lasciar perdere e ringraziare della loro pazienza.

Visto che si parla di *law in action*, chiudo questa sezione accennando a un altro aspetto che mi ha colpito, ossia il vedere che in queste vicende di *cause lawyering* ormai il *media coverage* conta tanto quanto i *lawyers*. Il nostro *test case* nasce, come ho detto, da una notizia di stampa, ma nell'immediato decidiamo di non girare ai media la notizia della nostra azione legale. Informiamo però formalmente della nostra richiesta e dell'azione in giudizio il garante della *privacy*, che non assume alcuna iniziativa per molti mesi. Un silenzio che cessa incredibilmente solo quando la notizia di quanto stavamo facendo esce su un quotidiano. A distanza di pochi giorni, il garante invia una richiesta di chiarimenti al comune, che risponderà anche qui in modo evasivo, giocando sull'ambiguità della distinzione data base/dati individuali. Effettivamente questo dimostrava una certa

inadeguatezza del nostro approccio esclusivamente giuridico, che guardava sino ad allora con un atteggiamento un filo snob alle “campagne mediatiche”. Campagne che invece sono uno strumento da sempre utilizzato nel mobilitare l’opinione pubblica contro i mendicanti, ingigantendo la loro presenza e i loro guadagni e così indirettamente orientando il *law enforcement* nei loro confronti²⁰. Una parte di un fenomeno più generale di interazione tra stampa e giustizia che proprio il padre della *law in action*, Roscoe Pound, aveva studiato insieme a Felix Frankfurter nel pionieristico *Criminal Justice in Cleveland*²¹; sono il numero e la gravità delle violazioni della legge “percepite” attraverso i media, non quelle reali, che influenzano il livello di severità dei sistemi repressivi. Un lavoro che sta per compiere un secolo, ma che nell’epoca dei populismi penali andrebbe tradotto in italiano.

3. *Audiatur et altera pars*.

La familiarizzazione di Gheorghe e Florica con la *law in action* italiana non si è però fermata alle “voci” civilistiche, perché l’ordinamento gli ha concesso anche la possibilità di approfondire la dimensione processualpenalistica. A voler essere precisi, più il “diritto dell’esecuzione penale” che il processo di cognizione. Sì, perché un *trial*, seppur nella versione italiana, insomma quella “cosa” in cui tu sei davanti a un giudice e un altro, che ha studiato più o meno come il giudice, dice che hai fatto questo e quello e un altro ancora, che anche lui dovrebbe aver studiato e che sta dalla tua parte, invece dice “no, non è così”, quella cosa lì in cui puoi dire la tua (“*audiatur et altera pars*”, a chi piace il latino) Gheorghe e Florica non l’hanno mai vista.

Non l’hanno mai vista in Italia, ma neanche in Romania, perché – che loro sappiano – nessuno li ha mai accusati di nulla né qui né là. Quindi non possono fare una comparazione italo-rumena. Però insomma una televisione ce l’hanno (in Romania) e cosa fa un giudice per giudicare l’hanno ben visto in qualche film, anche se magari americano. Sanno anche, sentendo di qualche conoscente che qualcosa di non bello pare aver fatto, che se il giudice è stato cattivo e puoi pagare un avvocato è possibile riprovare alla *Curte de Apel*, e addirittura – se proprio hai molti soldi – alla *Curte de Casație* a Bucarest. Probabilmente non sanno che quella di Bucarest è parente stretta della nostra, con un nome completo un filo anzi ancora più solenne. Non solo *Înalta Curte de Casație*, che sarebbe come la cugina “Suprema” di piazza Cavour a Roma, ma addirittura *de Casație și Justiție*, “di cassazione e giustizia”. A “risalire per li rami” poi si scoprono somiglianze di famiglia non da poco, come il fatto che l’unico esempio di precedente storico del nostro art. 111, che costituzionalizza il diritto al giudizio di cassazione, è nella costituzione rumena del 1938²². Durata poco, certo, ma se Gheorghe lo sapesse lo farebbe un pochino pesare. La data di istituzione (1909) del suo più risalente antenato²³ il CSM rumeno l’ha messa addirittura nel nome del sito ufficiale²⁴.

²⁰ V. l’interessante K. Segrave, *Begging in America 1850-1940. The Needy, the Frauds, the Charities and the Law*, McFarland & C., 2011.

²¹ R. Pound, F. Frankfurter, *Criminal Justice in Cleveland. Reports of the Cleveland Foundation Survey of the Administration of Criminal Justice in Cleveland, Ohio*, Cleveland Foundation, 1922.

²² Art. 75.3: *Dreptul de recurs in casare este de ordin constitutional.*

²³ Il *Consiliul superior al magistraturii*, istituito dal titolo XIII della *Lege pentru modificarea unor dispozițiuni din legile relative la organizarea judecătorească din 24 martie 1909*.

²⁴ www.csm1909.ro

Ma Gheorghe e Florica non vogliono studiare il diritto con colte digressioni storiche. A loro interessano gli effetti ultimi, la sanzione, o al limite i provvedimenti che degli effetti ultimi sono l'antefatto, l'avvisaglia.

Avvisaglia che arriva attraverso l'Arma dei Carabinieri, che con lodevole efficienza trova Gheorghe nonostante l'assenza di fissa dimora, per notificargli un atto che poi in fondo è un'opportunità, un favore che l'ordinamento offre in ossequio ai principi che conosciamo circa la funzione rieducativa della pena, il carcere come ultima ratio, ecc. Il documento dice che c'è una condanna a sei mesi di reclusione passata in giudicato, e gli prospetta alcune alternative al carcere, dandogli un mesetto per pensarci e scegliere cosa chiedere, nessuna fretta. Il giudicato si è formato d'altronde un anno e mezzo prima, e si sa che queste cose vanno lentamente.

Per un attimo la fiducia in Gheorghe ha – confesso – traballato. Una condanna a pena detentiva, esecutiva, a "sua insaputa"? Suona male, Gheorghe. Non è noto che in Italia alla fine in prigione è difficile andarci veramente perché i giudici sono buoni e di sinistra? Quindi, qualcosa di serio avrai fatto.

Ottenere il fascicolo relativo a un processo per un reato "minore" ormai chiuso non è semplice. Ma gli avvocati del nostro, forti dell'ennesimo mandato, a questo punto si erano incuriositi. Che l'assistito nella causa contro il comune di Firenze, apparentemente perfetto "soggetto vulnerabile" difeso in un *test case* su un problema di principio, fosse in realtà uno scaltro delinquente? Come principianti della *civil rights litigation* si iniziava male. Lezione 1: scegliere bene le parti da difendere quando si fa *cause lawyering*, in modo che non siano attaccabili da altri fronti. In fondo, anche la NAACP aveva preferito Rosa Parks a Claudette Colvin, un'altra ragazza afroamericana alla quale pure era stato chiesto mesi prima di cedere a un bianco il suo posto in autobus, perché non riteneva Claudette ideale per dare visibilità alla propria campagna²⁵.

Una volta emerso dagli archivi, il fascicolo riabilita ai nostri occhi Gheorghe, e al tempo stesso ci fa scoprire che anche Florica è nella stessa identica situazione, solo che è in Romania e la longa manus della Benemerita laggiù non arriva per la notifica a un "sfd" (senza fissa dimora).

Il faldone ci mette in mano un piccolo studio in vitro su come la macchina della "giustizia minore" possa diventare un tritacarne, sostanzialmente cieco rispetto ai destini individuali, in virtù di difetti e iniquità tanto evidenti da non lasciare altra alternativa che pensare che la sostanziale acquiescenza nella quale essa opera sia dovuta al disinteresse della maggior parte di avvocati e magistrati per i destini di chi vive ai margini della società. Mutatis mutandis, quanto avvenuto a Gheorghe e Florica non sembra mostrare un particolare progresso rispetto al 1916 quando il giovane Gramsci, «caduto per caso nell'aula di un tribunale», dopo aver assistito a una serie di "direttissime" pubblica nell'edizione torinese dell'*Avanti!* un articolo dal titolo «Pregiudicati», nel quale dichiara di non aver simpatia per gli scrittori alla Victor Hugo, ma ciò nonostante esprime la speranza che «uno di quei grandi retori, di quei feticisti del "popolo" inchiodasse alla gogna nel volume che corre fra le mani di tutti il tipo di questi barbassori del diritto, di questi irresponsabili che vengono assunti alla cattedra seguendo il pregiudizio che la collettività

²⁵ V. P. Hoose, *Claudette Colvin: Twice Toward Justice*, Kroupa Books, 2009.

possa davvero essere difesa da loro. Perché pensiamo che noi non possiamo subito dare una sanzione punitiva a tanta leggerezza. Perché vorremmo, ma sarebbe pretendere troppo, che la furia di popolo spazzasse via queste montagne di carta bollata, questi commedianti in toga, odiosi non meno dei melodrammatici inquisitori di felice memoria»²⁶.

Oggi i meccanismi sono solo lievemente più raffinati.

Il fascicolo emerso ci rivela l'instaurazione di un procedimento penale per violazione dell'articolo 633 c.p., invasione di terreni o edifici. In effetti, quattro anni prima la famiglia si era installata in un capannone in disuso. Di nessun interesse per la persona che lo aveva in comodato, ma non abbastanza distante dagli occhi degli abitanti della zona, che richiamano l'attenzione di chi di queste cose si occupa presso il reparto "antidegrado" della polizia municipale. Si tratta di un reato perseguibile solo a querela di parte, ma il comodatario si convince, nel dialogo con i funzionari, che – certo – è meglio tutelarsi. Le autorità preposte danno seguito, e provvedono allo sgombero (che gli atti ci dicono pacificamente accettato dagli occupanti), notificando la denuncia per il reato e contestualmente chiedendo a Gheorghe, Florica e agli altri nove soggiornanti di eleggere domicilio presso un difensore di fiducia. Se non hanno il nome di un avvocato (come era ovvio) nessun problema. Esiste un sistema che un difensore d'ufficio te lo individua all'impronta, pescandolo da apposita lista. Per ognuno degli occupanti un iscritto all'albo quindi viene regolarmente assegnato dal sistema. La forma è salva.

Trascorso il tempo che deve trascorrere, l'udienza arriva nel modernissimo palazzo di giustizia adiacente al nostro dipartimento. Si tratta certo di quei procedimenti oggi considerati, come scriveva Giuseppe Battarino commentando il pezzo di Gramsci appena citato, "giustizia minore", "casi semplici" per i quali le risorse vanno risparmiate. La *machinery of justice* italiana non si presenta quindi all'udienza con la sua guardia imperiale. Onorario il pubblico ministero, onorario il giudice. Però come parità delle armi il colpo d'occhio non doveva essere male, undici avvocati, dei quali però nessuno aveva mai visto o sentito gli assistiti.

Un sussulto di *due process*, a onor del vero, l'avvocato di Florica lì per lì ce l'ha, chiedendo se le parti conoscono l'italiano. La risposta del funzionario di polizia municipale chiamato a deporre è assolutamente affermativa, e soddisfa la corte. Non avranno il data base, ma certo buona memoria. Citandone il cognome, l'ispettore dell'antidegrado ricorda che sono «i musicisti» e «l'italiano lo sanno bene». In realtà almeno per quanto riguarda Gheorghe le sue conoscenze dell'italiano sono ridottissime, e ogni dialogo anche semplice con noi si è dovuto svolgere con l'assistenza di qualcuno che parlasse rumeno. Ma evidentemente nella *law in action* della "giustizia minore" le conoscenze linguistiche sono valutate "a pacchetto", per nucleo familiare sulla base di dichiarazioni di terzi.

L'esito del processo è una condanna per tutti a sei mesi di reclusione, e sappiamo che qui le porte del carcere nella *law in action* non si dovrebbero di norma aprire, ma il passato di Gheorghe e Florica effettivamente un altro attacco alla società lo nasconde. Un singolo precedente uno, dice il sistema informativo del casellario, ma non da poco. Una tenda piantata dieci (10) anni fa in un campo incolto di un comune a sud di Firenze, lo

²⁶ L'articolo è leggibile in G. Battarino, *Una lezione (attuale) di Gramsci sugli affari penali semplici*, in *Questione Giustizia* 2/2014 (ora nuovamente pubblicato in *Questione Giustizia online*, 27 aprile 2018).

stesso dove abitavo io. Pure lì rapido sgombero, processo in assenza, ma “attenuanti prevalenti su aggravanti” e settanta euro di multa. Ma tanto basta per essere di fronte a una “recidiva specifica infraquinquennale”. Al raggiungimento dei cinque anni non mancava poi molto, ma con il metodo usato nel calcolo di queste cose (dalla condanna, non dal fatto, che con i tempi della giustizia non sono proprio noccioline), non ci si arrivava e questo (almeno per il giudice onorario) escludeva l’applicazione della condizionale.

Di tutto questo arrabattarsi della giustizia italiana sui casi loro Gheorghe e Florica nulla sapevano. Non hanno neanche capito che il loro *day in court* l’ordinamento lo avrebbe garantito. Ma perché non vi è stato, e la condanna è diventata definitiva? Ribellione all’ordinamento? Evidenza della loro appartenenza a una «Gente vagabonda in lotta con le leggi»²⁷? Banale convinzione di farla franca? Per avere la risposta in questo caso basta ribaltare la prospettiva, praticando non “empatia emotiva”, da alcuni giustamente criticata²⁸ come base di decisioni in tema di diritti, ma una minima “empatia cognitiva”, ossia comprendere come la realtà si pone agli occhi dell’altro.

Ho sfiorato la questione delle barriere linguistiche, ma il problema è ancora più concreto, se si riflette circa le forme che prende in casi come questi quella che viene chiamata “instaurazione del contraddittorio”. Tutto si gioca sulla comprensione di un foglio fitto di termini giuridici o comunque complessi in una lingua straniera messo in mano durante uno sgombero a una persona sostanzialmente analfabeta. Un foglio il cui aspetto non ha nulla che lo distingua da un qualunque verbale di violazione amministrativa, e che è consegnato a chi immediatamente dopo dovrà trovare un altro riparo per la notte e risolvere le mille incombenze della vita di un marginale urbano. Vedremo quali effetti finali ha prodotto questa barriera comunicativa iniziale, in termini di sottoutilizzazione delle tutele che l’ordinamento, la *law in books*, concretamente avrebbe offerto, visto che non siamo più ai tempi di Gramsci. Una sottoutilizzazione che, va notato, plausibilmente non si sarebbe verificata se le persone coinvolte avessero avuto un’effettiva precedente familiarità con la giustizia penale, se avessero commesso insomma “altri reati” (vedremo oltre il perché delle virgolette), e quindi fossero state in contatto stabile con un avvocato di riferimento come la maggior parte dei “delinquenti veri”.

4. Certezza della pena.

Per l’ultimo capitolo della storia di Gheorghe e Florica ho scelto un termine che in senso stretto – come sappiamo – non fa parte del lessico tecnico-giuridico, ma che negli ultimi anni ha grande successo nel linguaggio della politica. Generalmente è utilizzato affermandone l’assenza o debolezza in Italia, ma senza articolarne precisamente il contenuto, ed è diventato uno dei cavalli di battaglia dialettici del populismo.

Che contenuto si potrebbe dare alla locuzione “certezza della pena” per costruire il glossarietto di Gheorghe e Florica? Senza timore di approssimazione, credo di interpretare correttamente il pensiero dominante nelle populiste menti proponendo «Sicurezza che chi

²⁷ Era il titolo di un libro del 1914 sugli zingari il cui contenuto è analizzato in A. Simoni, *I giuristi e il «problema di una gente vagabonda»: considerazioni intorno a un libro di inizio '900 nato da un incontro con i Rom meridionali*, in S. Pontrandolfo e L. Piasere (a cura di), *Italia Romani III*, CISU, 2002, pp. 265 ss.

²⁸ P. Bloom, *Against Empathy. The Case for Rational Compassion*, 2016 (tr. it. *Contro l’empatia. Una difesa della razionalità*, Liberilibri, 2019).

ha commesso un reato sconti sempre e comunque la pena carceraria prevista nel codice, senza che questa venga ridotta per effetto di altre norme di qualsiasi genere, anche collegate a cosiddette garanzie processuali». Si tratta di una locuzione che delinea una giustizia penale in verità inesistente anche nei paesi considerati modelli di *harsh justice*²⁹, semplicemente perché insostenibile, ma che ha una carica simbolica molto potente.

Nella limitatissima prospettiva di Gheorghe e Florica, la “certezza della pena” in questi termini invece è una calzante descrizione empirica del *sistemul penal italian*, e anzi tutto sommato si può pensare che gli è andata bene, perché uno dei decreti sicurezza di Salvini e Conte ha elevato la pena edittale per l’invasione di terreni ed edifici, e qualche anno dopo i sei mesi potevano quindi diventare anche di più³⁰. Se non era per il casuale incontro con il sottoscritto – avvenuto ormai alle “porte con i sassi” come si dice a Firenze – il fluire della giustizia penale contro la coppia ultrasessantenne poteva riflettere il libro dei sogni del ministro Bonafede, e non essere bloccato neanche per pochi mesi da inutili arzigogoli.

L’arzigogolo di più immediato uso sarebbe stato ovviamente un bel ricorso in appello, seguito da – sprechiamoci – uno in Cassazione se andava male pure lì. Visto che gli ermellini custodivano il faldone della *privacy* da anni, si poteva sperare che come inconsapevole indennizzo si tenessero a frolare anche il fascicolo penale, così da raggiungere l’abborrito termine di prescrizione. D’altronde, come si dice in un’altra espressione del vernacolo fiorentino, «poggio e buca fa pari». Non tutti i ritardi della giustizia vengono per nuocere.

A leggere le carte, questo dovrebbe essere l’esito della vicenda per la maggior parte degli altri membri della famiglia e dei conoscenti che dormivano nello stesso capannone, i cui avvocati non hanno pure loro mai avuto contatti con gli assistiti, ma hanno comunque depositato dei ricorsi in appello con argomenti difensivi ben articolati. Mi dicono – ma non so se sia vero – che spesso queste cose vengono affidate a fini formativi a praticanti, che quindi ci mettono impegno.

Gheorghe e Florica però sembrano essere stati sfortunati. Rintraccio i loro due avvocati per capire cosa sia avvenuto. Il problema non sembra essere stato la mancanza di praticanti. In un caso il professionista, mostrando (o simulando con buona efficacia scenica) una sorpresa costernazione, confessa che proprio non si ricorda chi se ne dovesse occupare all’interno dello studio, e che quindi si effettivamente se lo erano proprio dimenticato. Nell’altro caso invece il “collega” non sembra essere stato roso da dubbi. Non so se lo posso dire, ma me ne assumo la responsabilità. L’avvocato al telefono mi spiega che «la pena gli sembrava congrua» e che d’altronde «sono rumeni, e commettono altri reati». Ergo, niente appello in tutti e due i casi, e le sentenze erano passate in giudicato.

Assunta la difesa di tutti e due, dal punto di vista tecnico quello che vi era da fare era decisamente nei limiti delle capacità anche di un non-penalista come il sottoscritto, con l’aiuto di qualche consiglio di persone competenti. Nell’immediato, nulla di più che chiedere entro il termine una misura alternativa. Ma per l’affidamento in prova occorre un

²⁹ È il titolo dell’illuminante libro di J.Q. Whitman, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford University Press, 2003.

³⁰ D.l. 4 ottobre 2018 n. 113, conv. con modif. dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132, art. 30, c. 1.

domicilio, e per la detenzione domiciliare lo dice la parola stessa... Inevitabilmente predisporre le richieste dava un senso di amara vertigine, vista la realtà delle vicende e delle vite che andavano riassunte all'Illustrissimo Tribunale di Sorveglianza. Le vite di due persone i cui certificati di "ricerca ristretto" emessi dal DAP attestano che "a far data dal 1990, non è mai stato detenuto", e che sarebbero state però "ristrette" in carcere per aver dormito in un capannone in disuso.

Sarebbe ingiusto attribuire al personale del tribunale di sorveglianza ulteriore accanimento rispetto a quello già generato dal sistema. È giusto invece ricordare che un funzionario della segreteria si prodigò oltre i propri doveri d'ufficio, e che mi vennero informalmente prospettate tutte le soluzioni astrattamente possibili. Ma il quadro di fondo della *law in action* (ma anche *in books* in questo caso), una volta che la pena è esecutiva è quello che è. Il fatto che chi non disponga di domicilio debba andare in carcere anche se la condanna permetterebbe una misura alternativa, in una sorta di supplemento di pena per la "colpa" della povertà, è pacificamente accettato.

All'udienza della sorveglianza, il giudice fu cortesissimo, ascoltò senza interrompere per trenta secondi la narrazione degli antefatti che spiegavano perché eravamo lì, prima di ricordarmi quello che già sapevo, ossia che tutto ciò non era, purtroppo, rilevante in quella sede.

Mi colpì il modo in cui il pubblico ministero esalò un «Contrario!», con il quale riteneva assolto il *boulot* della giornata. D'altronde oggettivamente la fila di avvocati che premeva per il proprio turno era lunga, come da foglio manoscritto appeso alla porta con lo scotch. Probabilmente, come il pubblico ministero dell'articolo di Gramsci, anche per questo «Il suo dovere, secondo lui, è di condannare sempre», e d'altronde la formulazione lapidaria gli poteva essere perdonata, visto che in questo caso, tecnicamente, la condanna vi era già stata, e si discuteva "solo" se andare in carcere. Non inaspettatamente, la richiesta di misure alternative di Gheorghe viene rigettata, mentre quella di Florica invece (anche se identica, *copy-paste*, misteri degli uffici...) viene addirittura dichiarata irricevibile per mancata indicazione di un domicilio idoneo.

Alla fine, la polizia municipale ha vinto, e la rimozione di Gheorghe e Florica è avvenuta in ossequio a una "legalità" che a qualunque osservatore apparirà caricaturale, ma a molti basta per considerare le regole rispettate. Dove sono ora Gheorghe e Florica? Non vi è stata occasione di saluti, né comprensibilmente si sentono obbligati a informarmi circa i loro *whereabouts*. Mi sembra inevitabile pensarli in Romania, dopo aver cancellato l'Italia dal proprio futuro. Stanno "fuggendo dalla giustizia", come direbbero i corifei della "certezza della pena"? Lascio cadere l'interrogativo, e concludo con questo passo del Macbeth, che sembra scritto apposta per loro:

*«Questa freccia mortale ora scoccata ancora non s'è scaricata a terra,
e la via più sicura per noi due è di scansarci dalla sua gittata.
Perciò a cavallo! E senza preoccuparci dei soliti congedi. Via, furtivi:
non c'è furto nell'involar se stessi quando non c'è garanzia di pietà»³¹.*

³¹ Macbeth, III.II: «*This murderous shaft that's shot
Hath not yet lighted; and our safest way
Is to avoid the aim. Therefore, to horse,*

Bibliografia.

G. Battarino, *Una lezione (attuale) di Gramsci sugli affari penali semplici*, in *Questione Giustizia* 2/2014 (ora in *Questione Giustizia online*, 27 aprile 2018).

P. Bloom, *Against Empathy. The Case for Rational Compassion*, 2016 (tr.it. *Contro l'empatia. Una difesa della razionalità*, Liberilibri, 2019).

G. Giuliani (a cura di), *Il colore della nazione*, Mondadori-Le Monnier, 2015.

F. Giunta, *Lavavetri e legalità*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2007, pp. 81 ss.

E. Grande, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Edizioni Gruppo Abele, 2017.

J.L. Halperin, *Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change*, in *Maine Law Review*, 64 (2011), pp. 45 ss.

M. Hayes, *Access to Justice*, in *Studies. An Irish Quarterly Review*, vol. 99 (no. 393), 2010, pp. 29 ss.

P. Hoose, *Claudette Colvin: Twice Toward Justice*, Kroupa Books, 2009.

L.M. LoPucki, W.O. Weyrauch, *A Theory of Legal Strategy*, in *Duke Law Journal*, 49 (2000), pp. 1405 ss.

G. Pailli, *Lo spazio urbano e la mendicizia*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Angeli, 2020, pp. 505 ss.

L. Piasere (a cura di), *Comunità girovaghe, comunità zingare*, Liguori, 1995.

R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 12 (1910), pp. 44 ss.

R. Pound, F. Frankfurter, *Criminal Justice in Cleveland. Reports of the Cleveland Foundation Survey of the Administration of Criminal Justice in Cleveland, Ohio*, Cleveland Foundation, 1922.

F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Laterza, 2010.

*And let us not be dainty of leave-taking
But shift away. There's warrant in that theft
Which steals itself when there's no mercy left».*

Ho scelto, perché mi sembrava particolarmente adeguata al contesto di questo scritto, la traduzione di Goffredo Raponi, liberamente accessibile in rete (www.liberliber.it). Sulla peculiarità e lo stile di questo traduttore di Shakespeare, che ha messo a disposizione di tutti il frutto del suo lavoro, v. D. Artico, *William Shakespeare nelle traduzioni italiane di Goffredo Raponi*, in *Romanica Wratislaviensia*, 2008, 55, pp. 99 ss.

K. Segrave, *Begging in America 1850-1940. The Needy, the Frauds, the Charities and the Law*, McFarland & C., 2011.

A. Simoni, *Il giurista e gli zingari: lezioni dalla common law*, in *Politica del diritto*, 1999, pp. 629 ss.

Id., *La mendicizia, gli zingari e la cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe e problemi*, in *Polis. Ricerche e studi su società e politica in Italia*, 2000, pp. 371 ss.

Id., *I giuristi e il «problema di una gente vagabonda»: considerazioni intorno a un libro di inizio '900 nato da un incontro con i Rom meridionali*, in S. Pontrandolfo e L. Piasere (a cura di), *Italia Romani III*, CISU, 2002, p. 265 ss.

Id., *Lavavetri, rom, stato di diritto e altri fastidi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2007, pp. 85 ss.

Id., *Biking while black. Riflessioni a partire dalle recenti circolari del prefetto di Firenze*, in *Questione Giustizia online*, 30 novembre 2018.

Id., *Rom, antiziganismo e cultura giuridica*, CISU, 2019.

Id., *Dimenticare i rom? Riflessioni su cultura giuridica e antiziganismo in venti anni che non hanno lasciato il segno*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Angeli, 2020, pp. 729 ss.

A. Simoni, G. Pailli, *Begging for Due Process: Defending the Rights of Urban Outcasts in an Italian Town*, in *Seattle Law Review*, 39 (2016), pp. 1303 ss.

A. Tabucchi, *Gli Zingari e il Rinascimento. Vivere da Rom a Firenze*, Feltrinelli, 1999 (ora Piagge, 2019, con prefazione di Salvatore Settis).

K. Thomas, G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, 2005.

S. Tosi Cambini, *Da un villaggio del sud della Romania a una città del centro Italia. Alcuni elementi di riflessione intorno al tempo, allo spazio e al senso nella migrazione di una rete di famiglie di rudari*, in S. Pontrandolfo, L. Piasere (a cura di), *Italia Romani*, vol. 6, *Le migrazioni dei rom romeni in Italia*, CISU, 2016, pp. 159 ss.

W. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the Gypsies*, in *Yale Law Journal*, 103 (1993), pp. 323 ss.

J.Q. Whitman, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford University Press, 2003.

Riflessione

— Quando la verità ha un prezzo

Le minacce rivolte ai giornalisti impegnati nelle inchieste su corruzione, fatti di mafia e criminalità economica. Il panorama internazionale e quello italiano alla luce di due recenti pubblicazioni

When the truth has a price

The threats against journalists who investigate on corruption, mafia and economic crime. The international and the Italian panorama in the light of two recent publications

di Susanna Arcieri

1. Fare il giornalista investigativo non è facile, specie quando, per lavoro e per passione, si decide di avventurarsi nei terreni più fangosi e di illuminare gli angoli più bui dei diversi sistemi sociali e politici. Parlare di mafia, corruzione, reati finanziari e crimine organizzato ha un costo, spesso altissimo, per i professionisti dell'informazione, un costo che, spesso, è direttamente proporzionale a quanto la singola notizia risulti "sgradita" ai colossi dell'economia o alle grandi organizzazioni criminali coinvolte nell'inchiesta.

È quanto emerge dal recente sondaggio internazionale condotto dal centro di studi britannico *Foreign Policy Centre* (FPC)¹, finalizzato proprio a fare luce sulla portata dei rischi corsi e delle minacce subite dai giornalisti investigativi di tutto il mondo, per il fatto aver diffuso notizie riguardanti i grandi fenomeni di corruzione e criminalità economica che interessano i diversi paesi.

Al sondaggio hanno preso parte 63 giornalisti specializzati in materia economico-finanziaria, provenienti da 41 paesi e le cui testimonianze – rese tra l'inizio di settembre e

¹ Per maggiori informazioni, si consulti il [sito istituzionale](#) di FPC.

la metà di ottobre scorsi – sono state raccolte all'interno del *report "Unsafe for Scrutiny"*, pubblicato da FPC all'inizio di novembre 2020².

Oltre i due terzi dei giornalisti coinvolti (il 71%) ha affermato di aver subito almeno un episodio di minaccia o intimidazione in relazione alle indagini svolte su fatti di corruzione e criminalità finanziaria. Spesso di è trattato di aggressioni verbali, rivolte direttamente al giornalista durante un confronto faccia a faccia (l'81% di coloro che hanno dichiarato di aver subito minacce hanno riportato almeno un episodio di questo genere), o avanzate sulle piattaforme *social* (ne hanno fatto esperienza il 79% delle vittime) o ancora tramite lettera scritta (nel 70% dei casi). Azioni civili, lettere di diffida, campagne diffamatorie e richieste di chiarimento da parte della autorità sono state sperimentate da oltre la metà di costoro. Nella maggior parte dei casi, secondo quanto riferito dai partecipanti al sondaggio, le intimidazioni provenivano dalle grandi imprese (71%), da gruppi di criminalità organizzata e dalle stesse istituzioni governative del proprio paese (51%).

Un terzo dei professionisti vittime di minaccia (il 33%) ha inoltre affermato di aver ricevuto almeno una denuncia penale per il delitto di diffamazione.

Nel 35% dei casi le predette iniziative avrebbero avuto un impatto psicologico significativo sui giornalisti coinvolti, specie nel caso delle minacce riguardanti future azioni legali nei loro confronti. Proprio le iniziative di carattere legale, hanno spiegato gli intervistati, rappresentano il tipo di condotta ritorsiva che più di ogni altra rende difficile la prosecuzione dell'attività giornalistica. Inoltre, esse risultano particolarmente insidiose, dal momento che, il più delle volte, avvengono in segreto: «di solito vengono formulate a mezzo di lettere inviate da avvocati e contrassegnate come "private e riservate" e, se riescono a raggiungere il loro scopo, il pubblico non lo verrà mai a sapere»³.

Non a caso, oltre la metà dei giornalisti (il 56%) ha dichiarato a FPC di aver assunto un atteggiamento tendenzialmente più cauto, nell'ambito della propria attività di inchiesta, a seguito delle minacce subite.

Quanto agli obiettivi perseguiti dagli autori delle intimidazioni, lo scopo principale delle minacce sarebbe stato, secondo la maggioranza degli intervistati (il 67%), quello di scoraggiarli dal proseguire nella propria attività investigativa; secondo altri, invece, l'intento sarebbe stato quello di compromettere la reputazione professionale del singolo professionista (20%) ovvero di distorcere i risultati di una specifica inchiesta (13%).

Secondo FPC, la portata del fenomeno appare particolarmente drammatica nel Regno Unito, nel quale è stato registrato un numero di iniziative ritorsive, a danno dei giornalisti britannici, quasi pari a quello che ha interessato, nello stesso periodo, l'intera Europa e gli Stati Uniti messi insieme. A tal proposito, non pare casuale la circostanza che, molto spesso, la notizia o l'indagine che ha dato luogo alla minaccia abbia rivelato

² Si veda S. Coughtrie (a cura di), *Unsafe for Scrutiny: Examining the pressures faced by journalists uncovering financial crime and corruption around the world*, The Foreign Policy Centre, novembre 2020.

³ Cfr. p. 12: «Usually they are communicated through letters from lawyers marked 'private and confidential' and, if successful in achieving their aim, the public will never know».

l'esistenza di un collegamento, diretto o indiretto, tra la condotta illecita denunciata dal giornalista e l'attività degli organismi giurisdizionali e finanziari britannici (così ha dichiarato il 61% degli intervistati).

Quale diretta conseguenza di tutto ciò, si legge ancora nel rapporto, sono pochissimi i professionisti che si sentono completamente al sicuro nel portare avanti la propria attività investigativa (solo il 6% degli intervistati). Tale, infatti, è il timore di subire ritorsioni, che, a fronte dei primi episodi di pressione o di minacce la maggior parte dei giornalisti (il 70%) ha ritenuto opportuno tornare sui propri passi, prendendo le distanze dalle notizie che essi stessi avevano pubblicato e ricorrendo a forme più o meno radicali di auto-censura. Una tendenza, questa, che molti professionisti hanno avuto modo di riscontrare anche nel comportamento dei propri colleghi (il 69% degli intervistati, infatti, ha notato un progressivo incremento delle condotte di auto-censura da parte di altri giornalisti, spaventati dalle minacce ricevute o dai rischi connessi alla pubblicazione dei risultati delle proprie inchieste).

2. E per quanto riguarda l'Italia?

Con riferimento ai rischi che i giornalisti del nostro paese – e, più in generale, tutti coloro che operano nel mondo dell'informazione, come i *blogger* e i fotoreporter – costantemente corrono a causa della propria attività di indagine e di divulgazione, una preziosa fonte di informazioni è rappresentata dai documenti predisposti dall'Osservatorio Su Informazioni Giornalistiche E Notizie Oscurate ("Ossigeno")⁴, che dal 2008 documenta e analizza, con le proprie frequenti pubblicazioni, «il crescendo di intimidazioni e minacce nei confronti dei giornalisti italiani, in particolare contro i cronisti impegnati in prima linea nelle regioni del Mezzogiorno, nella raccolta e diffusione delle informazioni di pubblico interesse più scomode e, in particolare, nella ricerca delle verità più nascoste in materia di criminalità organizzata»⁵.

In particolare, secondo i dati diffusi da Ossigeno in un recente *dossier*, intitolato "*Molta mafia, poche notizie*"⁶, realizzato con il sostegno della Commissione Europea, su incarico del Centro Europeo per la libertà di Stampa e dei Media di Lipsia (ECPMF), la situazione dei giornalisti investigativi italiani sarebbe addirittura più critica di quella in cui versano i colleghi degli altri Stati, compreso lo stesso Regno Unito, indicato – come detto – da FPC come il paese nel quale l'attività giornalistica appare foriera di maggiori rischi di ritorsione.

Infatti, secondo quanto riferito dal 40% dei 25 professionisti intervistati dall'Osservatorio nel *dossier* (non solo giornalisti, ma anche magistrati, parlamentari e rappresentanti del governo) la portata delle minacce e delle pressioni ai danni dei

⁴ Si consulti, per ulteriori dettagli, [il sito internet dell'Osservatorio](#).

⁵ Cfr. la sezione "[chi siamo](#)" del sito di Ossigeno.

⁶ Ossigeno per l'informazione, *Molta mafia, poche notizie. L'influenza della criminalità organizzata e della corruzione sulla cronaca e sui giornali. Il sistema di protezione dei giornalisti minacciati. Rapporto sulla missione di accertamento dei fatti svolta a dicembre 2018 in Italia*, 2018.

giornalisti italiani parrebbe più estesa che altrove: in questo senso, anzi, proprio i sistemi anglosassoni sono stati indicati tra gli esempi più virtuosi, per quanto riguarda la disponibilità e l'efficacia di misure poste a tutela dei professionisti dell'informazione. «In quei paesi [...] se un giornale rivela uno scandalo, può provocare le dimissioni di personaggi potenti. Ciò in Italia non avviene. Da noi la politica si può addirittura permettere senza problemi di attaccare i media per screditarli», ha infatti dichiarato uno dei partecipanti al sondaggio⁷.

D'altra parte, sottolinea l'Osservatorio, almeno una quota parte della responsabilità per questi fenomeni sarebbe riconducibile all'atteggiamento mostrato sia dai singoli editori delle testate, sia dai relativi direttori responsabili, sia anche degli stessi cronisti vittime degli attacchi.

Per quanto riguarda il primo aspetto – si legge nel *dossier* – agli editori viene rimproverata in particolar modo la scelta (stigmatizzata dal 67% dei giornalisti intervistati) di avere ridotto negli anni – a partire dagli anni '90 – la “copertura” riguardante i fatti di mafia, adducendo, come motivazione, il presunto mancato interesse da parte dei lettori per questo genere di argomenti. In questo senso, infatti, alcuni editori hanno fatto propria nel tempo la convinzione per cui «i lettori sarebbero interessati ad apprendere soltanto le più clamorose: fatti di sangue, sentenze eclatanti, operazioni di polizia con centinaia di arresti»⁸ (convinzione che, però, come hanno sottolineato alcuni degli intervistati, non è stata mai suffragata da alcuna prova)⁹.

Con riferimento poi alle responsabilità dei direttori dei giornali, i dati raccolti dall'Osservatorio hanno mostrato che non sono solo gli editori a porre un veto, quando si tratta di pubblicare notizie su fenomeni connessi alle mafie. Anche i direttori responsabili delle testate, infatti «dicono dei “no” a giornalisti della loro redazione e a collaboratori esterni che propongono di pubblicare inchieste o articoli di approfondimento sui fatti di mafia»¹⁰. Alla domanda su quali siano le principali giustificazioni addotte per i rifiuti, il 40% degli intervistati ha indicato il presunto scarso interesse pubblico della notizia proposta per la pubblicazione, mentre secondo il 31% dei professionisti la ragione del rifiuto risiederebbe nella connivenza fra l'editore e ambienti mafiosi; infine, il restante 19% ha ritenuto che la principale causa della mancata pubblicazione risiederebbe nella paura, in capo al direttore della testata, di subire egli stesso intimidazioni, minacce, abusi e ritorsioni da parte dei soggetti riguardati dalla notizia.

Infine, come anticipato, secondo alcuni intervistati anche gli stessi giornalisti sarebbero almeno in parte responsabili degli attacchi di cui sono vittima. Alcuni professionisti, si legge infatti nel *dossier*, non possiedono il livello di preparazione che la materia trattata richiederebbe: «spesso l'informazione è approssimativa e sommaria. A

⁷ V. p. 19 del *dossier*.

⁸ V. p. 13 del *dossier*.

⁹ Ad esempio, si è espresso in questi termini il Procuratore nazionale Antimafia, Federico Cafiero De Raho, il quale ha dichiarato all'Osservatorio: « Non riesco proprio a capire – ha detto – su quale monitoraggio, su quale tipo di statistica o altra rilevazione seria si sia fondata questa scelta. È vero proprio il contrario: la conoscenza delle mafie consente di contrastarle meglio»; . v. p. 14 del *dossier*.

¹⁰ V. p. 15 del *dossier*.

volte i giornali fanno passare per fenomeni corruttivi fatti che con la corruzione non hanno nulla a che vedere. In questo modo si fa un'informazione poco corretta. La scarsa competenza professionale è ormai una costante. C'è molta approssimazione nei "pezzi giornalistici"¹¹.

Secondo quanto riportato da Ossigeno, in soli tre anni – tra il 2016 e il 2018 – almeno 3.721 tra giornalisti, *blogger*, video operatori e fotoreporter italiani sarebbero stati raggiunti da minacce, intimidazioni, aggressioni, danneggiamenti, furti mirati e gravi abusi del diritto, questi ultimi rappresentati soprattutto dalla presentazione di querele e denunce contenenti gravi accuse di diffamazione a mezzo stampa, che spessissimo – nove volte su dieci – si rivelano poi, all'esito dei conseguenti procedimenti penali, del tutto infondate.

In particolare, le iniziative di natura legale costituirebbero il 40% del totale delle azioni ritorsive poste in essere nel triennio a danno dei giornalisti; maggiori sarebbero invece i casi di vere e proprie condotte di violenza (il 50% circa), mentre più contenuta sarebbe la percentuale rappresentata dalle "pressioni informali" (tra cui, ad esempio, il divieto di partecipare a conferenze stampa, insieme ad altre condotte discriminatorie – pari al 10% del totale).

Nell'91% dei casi, le predette iniziative, di qualsiasi natura, sarebbero rimaste impunte. Per contro, come già si è detto, non è raro che le querele per diffamazione conducano all'avvio di procedimenti penali a carico del professionista. Stando alle informazioni riportate dall'Osservatorio, infatti, ogni anno le Procure italiane aprono circa settemila fascicoli relativi a indagini per asseriti fatti di diffamazione a mezzo stampa, e il numero è in crescita costante (con un aumento medio pari all'8% ogni anno). Oltre che numerosi, i predetti procedimenti sono anche estremamente lunghi (la fase del primo grado processuale dura mediamente tra due e sei anni, rileva Ossigeno).

Inoltre, nonostante la maggior parte di essi si concluda con un provvedimento di archiviazione o con una sentenza di proscioglimento, «ogni anno 155 imputati (in gran parte giornalisti) subiscono condanne a pene detentive per complessivi 103 anni di reclusione»¹². Vale infatti la pena di ricordare, a tal proposito, che ad oggi la pena prevista – tanto dal codice penale¹³ quanto dalla normativa speciale¹⁴ – per il delitto di diffamazione a mezzo stampa è appunto quella della reclusione, che solo nel caso della disciplina codicistica è alternativa alla multa. La predetta disciplina, peraltro, è stata oggetto di numerose critiche nel corso degli anni, ed è molto probabile che finirà con l'essere modificata nel prossimo futuro, dal momento che, proprio a seguito di alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al trattamento sanzionatorio

¹¹ Così ha dichiarato il Senatore Vito Crimi all'Osservatorio (v. p. 17 del *dossier*).

¹² V. p. 7 del *dossier*.

¹³ L'art. 595 c.p. prevede infatti, al comma 3, che qualora la condotta diffamatoria venga realizzata, tra l'altro, a mezzo della stampa, si applica la pena «della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 516 euro».

¹⁴ Il riferimento è all'art. 13 della legge sulla stampa (l. n. 47 del 1948), ai sensi del quale «nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000».

della diffamazione a mezzo stampa¹⁵, lo scorso giugno la Consulta – ricorrendo nuovamente alla medesima tecnica decisoria già utilizzata nel cd. “caso Cappato”¹⁶ – ha espressamente invitato il legislatore a intervenire sulla materia al fine di «approvare una nuova disciplina» per la fattispecie in parola, e sulle relative pene in particolare, operando un (nuovo) bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione, il quale tenga conto tra l’altro «della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni»¹⁷.

In ogni caso – si precisa nel *dossier* di Ossigeno – anche quando i procedimenti a carico dei giornalisti si concludono con una pronuncia di condanna, le pene rimangono perlopiù sospese; ciononostante, esse producono un significativo impatto sulla libertà di espressione del singolo professionista. Infatti, si legge ancora nel *dossier*, «in Italia le denunce penali e le cause civili per risarcimento danni da diffamazione per diffamazione a mezzo stampa sono un’arma usata al pari delle minacce per dissuadere giornali e giornalisti dalla pubblicazione di notizie sgradite. Sono un vero flagello. L’unico modo certo di prevenire questi processi è l’autocensura, la rinuncia a pubblicare notizie sgradite. Ed è quel che molti fanno silenziosamente, soprattutto di fronte alla prospettiva di pubblicare notizie su fatti di mafia e corruzione»¹⁸.

Quanto alle ragioni alla base delle ritorsioni, i risultati raccolti dall’Osservatorio mostrano che oltre un terzo degli attacchi (vale a dire il 38%) trova la propria causa nella pubblicazione, da parte del professionista coinvolto, di notizie riguardanti condotte e fatti di mafia.

Peraltro, questo specifico tema è stato ampiamente ripreso da diversi soggetti intervistati da Ossigeno. È il caso ad esempio di Elisabetta Cosci, vice Presidente del Consiglio nazionale dell’Ordine dei Giornalisti, la quale ha sottolineato che «certamente la mafia ha un ruolo molto attivo, ma non si deve dimenticare che molte minacce hanno una matrice ben diversa. Ad esempio, quella politica»¹⁹.

Una considerazione, questa, ripresa anche dal Senatore Vito Crimi, parimenti coinvolto nel sondaggio condotto dall’Osservatorio: «le minacce provengono anche dalla politica, dal mondo imprenditoriale e professionale, da altri soggetti che a vario titolo ritengono di utilizzare strumenti ritorsivi nei confronti dei giornalisti per metterli a tacere. Tutto ciò dice che non è la mafia la ragione principale delle minacce ai giornalisti italiani»²⁰.

¹⁵ Cfr. Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, n. 140, e Trib. Bari, ord. 16 aprile 2019, n. 149.

¹⁶ Come noto, infatti, nella suddetta occasione ([ordinanza n. 207 del 2018](#)) la Corte costituzionale ha inaugurato un meccanismo decisorio consistente nel “rinviare” la decisione sul merito delle questioni di legittimità sollevate dai giudici a *quibus* (in quel caso, il tema era quello del fine vita) tramite l’emissione di un’ordinanza dal contenuto – almeno formalmente – interlocutorio, con la quale rivolgeva un monito al Parlamento affinché provvedesse a riformare la legislazione in materia entro un termine fissato dalla stessa Corte.

¹⁷ Cfr. Corte cost., ord. 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020) n. 132.

¹⁸ V. p. 9 del *dossier*.

¹⁹ V. p. 91 del *dossier*.

²⁰ V. p. 22 del *dossier*.

Si tratterebbe, dunque, di un fenomeno più complessivo, che «non si spiega soltanto con la mafia», ha spiegato il giornalista d'inchiesta Nello Trocchia all'Osservatorio. Al contrario, «l'alto numero di intimidazioni e violenze contro i giornalisti [...] è dovuto a un problema più generale: la delegittimazione del ruolo del giornalista da parte della politica e dell'imprenditoria. Il ruolo sociale dei giornalisti è riconosciuto sempre meno»²¹.

3. Sorge allora spontaneo chiedersi, a fronte di un simile scenario, tanto nostrano quanto internazionale, quali strumenti – normativi, politici, sociali – possano essere messi in campo dalle diverse Nazioni per contrastare, o quantomeno contenere, la portata di questo pericoloso fenomeno, dalla portata sempre più globale.

Secondo l'84% dei giornalisti coinvolti nel sondaggio realizzato da FPC, la principale risorsa che consentirebbe loro di portare avanti la professione, nonostante le pressioni e le minacce e tutti i rischi connessi, è rappresentata dai servizi di assistenza e consulenza legale. Anche il sostegno editoriale (menzionato dal 72% dei professionisti) e quello finanziario (60%), unitamente al ricorso a misure di protezione in materia di *whistle-blowing* (54%) costituirebbero, ad avviso degli intervistati, validi strumenti di tutela contro le condotte ritorsive commesse a loro danno.

Questo però è vero in teoria, posto che, nei fatti – come sottolineano gli intervistati – molto spesso sia l'accesso all'assistenza legale (49%), sia il sostegno economico (51%), sia i meccanismi di protezione degli informatori (35%) non sono adeguatamente garantiti a livello istituzionale.

Per ovviare alle carenze segnalate dagli intervistati, FPC formula dunque una serie di raccomandazioni puntuali, rivolte sia agli Stati, sia alle istituzioni giuridiche e agli organismi di regolamentazione interni ai singoli paesi²², invitandoli ad intervenire contestualmente su tre fronti distinti: 1) quello della prevenzione delle condotte intimidatorie, 2) quello della protezione dei professionisti maggiormente esposti ai rischi di minaccia e 3) quello della repressione dei comportamenti posti in essere dagli autori delle pressioni. Così, sotto quest'ultimo profilo, si raccomanda che ciascuno Stato provveda ad «assicurare che tutte le violazioni poste in essere a danno dei giornalisti sottoposte a indagini tempestive, esaustive, indipendenti ed effettive, di modo che gli autori e gli istigatori siano assicurati alla giustizia»²³.

Parimenti, all'esito di quanto emerso dalle testimonianze rese dai professionisti coinvolti nel sondaggio, anche il *dossier* predisposto dall'Osservatorio Ossigeno contiene alcune indicazioni finalizzate a combattere gli abusi e le ritorsioni ai danni dei giornalisti italiani²⁴.

²¹ V. p. 93 del *dossier*.

²² Per l'elenco complete delle raccomandazioni, si vedano le pp. 7 e 8 del *report* di FPC.

²³ «Ensure all violations against journalists are promptly, thoroughly, independently and effectively investigated, with the perpetrators and instigators brought to justice»; cfr. p. 7 del *report* di FPC.

²⁴ Alle proposte operative è dedicata l'intera parte III del *dossier* (pp. 26 ss.).

Le raccomandazioni, in questo caso, sono riconducibili a due diverse tipologie di intervento. Da un lato, si segnala la necessità di promuovere la cooperazione tra i diversi editori e, dall'altro lato, viene posto l'accento sull'importanza di potenziare gli strumenti di protezione dei professionisti già esistenti e introdurre di nuovi (tra delle proposte formulate in tal senso, si ricordano ad esempio quella di contestare sistematicamente il reato di calunnia aggravata nei confronti di coloro che ricorrono pretestuosamente alle querele per diffamazione a danno dei giornalisti e quella di istituire procure specializzate per i reati commessi contro i giornalisti, al fine di ridurre l'impunità).

Riflessione

— Superiamo i rigidi automatismi di legge in ambito penitenziario

Breve nota sulla questione di costituzionalità sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto

Let's overcome the rigid automatisms of the law in the field of Penitentiary system

A brief comment on the issue of constitutional legitimacy raised by the Supervisory Magistrate of Spoleto

di Antonella Calcaterra

Abstract. La presente breve nota commenta la questione di legittimità costituzionale sollevata con Ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto in relazione all'art. 58 quater co. 1, 2 and 3 o.p. nella parte in cui detti commi escludono la possibilità di accedere alla misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali di cui all'art. 47 o.p. per la durata di tre anni al detenuto nei cui confronti è disposta la revoca della misura alternativa ai sensi dell'art. ai sensi dell'art. 47 co. 11, dell'art. 47 ter co. 6 o dell'art. 51 co. 1 della medesima legge. L'Ordinanza analizza con pregevoli argomentazioni l'illegittimità della norma in esame che, escludendo una sostanziale verifica della meritevolezza della misura, impedisce una reale valutazione della persona. Valutazione che ha valore fondamentale nella fase dell'esecuzione della pena, volta al recupero e alla risocializzazione del condannato. La questione di costituzionalità in esame si contestualizza nel più ampio percorso di progressivo superamento di tutti quei rigidi automatismi di legge che ancora oggi – purtroppo – permeano il sistema penitenziario.

Abstract. This brief note concerns the issue raised by the Supervisory Magistrate of Spoleto regarding the constitutional legitimacy of art. 58 quater co. 1, 2 and 3 o.p. (Penitentiary Law), since they exclude for three years the possibility of accessing the alternative measure to detention provided under art. 47 o.p. (known as "probation to social services") to the detainee against whom the alternative measure, applied under 47 co. 11,

art. 47 ter co. 6 or art. 51 co. 1 o.p., was previously revoked. The Supervisory Magistrate analyses with valuable arguments the illegitimacy of the law in question which, excluding a substantive examination of the deservingness of the measure, prevents a real evaluation of the person. Evaluation that is essential during the post-conviction phase in the light of the necessity to reintroduce the convicted into society. The question is part of a major process of progressive overcoming of all those rigid legal automatisms that still today permeate the Penitentiary system.

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità. – 2. Il caso in esame. – 3. La decisione del Magistrato di Sorveglianza davanti alla fissità della norma.

SUMMARY: 1. Issue of constitutional legitimacy of the law. – 2. The current case. – 3. The decision of the Supervisory Magistrate in the face of the rigidity of the law.

1. La questione sollevata.

Con l'ordinanza dello scorso 5 novembre [qui allegata](#), il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, il dr. Fabio Gianfilippi, ha sollevato «la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 co. 1 e 27 co. 3 della Costituzione, dell'art. 58 *quater* co. 1, 2 e 3 o.p. nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, di cui all'art. 47 o.p., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, ai sensi dell'art. 47 co. 11, dell'art. 47 *ter* co. 6 o dell'art. 51 co. 1 della medesima legge». Ciò a fronte dell'impossibilità di accedere a percorsi interpretativi differenti completamente preclusi dal tenore inequivoco della norma che non offre spazi di lettura differenti.

Come è noto, infatti, l'art. 58 *quater* o.p. prevede che l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà, non possono essere concessi ai condannati nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, co.11, dell'art. 47 *ter*, co. 6, o 51 co. 1 o.p.

2. Il caso in esame.

Il caso in esame riguarda una persona detenuta presso il carcere di Terni che aveva ottenuto l'affidamento in prova al servizio sociale dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia e che, a soli 19 giorni dalla fine della misura, aveva avuto la revoca della stessa per «inequivocabile interruzione volontaria della misura concessa, per ragioni peraltro del tutto sconosciute e neppure ipotizzabili in via congetturale»¹, pur a fronte di un percorso sino ad allora portato avanti in maniera positiva del quale lo stesso Tribunale di Sorveglianza dava atto.

Decorso un anno dalla ripresa della detenzione, la difesa presentava istanza di affidamento in prova ravvisando «l'urgenza di un rientro in società del condannato, sia per

¹ Tutti i virgolettati sono estratti dal testo del provvedimento commentato e qui pubblicato.

poter attendere ai propri compiti in ambiti familiare, sia soprattutto per darsi a lecita attività lavorativa, disponibile in suo favore» e con la necessità di iniziare subito. La difesa evidenziava, altresì, da un lato «l'operatività di odiosi meccanismi automaticamente preclusivi di qualsivoglia indagine avente ad oggetto la meritevolezza di una misura alternativa alla detenzione in palese violazione dell'art. 27 della Costituzione» e, dall'altro, che la revoca era intervenuta in relazione ad un altro titolo esecutivo, poiché nel frattempo il cumulo della pena era stato aggiornato.

3. La decisione del Magistrato di Sorveglianza davanti alla fissità della norma.

Il Magistrato di Sorveglianza, esaminata la questione, ha rilevato l'impossibilità di procedere sulla base del tessuto normativo vigente, attesa la fissità della norma che è – si legge sempre nel provvedimento – «formulata con riferimento soggettivo al condannato e non con riguardo oggettivo a ciascun singolo procedimento in cui intervenga la revoca», a nulla rilevando la circostanza che la revoca sarebbe intervenuta su un titolo diverso essendosi formato frattanto un provvedimento di cumulo differente.

Da qui la strada obbligata, a fronte della conseguenziale ed inevitabile pronuncia di inammissibilità dell'istanza, di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per lo scrutinio della norma in questione.

Nell'atto di rimessione, quindi, è evidenziata l'irragionevolezza della fissità degli effetti della revoca intervenuta: 1) «a prescindere da ogni considerazione sulla situazione concreta sulla persona, sui suoi progressi trattamentali seguiti a quel momento negativo, sulle prospettive di reinserimento e sulla durata della pena espianda» e 2) a prescindere dalla valutazione della portata del fatto fondante la revoca che, ovviamente, può avere una connotazione a seconda che trattasi di fatto reato o di violazione di prescrizione.

La questione sollevata si pone dunque in linea con il progressivo percorso della Corte Costituzionale, la cui giurisprudenza² sta progressivamente erodendo i rigidi automatismi di legge, proponendo sempre di più una valutazione in concreto che:

«ricollegli la concessione di una misura alternativa, o di un permesso premio, ad una prognosi individualizzata come richiesta dall'art. 1 o.p. in materia di trattamento rieducativo, e ancor prima e più ampiamente dall'art. 27 co. 3 Cost., circa l'utilità del beneficio a far progredire il condannato sulla via del reinserimento sociale».

L'ordinanza richiama inoltre l'importante passaggio della sentenza n. 187/2010 delle Corte Costituzionale in forza della quale dichiara incostituzionale l'art. 58 *quater* co. 1, 2 e 3 o.p. nella parte in cui prevede che non possa essere concessa, per la durata di anni tre, la detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47 *quinquies* o.p. e, in via consequenziale, quella dell'art. 47 *ter* co. 1 e 2 o.p., al condannato nei cui confronti era stata disposta la revoca della misura. Preclusione che sacrifica ingiustamente e

«a priori e per l'arco temporale di un intero triennio [...] l'interesse di quest'ultimo (il bambino) a vivere un rapporto quotidiano con almeno uno dei due genitori,

² Sul tema, l'ordinanza richiama in particolare le precedenti sentenze n. 149/2018 e n. 253/2019.

precludendo al giudice ogni bilanciamento tra tale basilare interesse e le esigenze di tutela della società rispetto alla concreta pericolosità del condannato».

Nel caso in esame il Magistrato evidenzia la irragionevolezza della fissità della preclusione per «l'inevitabile compromissione della finalità rieducativa della pena»; non è infatti possibile né fare valutazioni differenti, anche in relazione alla effettiva condotta che ha determinato la revoca, né verificare i progressi trattamentali, poiché trattasi di periodo che «frustra l'osservazione muraria privandola di ogni concreta utilità alla costruzione di percorsi risocializzanti».

Il rimettente, con un'ampiezza di argomenti davvero apprezzabile, mette in luce l'insensatezza dell'estensione della preclusione in blocco a tutti i benefici, impedendo una ragionevole ripresa di una progressione trattamentale in grado di accompagnare adeguatamente il percorso all'esterno.

Non ultimo, il rimettente sottolinea anche l'importanza per il Magistrato, in un giudizio di concreto bilanciamento, di tutelare anche i diritti di soggetti terzi; in particolare, vi è il riferimento al nucleo familiare della persona condannata, specialmente ove, come nel caso di specie, siano presenti minori in tenera età, per i quali i rilievi della giurisprudenza costituzionale, fondati sull'art. 31 Cost. e sulle disposizioni sovranazionali, individuano la rilevanza dell'interesse del minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori.

Dall'insieme di tutte le pregevoli argomentazioni esposte nell'ordinanza segnalata deriva la necessità, attesa la rilevanza nel procedimento interessato, della rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

Si auspica dunque che i Giudici della Consulta proseguano nel percorso di abolizione di automatismi che precludono la valutazione delle persone **"in continua evoluzione"** e si spera che venga riconsegnata al Magistrato di Sorveglianza la possibilità di **verifica sostanziale**, al di là di rigidità e preclusioni che mal si conciliano con la fase dell'esecuzione della pena.

Fonte storica

— Magistrati, potere e cittadini in Italia. Il giudice “politico”

*Magistrates, power and citizens in Italy. The “political” judge**di Marco Ramat*

SOMMARIO: 1. Subordinazione al parlamento e al governo. – 2. Politica di attuazione e difesa della Costituzione. – 3. Parlamento, governo, capo dello stato: responsabilità politiche e sanzioni. – 4. Il giudice e la critica delle sentenze. – 5. Una concezione nuova del giudice.

Summary: 1. Subordination to parliament and government. – 2. Policy for implementing and defending the Constitution. – 3. Parliament, government, head of state: political responsibilities and sanctions. – 4. The judge and the criticism of sentences. – 5. A new conception of the judge.

1. Subordinazione al parlamento e al governo.

Ha o non ha la magistratura una funzione di indirizzo politico?

Intorno a questa domanda ruota, a ben guardare, ogni polemica sul giudiziario, sia all'interno sia all'esterno della magistratura. All'interno della magistratura c'è chi nega questa funzione di indirizzo politico, riducendo l'attività giudiziaria al momento strettamente tecnico nell'interpretazione della legge; all'esterno della magistratura ugualmente c'è chi la nega, tale funzione, prendendo spunto formale dalla disposizione costituzionale che chiama la magistratura «ordine» (e non «potere»: e sia pure «ordine indipendente da ogni altro potere») e negando in sostanza alla magistratura la «sovranità» che spetterebbe soltanto al parlamento, direttamente eletto dal popolo, e in secondo grado al governo, che deve avere la fiducia del parlamento eletto dal popolo, titolare della sovranità.

Dal negare alla magistratura la funzione di indirizzo politico derivano importanti conseguenze; quando si dice che l'interpretazione della legge è questione di mera tecnica

giuridica, si tende a mantenere in vita, insieme alla struttura processuale dell'organizzazione giudiziaria, la struttura organica della magistratura: l'una e l'altra impennate sull'esaltazione del «principio di diritto» visto non solo come traguardo del processo ma anche come culmine della capacità del magistrato.

A questo modo, la polemica sulla funzione di indirizzo politico della magistratura si ritorcerebbe contro coloro che ne sostengono l'esistenza e che per conseguenza cercano di limitare i poteri dell'organo giudiziario di vertice più degli altri organi detentore di quella funzione: viene obiettato che se la funzione «politica» non esiste, la polemica è attualmente priva di oggetto; e allora chi la alimenta, lo farebbe o perché vuole sovvertire, portando la « politica », che ora non c'è, nella giustizia, o perché trova comodo rivestire di moventi alti e nobili una battaglia d'interessi di carriera contro la selezione e la gerarchia attuale, fondate sulla dimensione della «tecnica giuridica».

All'esterno: si nega che la magistratura abbia e debba avere una funzione d'indirizzo politico (perché la magistratura non è potere, non ha investitura popolare), ma se ne deduce che essa, la magistratura, debba «rispondere» – tramite il ministro di grazia e giustizia, o in altro modo – di fronte al parlamento, supremo organo di investitura popolare.

Tutte le volte che un deputato interroga il ministro di grazia e giustizia per sapere se sia a conoscenza che (...un certo caso giudiziario è stato risolto così e così; oppure che una certa istruttoria si è indirizzata così e così...) e quali conseguenze intenda dedurre o quali provvedimenti prendere o promuovere, si conferma – a volte inconsciamente – la tesi della subordinazione della magistratura al parlamento o almeno della sua responsabilità di fronte al parlamento; e così si arriva a questo: che quella funzione «politica», che si nega in via diretta alla magistratura come potere indipendente (e lo si nega proprio perché essa non sarebbe tale), le viene invece attribuita in via indiretta, di responsabilità e di soggezione al potere politico, in conseguenza immediata del disconoscerle l'attributo di potere indipendente.

Con ciò sembra di dover concludere che chi pensa a questo modo: 1) continua ad attribuire alla magistratura una «funzione politica» ma, 2) che questa funzione politica dovrebbe svolgersi *in modo subordinato al potere politico*.

A questa concezione reagisce tutta la magistratura, ma non in modo unitario e omogeneo.

Primo tipo di reazione: si nega la subordinazione politica della magistratura al parlamento perché la magistratura non ha funzioni politiche. Manca un terreno d'incontro tra i due poteri, legislativo (politico) e giudiziario (tecnico); manca quindi fra di essi il presupposto di un rapporto qualsiasi diverso da quello, puramente negativo, della separazione.

E ancora: la magistratura, non essendo responsabile di fronte al parlamento, è politicamente irresponsabile; conseguentemente la magistratura non ha e non può avere funzioni «politiche», perché non può esistere funzione senza la relativa responsabilità; e se per caso essa avesse o dovesse avere funzioni «politiche», delle due l'una: o la magistratura usurperebbe una funzione tipica ed esclusiva del parlamento, violando il principio

della separazione dei poteri e portando nello stato di diritto un elemento perturbatore (come tutto ciò che è *irresponsabile*) dell'equilibrio costituzionale; oppure la magistratura, se esercita o esercitasse funzioni «politiche» per costituzione attribuite al potere investito dal popolo che è il parlamento, necessariamente dovrebbe risponderne a quest'ultimo: avrebbero quindi ragione quei politici che fanno quelle tali interrogazioni al ministro di grazia e giustizia.

Questo primo tipo di reazione alla subordinazione della magistratura al parlamento conclude quindi che proprio per salvare l'*indipendenza* del *potere* giudiziario è necessario che questo non abbia alcuna funzione politica: che se l'avesse, non sarebbe più – appunto – potere indipendente.

Secondo tipo di reazione: si nega la subordinazione della magistratura al parlamento non perché la magistratura non abbia funzioni «politiche», ma perché è potere indipendente; essa ha funzioni «politiche» ma non è responsabile di fronte al parlamento.

Hanno ragione i politici quando riconoscono, implicitamente, che la magistratura ha funzioni politiche; ma hanno torto quando ne deducono la subordinazione e la responsabilità della magistratura di fronte al parlamento.

Resta il problema della *responsabilità* politica della magistratura, responsabilità corrispondente alla sua funzione «politica», essendo vero che non si può e non si deve esercitare una funzione *irresponsabilmente*. Di questo problema appunto si deve parlare.

2. Politica di attuazione e difesa della Costituzione.

Liberiamo subito il terreno dalle discussioni sulla natura e sulla entità della funzione di indirizzo politico competente alla magistratura. Nessuno pensa che la magistratura partecipi dell'indirizzo politico *di governo*, ossia che le spetti interpretare le leggi, o peggio che mai fare giustizia nei casi concreti, secondo gli orientamenti, i desideri o le pressioni di questa o di quella maggioranza politico-parlamentare; per noi è ormai acquisito che la funzione «politica» della magistratura consiste nel collaborare all'attuazione e alla difesa della Costituzione, mediante: a) la sollecitazione dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi; b) l'interpretazione delle norme vigenti nel senso conforme, alla Costituzione; c) l'utilizzazione, nei «giudizi di valore» che moltissime volte la legge deferisce al giudice, di quei principi direttivi, di quegli orientamenti che si possono ricavare dalla Costituzione.

In ordine crescente, ognuno di questi tre momenti contiene un elemento di discrezionalità, o per meglio dire di «scelta» fondata su fattori che non sono giuridici in senso stretto e tecnico, politici in senso ampio. È chiara la natura politica del fattore che orienta alla scelta in materia ad esempio di «ordine pubblico» (v. ad esempio l'art. 650 c.p.), di buon costume o di pubblica moralità, di arbitarietà nell'atto del pubblico ufficiale: dove l'orientamento del giudice è principalmente guidato da una maggiore o minore sensibilità al principio di *libertà* che si ricava dalla Costituzione.

Ma che sia politico anche il fattore che spinge o non spinge il giudice a cercare nella Costituzione i principi generali dell'ordinamento, e perfino il fattore che lo rende più

o meno favorevole a dare ingresso o a promuovere le questioni di legittimità costituzionale, è pure indiscutibile. C'è o non c'è un *favor constitutionis* a seconda che la persona del giudice sia o no intimamente permeata di quei valori innovatori, di quei significati polemici contenuti nella nuova Costituzione: e questo è un fatto ben preesistente e prevalente rispetto al momento tecnico della stretta interpretazione giuridica.

Ridotta in questi termini (che non so proprio come possano essere contestati, salvo che, formalisticamente, nella qualificazione letterale), la funzione resta tuttavia amplissima e determinante come vedremo. Si tratta di stabilire quale tipo di responsabilità le si accompagni.

Deve trattarsi di una responsabilità congeniale al livello in cui si esercita la funzione che vi dà luogo. Intendo dire che la scelta interpretativa è un connotato essenziale della sovranità della funzione giudiziaria e che quindi la responsabilità che le corrisponde è di tipo, di livello «costituzionale»: responsabilità politica a livello costituzionale.

Responsabilità della magistratura significa responsabilità di ciascun giudice, perché la funzione giudiziaria è esercitata da ciascun giudice, senza alcun vincolo di subordinazione rispetto ad altri giudici. Questo fatto aumenta la peculiarità della situazione poiché un potere dello stato mai si è visto sinora essere attribuito a migliaia di uomini, alla pari; e aumenta anche la difficoltà per trovare la soluzione o una soluzione del nostro problema: non tanto sul piano teorico, dove la minore o maggiore quantità dei responsabili non sposta la questione della responsabilità, quanto sul piano concreto, sul piano cioè dell'effettivo funzionamento del sistema della responsabilità giudiziaria corrispondente alla funzione di indirizzo politico.

3. Parlamento, governo, capo dello stato: responsabilità politiche e sanzioni.

La responsabilità politica degli organi costituzionali o di rilievo costituzionale non è sempre e per tutti la medesima.

Il parlamento è composto di uomini che alla fine della legislatura possono non essere rieletti dal corpo elettorale (*rectius*, prima che dal corpo elettorale, dai partiti politici) se nei loro confronti ci siano motivi di scontentezza e d'insoddisfazione. Questo mi sembra l'unico modo in cui si manifesta la responsabilità politica del parlamento: *attraverso e a carico dei suoi componenti*; non parlerei infatti di responsabilità politica del parlamento per quelle cause imprecisate che possono portare al suo scioglimento, perché in questo caso non si tratta di « sanzionare » un errore politico commesso bensì di prendere atto della impossibilità di funzionamento dell'organo, senza riprenderlo perché si è comportato disformemente dalla volontà degli elettori.

Quindi l'unica forma di vera responsabilità politica del parlamento, ossia il rispondere della propria condotta di fronte all'elettorato, è propria del singolo parlamentare o del gruppo parlamentare che è emanazione del partito politico: dove si vede il collegamento diretto fra responsabilità politica e rappresentatività, ma anche che il congegno sanzionante la responsabilità agisce a termine fisso, a fine legislatura, anche

se il comportamento censurato si sia verificato all'inizio. Questo differimento non elimina la responsabilità, ma l'attenua, indubbiamente.

Il governo risponde al parlamento, perché deve averne la fiducia. Quella del governo, sempre parlando al livello dei principi costituzionali perché la realtà, come tutti sanno, è diversa, è la forma di responsabilità politica che più si avvicina – nella sanzione – alla responsabilità giuridica: la sanzione della «sfiducia» parlamentare scatta immediatamente e direttamente.

Il presidente della Repubblica. C'è chi sostiene che il presidente è responsabile politicamente perché può essere rieletto: la mancata rielezione sarebbe la sanzione alla quale è esposto. Tesi, a mio avviso, eccessivamente teorica, perché se è vero che la Costituzione non vieta la rielezione della stessa persona alla carica di presidente della Repubblica, è vero anche che il lungo periodo della carica (sette anni) è predisposto naturalmente – non fosse che per ragioni di età – a sconsigliare la rielezione del «vecchio» presidente; e nella nostra esperienza non si è ancora avuto, a mio parere, un caso di presidente non rieletto «per sanzione». Esiste invece la responsabilità politica del presidente perché gli sono attribuite funzioni politiche: i «messaggi», in modo tipico e specifico; ma anche tutti gli altri suoi interventi pubblici non possono non avere riflessi o ispirazione politica, intesa la politica in modo conforme alla posizione del presidente stesso: la «politica» del presidente.

Quanto alla Corte costituzionale, anch'essa accomunata alla magistratura nel negarle funzioni di indirizzo politico da parte di chi crede o finge di credere che le norme giuridiche siano proposizioni geometriche, è superfluo dire che invece tali funzioni le competono in grado elevatissimo: tanto più elevato quanti più siano i possibili significati delle norme costituzionali e delle norme ordinarie in contestazione fra di loro. Nei giudizi della Corte costituzionale, più ancora che in quelli della magistratura, v'è la scelta di un orientamento pre e metagiuridico. Ora la Corte costituzionale non *risponde* politicamente allo stesso modo del parlamento, perché i suoi componenti non sono di elezione popolare né essa potrebbe mai essere sciolta; né essa risponde al modo del governo, perché non ha rapporti di fiducia-sfiducia col parlamento; neanche risponde in quel modo in cui secondo taluni risponderebbe il presidente della Repubblica, perché i suoi giudici sono per legge non rieleggibili.

Consiglio superiore della magistratura. Come dubitare della politicità di quella sua attribuzione (art. 10, u.c. legge 24-3-1958, n. 195) consistente nel dare «pareri al ministro (di grazia e giustizia), sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie»? E qui si tratta di «politicità» in senso specifico, ben oltre il limite – imperante per la Corte costituzionale e per la magistratura – dell'indirizzo politico costituzionale. E aggiungerei, a questa attribuzione del Consiglio superiore della quale la politicità non si può contestare, anche l'attribuzione della giurisdizione disciplinare sui magistrati: anche questa permeata e ridondante di aspetti in senso ampio politici perché la materia disciplinare, specie se riferita alla tutela del «prestigio dell'ordine giudiziario» (art. 18 RDL 31-5-1946, n. 511), non è nemmeno riconducibile a fattispecie legali sufficientemente precostituite, onde è amplissima la scelta dei valori non giuridici, e quindi per esclusione politici, che orientano e determinano l'esercizio della funzione disciplinare.

Eppure il Consiglio superiore non ha una responsabilità politica paragonabile a quelle del parlamento e del governo, potendo esso essere sciolto unicamente quando ne sia impossibile il funzionamento (art. 31, legge 24-3-1958, n. 195): norma che riecheggia un po' l'art. 88 della Costituzione sullo scioglimento delle Camere, la quale disposizione, come si è visto, non è configurata quale sanzione per responsabilità politica. Quanto poi ai componenti del Consiglio superiore, quelli elettivi (dalla magistratura e dal parlamento) sono per Costituzione non immediatamente rieleggibili (art. 104 penultimo comma), mentre i due che ne fanno parte di diritto – oltre al presidente della Repubblica che lo presiede – e che sono il primo presidente e il procuratore generale della Cassazione non possono in alcun modo essere rimossi o sostituiti, e restano in carica nel Consiglio finché mantengono quella carica, nella Cassazione, che costituisce il titolo per cui fanno parte del Consiglio.

4. Il giudice e la critica delle sentenze.

A questo punto delle due luna. O si dice che soltanto il parlamento e il governo hanno funzioni politiche, perché soltanto per essi – sia pure in modi e misure diverse l'uno rispetto all'altro – si può configurare una vera e propria responsabilità politica (il «licenziamento» del governo, la «bocciatura» del deputato alle nuove elezioni); oppure si dice che anche altri organi, oltre al parlamento e al governo, hanno funzioni politiche, anche se di accento e di portata differenti, ma che la relativa responsabilità è profondamente diversa rispetto a quella del parlamento e del governo. Non v'è minaccia di «licenziamento» né di «bocciature», in conseguenza del modo in cui la loro particolare funzione politica è stata svolta, né per il presidente della Repubblica, né per la Corte costituzionale, né per il Consiglio superiore della magistratura, né per la magistratura; ma altrettanto certo è che tutti questi organi di livello costituzionale *rispondono* del loro operato.

Come ne rispondono? *Ne rispondono con l'essere sottoposti alla critica dell'opinione pubblica.*

A prima vista questa forma di responsabilità può apparire evanescente ed inadeguata, troppo poco «sanzione» per essere valida ed efficace. Ma non dobbiamo essere affascinati dal concetto della responsabilità *giuridica*, che è sempre accompagnata da una sanzione tangibile, quando parliamo di responsabilità politica, e specialmente di quella responsabilità politica che si verifica al livello degli organi costituzionali dello stato; è noto e pacifico che a questo livello un sistema sanzionario vero e proprio non esiste e non può esistere, e che viceversa il problema delle reciproche competenze «politiche» fra tali organi (dove cioè non si verificano conflitti di attribuzione da decidersi alla Corte costituzionale) si affida alla correttezza e a quello che appunto si chiama *il senso di responsabilità*: senso che si invoca proprio quando le sanzioni manchino o siano molto sfumate.

E neanche si può dimenticare che la sottoposizione alla critica dell'opinione pubblica appare tanto meno efficace quanto minore è la presa e l'impegno dell'opinione pubblica stessa, quanto minore – cioè – è il livello democratico effettivo dello stato e del paese. Finché l'opinione pubblica rimane una figura retorica, rimane qualcosa di fluttuante, sporadico e disorganizzato, il suo peso è minimo; e la funzione politica di quegli organi

costituzionali, che soltanto ad essa debbono rispondere, non ne sente il peso, fino a poterli ritenere irresponsabili.

Ma la Costituzione prevede uno stato democratico e promuove un paese democratico; non si può quindi pensare che il venir meno della situazione voluta dalla Costituzione, e cioè l'effettiva mancanza attuale del peso dell'opinione pubblica, determini, contemporaneamente all'affievolirsi del sistema della responsabilità politica degli organi costituzionali, anche la perdita delle funzioni politiche di tali organi.

È per questa ragione che io ho sempre visto con estremo favore la critica, anche popolare, delle sentenze, lamentandomi solo che essa venga male (intendo senza molto criterio e scegliendo spesso occasioni e strumenti sbagliati) esercitata. Ma a essere onesti dobbiamo riconoscere che la magistratura in genere non si è dimostrata contenta di essere criticata dall'opinione pubblica, a prescindere dal merito della critica; e dagli organi giudiziari investiti di poteri di vigilanza su altri giudici non sono visti affatto di buon occhio i tentativi di dialogo o di spiegazione fra i giudici e i cittadini. E non ci si rende conto che mostrarsi insofferenti o infastiditi dalle critiche, e ostacolare gli incontri del magistrato con i cittadini, in apparenza sono sintomi di gelosa indipendenza del potere giudiziario ma nella sostanza allontanano il giudice dall'opinione pubblica, e viceversa: dietro quei sintomi v'è la volontà, consapevole o no, di sottrarre la magistratura al suo «giudice naturale», che è l'opinione pubblica, e di sottrarla dunque alla sua responsabilità politica.

Del resto, la sottoposizione dell'operato della magistratura alla critica dell'opinione pubblica non è soltanto l'unico modo *possibile* in cui realizzare la responsabilità della magistratura per l'esercizio delle sue funzioni di indirizzo politico costituzionale, ma è anche l'unico modo *possibile* e *doveroso* in cui il popolo, detentore della sovranità, può concretamente verificare come la giurisdizione – che è funzione sovrana – è esercitata.

Dice la Costituzione che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»; ora la funzione giurisdizionale è senza dubbio espressione della sovranità, e per conseguenza il suo esercizio – si dovrebbe concludere – deve essere, nelle forme e nei limiti costituzionali, *popolare*.

Ora si può pensare che le forme attraverso le quali il popolo sovrano esercita la funzione giurisdizionale siano quella della assunzione dei magistrati mediante il pubblico concorso e quella della strutturazione legislativa dell'ordinamento giudiziario e dell'ordinamento processuale. Ma questa è una risposta insufficiente, perché ogni legge è d'emanazione (più o meno diretta) popolare, anche le leggi sull'ordinamento delle carriere amministrative nelle quali manca la manifestazione della sovranità che invece è presente nella giurisdizione. Quindi l'argomento che pone nella sola regolamentazione legislativa degli organi e dei modi d'esercizio della giurisdizione il collegamento di quest'ultima col popolo sovrano, è inefficace perché prova troppo.

Migliore risposta sarebbe quella fondata sempre sul fatto della regolamentazione legislativa ma con accentuazione del particolare carattere di quest'ultima; cioè la rilevanza costituzionale della regolamentazione legislativa riguardante la funzione giurisdizionale, a differenza di quella riguardante il pubblico impiego; ma anche questa risposta sarebbe insufficiente perché, a parte le note questioni e i molti dubbi sulla rilevanza costituzionale delle norme ad esempio sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore

della magistratura e a parte che le leggi processuali – essenziali all'esercizio della giurisdizione – non hanno sicuramente questo carattere, non riuscirebbe neanche a sollevare il problema dalla statica dimensione giuridica alla dinamica *dimensione politica*.

Perché questo dev'essere chiaro: che la sovranità popolare non è una formula essenzialmente giuridica, ma politica. Dire che il popolo sovrano si è autolimitato in materia di esercizio della giurisdizione mediante le norme costituzionali e le leggi ordinarie da esso, il popolo, promananti, può appagare la superficie giuridica di quella formula, ma non la sua sostanza politica.

Sul terreno politico-costituzionale, fra tutte le funzioni sovrane dello stato, quella che maggiormente tende a distaccarsi dalla investitura popolare e dalla responsabilità (politica) verso il popolo sovrano, è proprio quella giurisdizionale, comprendendovi per analogia anche quella della Corte costituzionale; e questo distacco dipende non tanto dal fatto che gli organi giurisdizionali non sono, a differenza del parlamento (e del governo, in secondo grado), rappresentativi del popolo, quanto dal fatto che l'attività giurisdizionale si nutre di una tecnica che naturalmente porta chi vi è dedito ad isolarsi coi propri simili e ad allontanarsi da chi quella tecnica non possiede.

Se v'è quindi necessità che, al di sopra e in mezzo ai meccanismi giuridici di investitura e di controllo, ogni organo costituzionale «senta» la sua investitura popolare nell'esercitare le proprie funzioni di sovranità delegata (vale per il parlamento, per il governo, per il presidente della Repubblica) e che, reciprocamente, il popolo «senta» tali organi come propria emanazione e starei per dire come parte di sé, questa necessità è particolarmente acuita per la magistratura, all'interno della quale agisce fatalmente una forza centrifuga che tende a separarla dal popolo.

Necessità, allora, di alimentare anziché soffocare i tramiti di comunicazione fra attività giudiziaria e opinione pubblica (e qui cadrebbe opportuno anche un monito alla stampa, che è un tramite essenziale e che purtroppo molto spesso manca a tale funzione perché segue i «gusti» del pubblico o l'interesse della propria parte politica); e vedrei volentieri lo studio e la preparazione di nuovi strumenti in questa direzione poiché il tramite tradizionale esistente, che è la relazione annuale dei procuratori generali, è troppo... ufficiale e tradizionalistico, troppo formalmente solenne; anche se il suo contenuto sia vero, ricco, importante, il suo apparato interno ed esterno sa tutto di discorso che un'autorità rivolge ad altre autorità (...ministri, cardinali, generali...), e non s'è ancora visto un procuratore generale che nell'esordio si rivolga anche ai «cittadini» qualsiasi... Per non parlar del fatto che queste relazioni ben di rado rappresentano la magistratura, essendo principalmente la manifestazione di opinioni personali dell'oratore.

5. Una concezione nuova del giudice.

Voglio dissipare subito un possibile equivoco. Quando si dice che la responsabilità «politica» della magistratura si realizza nell'essere sottoposta la sua opera alla critica dell'opinione pubblica, non si intende affatto che la magistratura debba piegarsi a tali critiche, allo stesso modo che il singolo giudice non può far giustizia in un caso concreto seguendo la volontà della piazza o del pubblico organizzato (il linciaggio, o la beatificazione dell'imputato!). Dirò anzi che sovente potrà e dovrà accadere alla

magistratura di assumere posizioni impopolari; eventualità tanto più possibile quanto più il pubblico e la società in generale si allontanano dalla coltivazione di quei valori affermati dalla Costituzione, pur senza che quest'ultima risulti modificata. Dico questo avendo in mente, in modo particolare, la tendenza della società d'oggi ad allinearsi su posizioni pseudo-eticamente conformiste, «perbeniste», che diventano persecutorie delle minoranze: fenomeno che scavalca ormai le divisioni politiche dei partiti e investe gli uomini nelle radici psicologiche del costume. Pensiamo ai capelloni, ai gruppi di protesta di vario tipo: minoranze che giuridicamente non danno noia a nessuno ma che la gran massa dei cittadini intende ferocemente perseguire per motivi attinenti a quelle radici psicologiche, Guai se la magistratura dovesse assecondare questa china, contro la quale deve anzi puntare fortemente i piedi, in nome dei «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Costituzione) e della pari dignità sociale e dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge (art. 3 Costituzione).

Una caratteristica essenziale della funzione di indirizzo politico costituzionale spettante alla magistratura è infatti l'attitudine a incidere nel costume civico; dall'essere messa a confronto con l'opinione pubblica, nel che si concreta la sua responsabilità politica, la magistratura ricaverà stimoli vari e a volte opposti, ma sempre materia di meditazione e di autocritica; sia che ritenga di doversi correggere perché la critica dell'opinione pubblica era da accogliere, sia che ritenga invece di dover tentare di correggere l'opinione pubblica perché la critica era da respingere in quanto avrebbe orientato in senso contrario all'attuazione e alla difesa dei valori costituzionali.

Punto di riferimento critico è, dunque, la sottoposizione della magistratura all'opinione pubblica; strumento necessario per evitare l'isolamento della giustizia nella società, e strumento, in definitiva, perché la magistratura non venga meno al compito istituzionale (istituzionale come il «*dicere ius*», anche se mediato) di collaborare alla formazione di un costume sociale che accolga quei valori pre e metagiuridici posti a fondamento della Costituzione.

Anche questo, adoperando il termine nell'accezione più grossolana ma anche più immediata, fa parte della «responsabilità» della magistratura. Succede sempre, o almeno succede a me, che tutti i discorsi cominciati in chiave di logica descrittiva, finiscano nella speranza di un impegno di didattica civica.

Giunti a questo punto, è più che legittima una domanda. Se tutto quanto ho scritto fin qui è vero; se cioè la funzione di indirizzo politico costituzionale della magistratura esiste ed è tanto vasta e incisiva, come mai i costituenti non ne fecero alcun cenno non soltanto negli articoli votati ma neanche nelle discussioni, dove questo problema non fu minimamente avvertito?

E se questo problema non fu avvertito, non potrebbe significare che la Costituzione esclude la funzione di indirizzo politico costituzionale della magistratura?

La questione è seria, ma va risolta – secondo me – in questo senso: che siamo di fronte a un caso tipico di distinzione fra la volontà del legislatore e la volontà della legge; il legislatore costituente agiva in un particolare e delimitato momento storico, e non era quindi in grado di immaginare quali sarebbero stati gli sviluppi della società nazionale e

quali implicazioni, conseguentemente, si sarebbero tratte dallo stesso sistema costituzionale per adeguarsi a quegli sviluppi.

E si può anche aggiungere: che gli stessi costituenti, innovando arditamente, rispetto al passato, con l'istituzione della Corte costituzionale e dell'indipendenza della magistratura elevata a potere paritario con gli altri, non si rendevano conto degli sviluppi concreti e sempre crescenti che da queste innovazioni sarebbero necessariamente derivati.

Tanto la Corte costituzionale che la magistratura indipendente da ogni altro potere furono volute in una prospettiva rigidamente garantistica, in funzione tipicamente negativa e di resistenza contro gli attentati legislativi e politici verso la Costituzione; era una prospettiva piuttosto meccanicistica e che si giustifica storicamente per due ragioni: prima di tutto la bruciante esperienza della dittatura fascista poneva in prima e assorbente luce l'esigenza di difendere i valori della più stretta legalità; in secondo luogo, proprio perché Corte costituzionale e magistratura indipendente erano istituzioni completamente nuove rispetto a tutto il nostro passato politico, non se ne aveva la minima esperienza e non se ne poteva misurare l'ampiezza di respiro che erano destinate ad assumere nel sistema democratico.

Si può aggiungere ancora che in buona parte ad allargare e ad accentuare la funzione di indirizzo politico sia della Corte costituzionale sia della magistratura ha contribuito un fatto specifico che i costituenti o gran parte di essi non potevano né prevedere né volere, e cioè la inattuazione della Costituzione da parte del legislativo-esecutivo degli anni successivi: inattuazione verificatasi in modo drammatico nei primi dieci anni dopo la promulgazione della Costituzione, con particolare riferimento alle garanzie di libertà costituzionali, ma ancora in corso oggi con particolare riguardo alle aperture sociali delineate dalla stessa Costituzione.

Inerzia dei poteri accompagnata, in un gioco intricato di cause ed effetti, dalla non raggiunta maturazione politica del paese, per alcuni aspetti arretrante rispetto al '46-'47, per cui quel livello di costume umano e democratico, voluto e previsto dalla Costituzione come presupposto del funzionamento armonico del sistema, si è visto essere inesistente.

In definitiva, al posto di una situazione di pacificazione civica conseguente all'entrata in vigore della Costituzione (che era la previsione e la volontà del costituente), ci siamo trovati nella situazione contraria; la stessa Costituzione e i valori che la Costituzione affermava divennero subito occasione di contrasto civile, *signum contradictionis*.

Da tutti questi elementi è derivata, secondo me, la accentuazione della «politicità» delle funzioni giurisdizionali: in testa quella della Corte costituzionale, istituita con grave ritardo e dopo tanti contrasti e che si trovò ad agire in un mondo politico in gran parte prevenuto da otto anni (1948-1956) di letargo e di arretramento costituzionale. Non poteva non darsi che la Corte costituzionale, affrontando fondamentali questioni di legittimità costituzionali di leggi che parlamento, governo e (in gran parte) magistratura avevano seguitato per un tempo così lungo a ritenere legittime e vigenti, assumesse compiti spiccatamente politici, quasi direi di censura e di sanzione verso gli altri poteri. Ciò che sarebbe accaduto in misura molto minore se la Corte fosse stata istituita subito.

Ma anche la giurisdizione ordinaria fu profondamente sensibile a questo clima di conflitto civico *post e propter*-costituzionale, ed è storia che tutti conoscono. Ed è sempre questo conflitto che, a ben guardare, seguita a trasformare un fatto fisiologico come quello della rilevanza politico-costituzionale della funzione giurisdizionale in occasione di stupore e di scandalo.

Accennavo da principio ad un aspetto specifico e peculiare della funzione di indirizzo politico costituzionale della magistratura, aspetto consistente nella diffusione a tutti i magistrati di questa funzione.

Riesce piuttosto ostica a noi italiani questa situazione per cui una funzione sovrana di tal fatta risulta affidata non ad un vertice in cui si identifica un potere ma ad una rete di organi grossi tutti in posizione paritaria, a migliaia di uomini non collegati in rapporto di subordinazione gerarchica.

Eppure la realtà costituzionale è proprio questa. La sensazione di sorpresa che ne deriva dipende dalla nostra abitudine ad immaginare (perché tale è stata la nostra esperienza storica) i poteri sempre in termini «di vertice». I poteri: ma più esatto sarebbe dire *il potere*.

Penso infatti che la mentalità media italiana non abbia accettato intimamente la indipendenza della magistratura perché questa implica in modo necessario la mancanza di un vertice del potere giudiziario, e che questo a sua volta derivi dalla mancata cosciente accettazione del principio pluralistico del potere, principio fatto proprio dalla Costituzione repubblicana e indispensabile al meccanismo dell'equilibrio politico del nostro paese. In fondo la nostra mentalità è ancora tutta orientata verso la ricerca di *un* potere supremo, da identificare in una persona o in un organo. La stessa polemica sulla sovranità del solo parlamento è eco fedele di questa inconscia e abitudinaria aspirazione comune.

Si comprende allora come questa atavica concezione sia disturbata in profondo dal fatto che ogni giudice sia, nella sua funzione, sovrano al pari di tutti gli altri giudici, al pari anche di quelli che nella struttura processuale sono giudici di riesame, sembrando ai più che non si possa concepire potere senza vertice, e che se vertice manca non vi sia potere.

Molto tempo dovrà passare prima che questa novità costituzionale sia penetrata nella coscienza comune, ma non dubito che ciò avverrà. Piuttosto va notato come a questo disorientamento civico concorra, senza dubbio, anche l'atteggiamento tenuto dalla stessa magistratura, così diviso, così oscillante, così contraddittorio da volta a volta, da sede a sede, da uomo a uomo.

Come già diverse altre volte ho avuto occasione di scrivere, questo atteggiamento non va interpretato come prova della fallacia del sistema dell'indipendenza della magistratura, ma soltanto come costo riflesso della incertezza che esiste nella società. Paese incerto, magistratura divisa; la magistratura, come ogni altra istituzione pubblica, è uno specchio abbastanza fedele del paese.

Illusorio è quindi pensare che l'indipendenza della magistratura possa essere esente da gravi incertezze e contraddizioni nell'esercizio concreto della giurisdizione fino a che la società, dalla quale è emanata la magistratura, rimarrà così profondamente divisa come è oggi sui temi fondamentali della convivenza civile. Ma pericolosissimi sono tutti i ritorni di fiamma diretti al tentativo di restaurazione dell'*ancien regime*, mediante la limitazione dell'indipendenza del giudice perché, secondo quei giochi di causa ed effetto di cui è piena la storia, è solo attraverso la sua più integrale indipendenza che la magistratura si libererà del conformismo politico e di costume e insieme potrà cooperare a liberare dal medesimo conformismo la società: nel che, si è visto, si sostanzia in ultima prospettiva la funzione di indirizzo politico-costituzionale della magistratura.

Certamente il discorso non finisce qui, o meglio: arrivati a questo punto, dovrebbe cominciare un altro discorso, riguardante i sistemi selettivi, iniziali e successivi, atti a garantire un reclutamento della magistratura capace di dare e di formare migliori magistrati, i migliori magistrati, cioè gli uomini culturalmente più vivaci, il più possibile dotati di spirito critico e di generosità morale oltre che delle capacità tecniche indispensabili al mestiere, senza di che il compito di stimolo e di partecipazione civile affidato alla magistratura si vanificherebbe; perché è evidente, mi pare, che le istituzioni non vivono per conto proprio ma si realizzano per quel che devono essere nella misura (in gran parte) degli uomini che le impersonano.

Questa esigenza è forse più penetrante che altrove proprio per la magistratura, in conseguenza del fatto che *ogni* magistrato è indipendente, che *ogni* magistrato esprime la sovranità del potere giudiziario: l'elemento personale ed umano balza in primo piano.

Ma è anche un discorso che non può essere fatto qui. L'argomento sta già impegnando un gruppo di magistrati, esistono già studi e proposte dirette a delineare un nuovo sistema di selezione, sempre fondato sul concorso pubblico iniziale ma completamente innovatore sui criteri di formazione e di destinazione di lavoro del magistrato, e che si propone di sostituire ai valori fin qui riconosciuti prevalenti nell'attività giurisdizionale, altri valori ritenuti più congeniali a dare alla figura del giudice non soltanto la indipendenza formale ma anche e soprattutto quella sostanziale: non soltanto la negativa indipendenza *da* ma anche la positiva indipendenza *di*, cioè, per concludere, proprio la sapienza, la capacità di collaborare efficacemente alla formazione del costume civile secondo i fini voluti dalla Costituzione.

Dove si vede che, avendo cominciato il discorso con un accenno alla tecnica giuridica e a chi la intende come insuperabile diaframma per negare la legittimità della funzione di indirizzo politico costituzionale della giurisdizione, si può dimostrare che superesaltazione del momento tecnico e negazione di tale funzione nella giustizia non sono a caso abbinati, ma corrispondono a una concezione unitaria del modo di essere del giudice nella società. A questa concezione si contrappone quella che nelle pagine precedenti ho cercato di delineare; e che non so se razionalmente o razionalisticamente sia più vera della vecchia ma alla quale va dato il credito della buona volontà e della speranza che possa, una volta realizzata, rendere servizi civici migliori di quelli offerti fino ad ora, per l'arco di quasi due secoli, dalla giustizia vista e organizzata secondo la concezione, contrapposta, della superesaltazione della tecnica giuridica e del distacco del giudice dalla vita del proprio paese.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org