

Gennaio 2021

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
1/2021

Opinione

1 “INSEGUENDO LA LIBERTÀ (E LA VERITÀ)” IN MATERIA DI DROGHE

Intervista a Carl L. Hart

Susanna Arcieri, Carl L. Hart

Conversazione

17 TUTTA LA VERITÀ SULLE DROGHE

Una conversazione con Carl L. Hart

Susanna Arcieri, Claudio Dalpiaz,
Alessandra Ferrazzi Portalupi,
Carl L. Hart*Conversazione*

11 ALLA RADICE DELL'IMPUTABILITÀ E DELLA COLPEVOLEZZA PENALI. CONVERSAZIONE CON MASSIMO CACCIARI – CH. 2

*Libertà, giustizia e inferno dantesco
del diritto penale. Filosofia
e diritto penale tra Dike e Nomos*Susanna Arcieri, Fabio Basile, Raffaele
Bianchetti, Paola Emilia Cicerone,
Massimo Cacciari*Riflessione*

27 LA DIREZIONE DI DPU A COLLOQUIO CON MASSIMO CACCIARI

Paola Emilia Cicerone

Articolo

31 L'ARTE DEL DELITTO

L'impatto dell'attività criminale
delle c.d. "archeomafie" sul patrimonio
culturale nazionale e la responsabilità
penale del mercante d'arte

Alba Cinque

Conversazione

65 LINGUA DEL DIRITTO
E LINGUAGGI DI
GENERE – CH. 1

*Le parole non sono neutre: il
maschile e il femminile nella lingua*

Alessandro Rudelli, Emanuela
Abbatecola, Angela Condello

Riflessione

45 DELITTO, CASTIGO,
PENA E PERDONO

*Una conversazione
con Adriano Prosperi*

Raffaele Bianchetti, Adriano Prosperi

Conversazione

71 LE “*QUESTIONS DE
SOCIÉTÉ*”: CONFINE
TRA SINDACATO
DI COSTITUZIONALITÀ
E DISCREZIONALITÀ
DEL LEGISLATORE

Maria Rosaria Donnarumma

61 SOLDI SPORCHI.
ECONOMIA,
SISTEMI FINANZIARI
E RICICLAGGIO
INTERNAZIONALE – CH. 2

*Lo scandalo dei Fincen Files.
Una conversazione
con Giovanna Marcolongo*

Elisa Padoan, Giovanna Marcolongo

Conversazione

Articolo

87

**THE USE OF CRIMINAL
LAW TO FIGHT COVID-
19-RELATED
EMERGENCIES
AND THE DANISH CASE:
PLACEBO OR PANACEA?**

Alice Giannini

Riflessione

109

**RELAZIONI PERICOLOSE
NEL “TERZO SPAZIO”**

Vincenzo Scalia

Fonte storica

121

**È REATO IL C.D.
CRIMINE
DEL “COLLETTA
BIANCO”?**

Edwin H. Sutherland, Raffaele
Bianchetti

Riflessione

106

**LE COMPONENTI
IMPULSIVE
DELLA CONDOTTA.
TRA IMPUTABILITÀ,
(PRE)COLPEVOLEZZA
E PENA**

Prefazione

Francesco Palazzo

Riflessione

129

**IL CERVELLO,
IL CRIMINALE
E I TRIBUNALI**

Eryn Brown

Storia

136

**ANGIE E PATIENCE
(CASO N. 4)**

Paolo Oddi

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



Opinione

— “Inseguendo la libertà (e la verità)” in materia di droghe

Intervista a Carl L. Hart

“Chasing liberty (and truth)” in the fields of drugs

Interview with Carl L. Hart

di Susanna Arcieri, Carl L. Hart

«I pericoli maggiori delle droghe derivano dal loro essere illegali». Questo è ciò che leggiamo nella presentazione del suo libro di prossima uscita, [Drug Use for Grown-ups: Chasing Liberty in the Land of Fear](#).

Può spiegarci meglio cosa intende con questa affermazione? Significa, in particolare, che le droghe non sono pericolose in sé? Se sì, in che misura e su quali basi? Più nello specifico, dal suo punto di vista di neuroscienziato, cosa può dirci in merito al binomio "droga-condotte violente", di cui spesso si sente parlare? Esiste un fondamento scientifico (e statistico) a supporto di questa correlazione?

Nel corso dei miei 25 anni di carriera, ho scoperto che nella maggior parte dei casi l'uso di sostanze stupefacenti causa danni minimi o nulli e che, in alcune condizioni, il consumo responsabile di droga è effettivamente benefico per la salute dell'uomo e per il suo funzionamento.

Anche le sostanze "ricreative" possono migliorare la vita quotidiana, e infatti lo fanno. Diversi studi condotti su larga scala hanno dimostrato, ad esempio, che il consumo moderato di alcol è associato a minori rischi di ictus e di sviluppo di malattie cardiache, i quali rappresentano le prime cause di morte negli Stati Uniti ogni anno. Sono stati osservati numerosi effetti benefici anche con riferimento ad altre sostanze, tra cui l'MDMA e gli oppioidi.

Sulla base della mia esperienza – che unisce l'attività da me svolta in campo scientifico al mio consumo personale di droghe –, ho appreso che le sostanze ricreative possono essere utilizzate in tutta sicurezza per migliorare molte delle attività essenziali dell'essere umano.

Poiché però molte droghe sono illegali, milioni di persone, quasi sempre povere, vengono arrestate per possesso e commercio di sostanze stupefacenti. Questa circostanza, ovviamente, può causare enormi danni alla salute e alla vita stessa degli individui.

D'altra parte, riconosco che esiste una tendenza, da parte della collettività, a ritenere che alcune droghe inducano coloro che ne fanno uso a diventare aggressivi, violenti, e che consentano loro addirittura di acquisire una forza sovrumana.

Spesso sono gli organi di polizia a fare questo tipo di affermazioni, con riguardo alla metanfetamina alla fenciclidina, *alias* PCP o "polvere d'angelo".

Il fatto è che non esistono prove empiriche a sostegno di questa tesi, che dunque è infondata.

In effetti, ci sembra che l'atteggiamento psicologico verso le droghe e verso i danni che possono causare alla salute sia molto lontano dalle evidenze scientifiche descritte nei suoi libri. È così? Può fornirci alcuni esempi lampanti di questa differenza di opinioni? A suo avviso, perché è così difficile per le persone accettare alcune scoperte scientifiche sulle droghe?

Gli esponenti della politica e gli altri rappresentanti delle autorità spesso utilizzano le droghe come capro espiatorio per evitare di affrontare problemi sociali complessi, come ad esempio gli alti tassi di disoccupazione, la carenza di posti di lavoro adeguati a garantire uno *standard* di vita minimo, o i bassi livelli di istruzione.

I capi dei governi sanno che è molto più vantaggioso, dal punto di vista politico, offrire quelle che sembrano soluzioni immediate a emergenze legate alla droga del tutto inventate (come ad esempio assumere più poliziotti), piuttosto che investire in politiche sociali necessarie, i cui benefici però potrebbero non essere visti anche per diversi anni dopo il ciclo elettorale.

Del resto, negli Stati Uniti, i politici non danno ascolto a ciò che dice la scienza neppure quando si tratta di gestire problemi come il cambiamento climatico o il COVID-19; dunque non sorprende che non accettino le evidenze scientifiche in tema di droga.

Viviamo in una cultura in cui è considerato bello, persino indice di coraggio, essere ignoranti e disinformati. Questo *ethos* è per me causa di profonda tristezza.

In un recente articolo pubblicato sul *New York Times*, ha parlato di droga e discriminazione razziale in relazione all'omicidio di Floyd.

Com'è il clima culturale oggi negli Stati Uniti, nel contesto del movimento *Black Lives Matter*? La storia di George Floyd ha portato qualche presa di posizione per combattere il ricorso al carcere come strumento di segregazione razziale? Quali prospettive vede all'orizzonte per gli afroamericani accusati di reati?

Questa è una domanda difficile, perché le manifestazioni di razzismo del 2020 – e la risposta che a essi ha dato il nostro governo – hanno mostrato con brutale chiarezza che il valore della vita dei neri negli Stati Uniti è considerato di gran lunga inferiore al valore della vita dei bianchi.

Ero consapevole del fatto che la vita non sempre è giusta, ma quest'anno è stato evidente, in modo inequivocabile, che la vita non è giusta in particolar modo per i cittadini neri e che, di questa circostanza, a molti dei nostri fratelli e sorelle bianchi non potrebbe importare di meno.

Non mi aspetto che questa situazione cambi presto. Nondimeno, continuo a battermi per la giustizia negli Stati Uniti, e attendo anche con ansia il giorno in cui potrò chiamare “casa” un altro paese.

Come saprà, qui in Italia abbiamo un grave problema di sovraffollamento carcerario, dove circa un terzo dei detenuti è accusato (o è stato condannato) per reati di droga, e nel suo Paese le cose stanno sostanzialmente allo stesso modo.

In questo contesto, qual è la sua posizione in merito all'anti-proibizionismo/alla liberalizzazione delle droghe? Quali sono, sulla base dei suoi studi, i maggiori impatti sociali (in positivo o in negativo) di un approccio più permissivo nei confronti del consumo di droga?

La mia posizione è semplice e chiara: nessun buon governo dovrebbe vietare alle persone adulte e autonome di alterare la loro coscienza, purché ciò non si traduca in una lesione dei diritti degli altri.

Immaginate che il vostro governo vi proibisca di fare esercizio fisico per sviluppare la vostra forza o la vostra resistenza. Sarebbe ridicolo, esattamente come è ridicolo il divieto che le autorità impongono agli individui di esplorare la propria coscienza.

Nel titolo del suo libro ha utilizzato la frase «inseguendo la libertà». Ritiene che coloro che fanno uso di droghe siano sempre “liberi” di scegliere se (continuare ad) assumere le sostanze? Più in particolare, qual è la sua opinione su quel filone di ricerca secondo cui la

dipendenza da sostanze è una vera e propria malattia del cervello e, in particolare, una sorta di «malattia del libero arbitrio»¹?

Solo per essere chiari, non esistono prove concrete a supporto del fatto che il consumo di droghe a scopo ricreativo provochi danni al cervello dell'uomo; né ci sono prove credibili in grado di dimostrare che la dipendenza è il prodotto di un'anomalia cerebrale.

Sono andato in cerca di prove di questo tipo per oltre 20 anni e non ne ho trovate.

La frase «inseguendo la libertà» rappresenta un omaggio alla nostra Dichiarazione di Indipendenza, la carta fondamentale degli Stati Uniti. La Dichiarazione afferma che ognuno di noi è titolare di alcuni «diritti inalienabili», tra cui «la vita, la libertà e la ricerca della felicità», e che i governi esistono proprio allo scopo di tutelare questi diritti.

Quindi, a mio avviso, l'utilizzo delle droghe per la ricerca della felicità è una condotta che il governo è tenuto a garantire. Non si è però dimostrato in grado di farlo.

E così, io continuo a inseguire la mia libertà.

Nella presentazione del libro si legge anche che: «se usate in modo responsabile, le droghe possono arricchire e migliorare significativamente la nostra vita». Che cosa intende dire con questa affermazione?

Le droghe possono aumentare la sensazione di piacere, favorire un atteggiamento di apertura, accrescere l'intimità, l'energia, la soddisfazione sessuale e numerose altre esperienze che le persone comuni abitualmente cercano.

È per questo motivo che ci sarà sempre richiesta di sostanze stupefacenti e di qualsiasi altro prodotto in grado di amplificare la gioia e mitigare la sofferenza umana.

Parlando ora delle possibili strategie per affrontare i numerosi problemi connessi all'attuale politica sulle droghe (negli USA, ma non solo) e alla tendenza generale che induce a "demonizzare" il consumo e i consumatori di droghe, lei afferma: «è un problema educativo».

Come possiamo promuovere un cambiamento culturale che apra le porte a una politica sulle droghe maggiormente fondata sulla realtà e, dunque, sulle conoscenze scientifiche?

Tutti coloro che studiano gli effetti diretti delle sostanze ricreative sull'individuo sanno che la stragrande maggioranza delle conseguenze del consumo di questo tipo di droghe sono positive. Tuttavia, molti hanno sostanzialmente taciuto questo dato.

¹ V., ad es., N. Volkow, *Addiction Is a Disease of Free Will*, NIDA, 2015, citato in S. Arcieri, [La dipendenza è una malattia del cervello?](#), in questa rivista, 2 settembre 2020.

Per alcuni è un problema di codardia, altri invece ricevono enormi finanziamenti per sostenere che le droghe fanno male. Saremmo condannati ad aspettare in eterno se il momento della nostra liberazione dipendesse dagli esperti in materia di droga.

Sarebbe importante a mio avviso che i consumatori di sostanze delle classi medie, che sono persone rispettabili, la smettessero di tenere nascosto il proprio consumo e "uscissero allo scoperto". Se più persone seguissero questa strada, sarebbe estremamente difficile etichettare tutti i consumatori come soggetti irresponsabili e come individui problematici nella nostra società.

I consumatori di droga che appartengono alla classe media devono uscire allo scoperto, come atto di disobbedienza civile. Una manifesta violazione di massa delle leggi che vietano agli adulti il consumo di droghe metterebbe in luce la spietata ingiustizia delle politiche antidroga, che di frequente vengono utilizzate ai danni delle persone più povere e politicamente deboli.

Siamo curiosi di sapere qual è l'atteggiamento prevalente nei confronti delle sue posizioni in tema di droga da parte della comunità scientifica (se lei visse in Italia, sarebbe indubbiamente una persona "politicamente scomoda"...)?

"Politicamente scomodo". È divertente. Ma è vero. Negli Stati Uniti evitiamo di utilizzare espressioni tanto schiette o sincere.

Piuttosto, potrei essere descritto come uno che sostiene una posizione "minoritaria" o "impopolare". Ma mi piace molto di più "politicamente scomodo", perché è onesto.

Tenete però presente che io sono un nero americano, il che significa che sono stato "politicamente scomodo" per tutta la mia vita, vale a dire da più di cinque decenni.

Per questo motivo, non mi sono mai preoccupato di quale fosse l'opinione della cultura dominante nei miei confronti, né mi interessa ciò che la comunità scientifica pensa di me.

Ciò che mi interessa di più è il fatto di essere un uomo onesto, un essere umano onesto, che combatte per la giustizia per conto di coloro che sono "politicamente scomodi".

Opinione

— “Chasing liberty (and truth)” in the fields of drugs

Interview with Carl L. Hart

“Inseguendo la libertà (e la verità)” in materia di droghe

Intervista a Carl L. Hart

by Susanna Arcieri, Carl L. Hart

«The greatest dangers from drugs flow from their being illegal». This is what we read in the presentation of your forthcoming book, [Drug Use for Grown-ups: Chasing Liberty in the Land of Fear](#).

Can you tell us more about this statement? Does it mean, in particular, that drugs are not dangerous by themselves? More in particular, from your perspective as a Neuroscientist, what can you tell us about the correlation “drug-violent behaviors” we often hear about? Does this correlation make sense scientifically (and statistically) speaking?

Over my 25-year career, I have discovered that most drug-use scenarios cause little or no harm and that some responsible drug-use scenarios are actually beneficial for human health and functioning.

Even “recreational” drugs can and do improve day-to-day living. Several large research studies have shown that moderate alcohol consumption, for example, is associated with decreased risk of stroke and heart disease, the top killers in the United States each year. A number of beneficial effects have been observed with other drugs as well, including MDMA and opioids.

From my own experience – the combination of my scientific work and my personal drug use, I have learned that recreational drugs can be used safely to enhance many vital human activities.

But because many drugs are illegal, millions of people, mainly poor people, are arrested for possessing and selling drugs. This, of course, can cause tremendous harms to people's health and lives.

Still, I recognize that there is a public perception that some drugs cause its users to become aggressive, combative and even acquire superhuman strength.

The police often make this assertion about methamphetamine and phencyclidine, a.k.a. P.C.P. or "angel dust".

The fact is that there is no empirical evidence to support this unsubstantiated notion.

It seems to us, actually, that the psychological attitude towards drugs and towards the damage they can cause to health is very far from the scientific evidence you describe in your books. Is that so? Can you give us some striking examples of this difference of views? In your opinion, why is it so difficult for some people to accept some science breakthroughs on drugs?

Politicians and other authorities often scapegoat drugs in order to avoid addressing complex social problems – e.g., high unemployment, inadequate life-sustaining jobs, poor education.

Politicians know that it's far more politically expedient to offer what looks like immediate solutions to trumped-up drug crises, such as hiring more cops, than it is to invest in appropriate social policies whose benefits may not be seen for several years after the election cycle.

In the U.S., politicians don't even follow the science when it comes to climate change or COVID-19, so it's not surprising that they don't accept the science on drugs. We live in a culture where it's cool, and even courageous, to be ignorant and uninformed. This ethos causes me a great deal of sadness.

In a recent article published on *The New York Times*, you talked about drugs and racial discrimination in connection with Floyd's murder. How is the cultural climate today in the USA, within the context of the *Black Lives Matter* movement? Has George Floyd's story led to any stance to combat the use of prison as an instrument of racial segregation? What prospects do you see on the horizon for the African-American accused of crimes?

This is a difficult question, because the racist events of 2020 – and our government's response to them – has shown with brutal clarity that Black life in the US is valued less than White life.

I knew that life wasn't necessarily fair, but this year has made it unequivocally clear that it is particularly not fair for Black citizens and many of our white brothers and sisters could care less.

I don't expect this situation to change anytime soon. Nevertheless, I continue to work for justice in the US but also look forward to the day when I will call another country "home".

In Italy, as you know, we are facing a serious prison overcrowding crisis, and about a third of inmates are charged with (or condemned for) drug offences, and in your Country is basically the same. In this framework, what is your position on anti-prohibitionism/liberalization of drugs? What are, according to your studies, the main social impact (positive or negative) of a more permissive approach to drug consumption?

My position is simple and clear: no benevolent government should forbid autonomous adults from altering their consciousness, as long as it does not infringe on the rights of others.

Imagine if your government prevented you from exercising to develop your strength or stamina. It's silly, just as silly as it is for that government to prevent you from exploring your consciousness.

In the title of your book, you use the phrase «chasing liberty». Do you think that drug users are always "free" to choose whether to take (continue taking) drugs? More specifically, what do you think about the line of research according to which substance addiction is a full-fledged brain disease and, in particular, a sort of «disease of free will»¹?

To be clear, there is no solid evidence that human recreational drug use causes brain damage; nor is there credible evidence showing that addiction is caused by a brain abnormality.

I have looked for this evidence for more than 20 years and have found none.

The phrase "chasing liberty" is homage to our Declaration of Independence, the founding document of the US. The Declaration asserts that each of us is endowed with certain "unalienable Rights", including "Life, Liberty and the pursuit of Happiness", and that governments are created for the purpose of protecting these rights.

Thus, in my view, the use of drugs in the pursuit of happiness is an act that the government is obliged to safeguard. It has failed.

And so I continue my chase for liberty.

¹ See, for ex., N. Volkow, *Addiction Is a Disease of Free Will*, NIDA, 2015, cited in S. Arcieri, *Is addiction a brain disease?*, in *this journal*, September 2, 2020.

In the presentation of the book, we also read that: «When used responsibly, drugs can powerfully enrich and enhance our lives». What do you mean by that?

Drugs can enhance pleasure, openness, intimacy, energy, sexual satisfaction, and a range of other experiences normal people routinely seek.

Thus, there will always be a demand for them or any commodity that enhances joy and mitigates human suffering.

Talking about the possible ways to face the many problems related to the current drug policy (in the USA, but not only) and to the general tendency to “demonize” drug consumption and drug users you say that: «This is about education». How can we promote a cultural shift that could open the doors to a more realistic and hence scientifically sound drug policy?

Everyone who studies the direct effects of recreational drugs in people knows that recreational drug effects are overwhelmingly positive. But most have remained practically silent about this fact.

Some are cowards, others receive loads of grant funding to show that drugs are bad. We would be waiting forever if our liberation was dependent upon the drug scientist.

Therefore, I recommend that respectable middle-class drug users stop concealing their use, “get out of the closet”. If more people followed this advice, it would be extremely difficult to pigeonhole all users as only irresponsible, troubled members of our society.

Middle-class drug users need to get out of the closet, as an act of civil disobedience. This type of massive, blatant disregard for laws that prohibit adult drug use would highlight the ruthlessly unjust drug schemes that are so frequently used against the poor and politically weak.

We are curious to know what is the prevailing attitude towards your position on drugs within the scientific community (If you lived in Italy, you would undoubtedly be a “politically inconvenient” person...)

“Politically inconvenient”. That’s funny. But it’s true. In the US, we avoid this type of honesty or truthfulness.

Instead, I might be referred to as someone who holds a “minority” or “unpopular” point of view. But I like “politically inconvenient” much better, because it’s honest.

Please understand, however, that I am a Black American, which means I have been “politically inconvenient” for my entire life that spans more than five decades.

So, I have never been concerned about the dominant culture’s view of me, nor am I concerned about what the scientific community thinks of me.

The thing that concerns me most is that I am an honest man, an honest human, who fights for justice on behalf of the “politically inconvenient”.

Conversazione

— Alla radice dell'imputabilità e della colpevolezza penali. Conversazione con Massimo Cacciari – Ch. 2

Libertà, giustizia e inferno dantesco del diritto penale.
Filosofia e diritto penale tra *Dike* e *Nomos*

*At the root of criminal imputability and guilt. Conversation with
Massimo Cacciari – Ch. 2*

*Freedom, justice and Dante's Hell in criminal law.
Philosophy and criminal law between Dike and Nomos*

*di Susanna Arcieri, Fabio Basile, Raffaele Bianchetti, Massimo Cacciari (coordina:
Paola Emilia Cicerone)*

“Al cuore (o al cervello) dell'imputabilità e della colpevolezza, tra scienza, filosofia e diritto penale. Si può davvero ancora sostenere che l'uomo è libero? La coscienza è l'*iceberg* dell'inconscio che il diritto penale non può (o non vuol) vedere”

Ascoltando le Sue riflessioni, ci torna in mente un libro di Massimo Nobili, che ha definito il diritto penale una «immoralità necessaria»¹. Lei ha detto che il diritto penale puzza d'inferno; Nobili aggiunge che il diritto penale, per quanto immorale, è però necessario, come una sorta di male inevitabile. È d'accordo? O al contrario sarebbe possibile abbandonare il diritto penale in favore di un paradigma diverso, basato su diversi valori, ad esempio sul perdono?

Qui il discorso cambia di dimensione. Io credo che, da tutto quanto abbiamo osservato finora², discende che il diritto penale e le sue norme dovrebbero limitare il più possibile la libertà delle persone. Per ragioni logiche: se il diritto penale si basa sul presupposto, di per sé indimostrabile (è molto arduo, infatti, dimostrarlo scientificamente), dell'esistenza del libero arbitrio, allora il diritto penale dovrebbe orientarsi sempre più verso forme che non escludono la libertà e che anzi ne riducono al minimo la limitazione. È logico.

Al contrario, è del tutto illogico ricorrere alla pena sul presupposto della convinzione che il libero arbitrio esista. In altre parole: se io presuppongo che siamo liberi, non punisco il prossimo chiudendolo in galera. Semmai ci parlo, e ci parlo ancora, e ancora, e lo rieduco, proprio perché lo ritengo libero. Se lo chiudo in galera è perché, come Dante, penso che non sia libero.

Quindi, se ho capito bene, la Sua proposta condurrebbe, invece che a limitare la libertà, a promuovere il dialogo, proprio sul presupposto di questa libertà. Ma non ci siamo mai riusciti nella storia dell'umanità.

Mai. Ma la storia dell'umanità è un inferno.

Nel testo che ha scritto con Natalino Irti c'è un passaggio sul quale Le chiediamo un breve commento. Si legge: «*Dike*, la Giustizia, figlia degli Dei, sarà forse costretta, alla fine del suo destino, a coincidere con *Nomos*, il diritto posto dalla volontà umana uscita da una guerra vittoriosa? La Giustizia apparirebbe allora come un fatto, indisgiungibile dal fatto del potere e delle sue leggi»³.

Qual è il rapporto tra *Dike* e *Nomos*? E *Nomos*, secondo Lei, può intendersi come una mera espressione di volontà di esercitare il potere?

Nel saggio spiego, appunto, che se *Nomos* si riduce a essere mera espressione del potere, allora si tratta di un potere che non avrà mai alcuna *auctoritas*. Questo è poco ma sicuro. Ecco allora il perché del richiamo a *Dike*: il riferimento alla giustizia emerge, cioè, come un'esigenza alla base dell'esercizio del potere.

¹ M. Nobili, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, il Mulino, 2009.

² Si veda la prima parte della conversazione, sul tema [La coscienza umana tra scienze biologiche e filosofia, in questa rivista](#), 16 dicembre 2020.

³ Dalla quarta di copertina di M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, La nave di Teseo, 2019.

Irti ritiene che ogni richiamo alla giustizia sia il richiamo a qualcosa di trascendente al diritto positivo. A mio avviso non è così. È infatti nell'ambito stesso del *Nomos* che emerge l'esigenza di una sua giustificazione; è qualcosa di immanente alla sua posizione. Altrimenti il *Nomos* non è altro che un mero fatto; non avrà alcuna durata, stabilità, sulla sua base non sarà mai possibile costituire uno Stato, come direbbe Machiavelli. Machiavelli, ma anche Spinoza, ritenevano che ci fosse bisogno di una dimensione religiosa per rendere stabile il *Nomos*. Ma anche senza questa dimensione, è evidente che il suo giustificarsi sia una posizione immanente del *Nomos*.

Lo sapete meglio di me: nel mondo del secondo dopoguerra, nasce il diritto costituzionale. Che cos'è il diritto costituzionale, se non l'esigenza del *Nomos* di giustificarsi, rimandando ad una dimensione che non trascende dal *Nomos* stesso, ma che deve essere immanente in ogni sua espressione?

Il diritto penale deve giustificare il fatto di comminare una pena, deve spiegare perché lo fa. Non può limitarsi a **spiegare perché** porta a chiudere le persone in galera. Deve **giustificare** il fatto di farlo.

Si potrà invocare, ad esempio, l'esigenza di garantire la sicurezza, ma anche questo è solo un fatto, che deve essere dimostrato, fattualmente. Ciò che il diritto penale fornisce non sono mai giustificazioni, ma sempre fatti. La giustificazione può nascere solo dai principi di cui parlavamo prima.

Come dicevamo poco fa, questi sono problemi che attraversano tutta la storia dell'umanità. Secondo Lei, la scienza moderna può (o potrà) dare un contributo nuovo alla filosofia nell'affrontare queste questioni?

Torniamo al discorso di prima. Al fatto cioè che la nostra consapevolezza, la nostra coscienza, la nostra libertà o sentimento di libertà sono del tutto relativi. Non in un senso banalmente relativistico, quanto piuttosto nel senso che tutte queste dimensioni devono essere messe in relazione a qualcos'altro. *Pros ti*, direbbe Aristotele⁴.

Ciò riguarda ogni nostra azione così come ogni nostra parola: quando noi parliamo, siamo altrettanto parlati; ogni parola, la sintassi, le abbiamo ereditate. Guai a quel giudice e a quel legislatore che non siano coscienti di ciò.

Prima abbiamo parlato della coscienza e del suo substrato biologico. Sappiamo che questo substrato viene spesso imitato, nel tentativo di riprodurlo, tramite la tecnologia. Secondo Lei, possiamo immaginare, nel prossimo futuro, un'entità artificiale dotata dello stesso substrato biologico del cervello umano e quindi capace anch'essa di fare quel "salto" e acquisire la coscienza (così da poter divenire destinataria di precetti e punizioni)?

⁴ Cfr. Aristotele, *Le categorie, introduzione*, traduzione e note di M. Zanatta, Rizzoli, 1989 (Cat. 7).

Questa è una delle questioni di frontiera che voi giuristi dovrete affrontare. Sicuramente la cosiddetta intelligenza artificiale dominerà nelle nostre vite nei prossimi anni, e questo darà origine a nuovi problemi giuridici. Ad esempio, bisognerà interrogarsi sull'imputabilità di alcuni tipi di macchine.

L'intelligenza artificiale sarà in grado di modificarsi per adeguarsi all'ambiente? Il nostro cervello lo fa; si tratta di un passaggio essenziale dell'evoluzione, che per l'essere umano è anche un'evoluzione culturale.

Le macchine saranno in grado di interagire con il contesto che le circonda? Saranno capaci di rispondere a domande imprevedibili? Noi lo siamo. A mio parere, è possibile che un giorno sarà così. Certo, occorrerà innanzitutto avere una mappa perfetta dei miliardi di interconnessioni e sinapsi che compongono il nostro cervello e, poi, capire come fare a riprodurle all'interno di una macchina.

Ma la mia domanda di fondo, che pongo spesso agli scienziati, è: che cosa ce ne faremmo di tutto questo? Voglio dire: sappiamo da millenni come si crea l'uomo – è relativamente semplice e a volte anche piacevole – e sappiamo anche come creare le macchine, lo facciamo da sempre e continuiamo a crearne di nuove perché ci servono. Ma non abbiamo bisogno che la tecnologia ci aiuti a creare altri uomini: non abbiamo bisogno di uomini, ci servono schiavi. Ci servono quindi macchine che funzionino nel modo che noi decidiamo, che ci obbediscano e servano alla funzione che noi abbiamo stabilito. È evidente.

Se vediamo le cose in questo modo, allora il problema diventa semplice, anche a livello giuridico: il responsabile della condotta della macchina sarà sempre e solo il suo padrone. Se invece creo un uomo, allora sarà responsabile lui, in quanto uomo. Tuttavia, l'idea di poter creare un uomo in laboratorio è un sogno di una ingenuità assurda, che rimane relegato nel mondo della fantascienza e della letteratura.

Sempre con riferimento alla coscienza, abbiamo detto che tutto ciò che facciamo, diciamo o pensiamo a livello conscio è solo la punta di un immenso *iceberg* che resta per la maggior parte inconscio e inconoscibile agli altri. Come si concilia tutto questo con il paradigma giuridico della colpa? È cioè possibile (e sensato) parlare di "colpe" se non conosciamo quali sono le vere ragioni del nostro agire?

Sì che ha senso, è evidente.

Io non ho detto che l'inconscio travolge il conscio. Certo, può capitare: è ciò che accade quando gli esperti di scienze del cervello accertano che un individuo è effettivamente e completamente incapace d'intendere e di volere. Ciò che sostengo è che, dal momento che esiste l'inconscio, noi siamo estremamente difficili da decifrare, e questa circostanza va ricordata sempre.

Non è di per sé irrazionale, a mio avviso, dare un giudizio sull'atto: è irrazionale giudicare un atto presupponendo che esista solo la coscienza.

Se guardiamo al diritto penale, è chiaro che il centro di tutto – e il dramma vero – è il momento del processo: è infatti sul processo che si basano la nostra civiltà e il nostro stesso atto di porci delle domande, sulla natura dell'essere umano e del mondo in cui viviamo. Pensiamo alla tragedia greca, ai dialoghi platonici; lo stesso Kant usava la metafora del tribunale e del processo per parlare dell'osservazione dei fenomeni.

Quella del processo è dunque la grande metafora della nostra civiltà. In questo complesso e lunghissimo dibattito, tutto si svolge come se la nostra anima avesse un egemone, la parte noetica, razionale, depositaria del nostro essere libero. È inevitabile che sia così, altrimenti non potremmo giudicare nulla.

Ma c'è modo e modo di giudicare. Occorre giudicare con modestia, senza mai perdere il senso della misura. Filosofia e diritto devono essere modesti.

Quanto, secondo Lei, la dottrina cristiana ha influenzato il discorso sulla responsabilità e sulla colpa nella storia dell'uomo?

Si tratta di un tema vastissimo. Prima citavo l'inferno dantesco: lì vi è l'idea di una giustizia fortissima, la stessa che permea tutta la tradizione cristiana e la cui architrave è la giustizia divina.

Prendiamo ad esempio i grandi affreschi di Lorenzetti, *Allegoria ed Effetti del Buono e del Cattivo Governo* a Siena: la scena è totalmente laica, e tuttavia il diritto – distributivo, commutativo, penale, amministrativo – è dominato dalla giustizia divina. Anche l'immagine del potere politico ha accanto la raffigurazione delle virtù cardinali e, sopra, delle virtù teologiche.

Il giudice, colui che dice lo *ius*, deve sempre tenerlo presente nell'emettere le sue sentenze. Dante stesso è un giudice, che però non giudica di per sé, o sulla base del diritto di uno Stato: giudica profeticamente, a nome di una giustizia divina.

Nel corso della storia, tutti questi potenti nessi sono crollati. Come disse Leopardi, «Iddio è distrutto»⁵. Cosa vuol dire, qui, "Iddio"? Iddio indica proprio queste relazioni potenti, tra immanenza e trascendenza, tra il *Nomos* e la *Dike*.

Però nel cristianesimo, questo è importantissimo, subentra un'altra idea: accanto, cioè, al concetto fondamentale di una giustizia "matematica", perfetta nel risarcire la colpa – un concetto che non potremo mai cancellare dalla nostra mente, perché come sappiamo il nostro cervello è anche cultura – compare infatti l'idea di una giustizia che è sinonimo di amore e di perdono.

Entrambe queste idee ce le tiriamo dietro continuamente, **concretamente**, ossia nella stessa prassi del diritto. La giustizia divina di Dante è vinta dall'amore. Dio è vinto dall'amore. C'è una donna, Maria, nel cuore di Dio. Da questo origina, di conseguenza, la

⁵ G. Leopardi, *Pensieri di varia filosofia e di bella letteratura*, Volume I, a cura di G. Carducci, *Successori Le Monnier*, 1898, p. 101.

nozione di perdono: la colpa viene perdonata. Ed è straordinario come questa idea, assente nel classico, pervada ancora oggi la nostra cultura.

Tanto che anche il più ateo tra i giudici ha in qualche modo a che fare con queste idee: anche se inconsciamente, esse sono ben radicate nella sua testa, nel suo cervello, e deve farci i conti continuamente.

Quali sono oggi secondo Lei, se ce ne sono, i possibili campi e le ricerche comuni che possono interessare la filosofia e la scienza penale?

Credo che il rapporto della filosofia con la scienza dovrebbe basarsi su quanto detto all'inizio: sull'importanza, cioè, di conoscere il nostro corpo. Anche chi si occupa di diritto dovrebbe saperlo. È un vero e proprio dovere etico.

E conoscere il nostro corpo significa conoscere le basi biologiche della nostra coscienza. Sono convinto che sarebbe molto utile se in tutte le facoltà, di ogni ordine e grado e di ogni materia, ci fosse un piccolo insegnamento che ci permetta di arrivare a conoscere il nostro corpo.

Conversazione

— Tutta la verità sulle droghe

Una conversazione con Carl L. Hart¹

The whole truth about drugs

A conversation with Carl L. Hart

di Susanna Arcieri, Claudio Dalpiaz, Alessandra Ferrazzi Portalupi, Carl L. Hart

Le Sue ricerche l'hanno portata a escludere l'esistenza di effetti dannosi prodotti da alcune droghe (metanfetamina e cannabis) sul cervello umano. È arrivato a conclusioni analoghe anche con riguardo alle "droghe pesanti" (ad es. eroina e cocaina)?

Ho preso come esempio le metanfetamine in quanto esse, tra le varie tipologie di droghe – come l'eroina, la cocaina, la marijuana – sono l'unica classe di sostanza in grado di produrre neurotossicità, danneggiando le cellule cerebrali. La cocaina, assunta in dosi elevate, molto difficilmente produce neurotossicità; anche l'eroina, ad alte dosi, molto di rado genera neurotossicità. Pertanto, è soprattutto con le anfetamine che è possibile osservare realmente effetti sul cervello. Se non si registrano effetti nel caso delle anfetamine, di certo non se ne potranno vedere con l'eroina o con qualsiasi altra sostanza diversa dalle anfetamine. D'altra parte, le anfetamine vengono somministrate agli animali in dosi molto, molto elevate: venti, anche quaranta volte superiori rispetto a quelle assunte dagli esseri umani. In questi casi è possibile riscontrare dei danni alle cellule cerebrali. Se somministriamo la medesima dose all'animale, dopo aver fatto in modo che questo sviluppi una tolleranza alla sostanza – attraverso una somministrazione costante di piccole dosi protratta per diversi giorni – non registriamo alcun effetto tossico.

Il punto è che è molto difficile produrre neurotossicità o danni cerebrali attraverso la droga, attraverso questi tipi di droga, specialmente con riguardo alle dosi che gli esseri umani tipicamente assumono. Di conseguenza, quando le persone affermano che queste sostanze causano un danno al cervello o inducono modificazioni cerebrali negative, in realtà non hanno alcuna prova per supportare ciò che affermano, non abbiamo evidenze,

¹ Neuroscienziato, Professore di Psicologia e Psichiatria alla Columbia University.

ed è quello che sto cercando di dimostrare. Il mio scopo è mostrare alle persone che queste affermazioni sulla tossicità indotta dalle droghe, la neurotossicità, negli esseri umani, non sono supportate da alcuna evidenza scientifica.

Forse più avanti, nel futuro, qualcuno sarà in grado di esibire qualche dato in tal senso, ma al momento non ci sono prove a sostegno di questa conclusione.

Ritiene che vi siano dei pregiudizi nel modo in cui viene attualmente condotta la ricerca in materia di droghe? Quali sono le possibili soluzioni ai *bias* che interessano la ricerca scientifica?

Esistono *bias* che inficiano la valutazione del funzionamento cognitivo dei consumatori di sostanze, indipendentemente dal tipo. Ad esempio, poniamo che, con riferimento a due diversi *test* – un test della memoria e un test dell'attenzione – i soggetti affetti da tossicodipendenti abbiano ottenuto un punteggio più basso rispetto ai soggetti del gruppo di controllo. Ora, i ricercatori potrebbero concludere che i tossicodipendenti sono cognitivamente compromessi, o che presentano un *deficit*, anche quando non è necessariamente così, posto che esiste un *range* di prestazioni considerato normale, esattamente come esiste un *range* di normalità riguardo all'altezza delle persone – sapete, c'è chi è basso, chi è più alto –. Lo stesso vale per il funzionamento cognitivo. Per stabilire se i punteggi ottenuti non rientrano nell'intervallo normale, i risultati conseguiti da ciascun partecipante devono essere confrontati con valori appropriati che tengano conto della loro età e del loro livello di istruzione. Se ciò non viene fatto, non vi è modo di stabilire se una persona mostra una compromissione cognitiva o meno. Spesso, nella ricerca scientifica, questo passo ulteriore non viene fatto, perché non è richiesto che lo si faccia, e ciò in quanto veniamo da una lunga, decennale, storia di pregiudizio nei confronti dei tossicodipendenti.

Così, è considerato accettabile pubblicare studi in cui si afferma che i soggetti del gruppo dei tossicodipendenti mostrano dei danni sulla base di prove delle quali non si dispone. Oggi, nella letteratura viene prestata maggiore attenzione a questi aspetti. Tuttavia, per diversi anni la letteratura ha assunto un atteggiamento parziale. Pensate solo a questo: sono sicuro che tutti voi conosciate qualcuno che fa uso di queste droghe. Io certamente ne conosco, e io stesso utilizzo queste sostanze. Conosciamo persone che assumono droghe e non hanno problemi cognitivi, anzi, sono individui molto capaci. Ma hanno tenuto nascosto il loro essere consumatori di droghe, e quindi... non lo sappiamo. Hanno taciuto il fatto di fare uso di sostanze. Dunque, questa è una delle principali criticità per quanto riguarda la letteratura. Per questo motivo, sto cercando di stimolare la comunità scientifica a fare di meglio, a fare un lavoro migliore e più rigoroso.

Pensiamo ai criteri per individuare la presenza di un disturbo da uso di sostanze e poniamo di avere un gruppo di individui che soddisfano questi criteri. Si tratta di una minoranza. In altri termini, di tutti coloro che fanno uso di droghe, una piccola parte di loro soddisferà i criteri per il disturbo da uso di sostanze. La stragrande maggioranza non rientra in quella categoria. In questo modo, qualunque affermazione in tema di droga risulta viziata fin dall'origine.

La Sua proposta di depenalizzare il consumo di droga si riferisce a tutti i tipi di sostanza?

Ho cambiato il mio punto di vista. Non sostengo più la necessità di una depenalizzazione. Sostenendo la necessità di una regolamentazione legale di tutte le droghe. Esattamente come discipliniamo il consumo di alcol, del tabacco o anche della cannabis – come avviene in un certo numero di paesi degli Stati Uniti, o in Canada, in Uruguay, in cui esiste la cannabis legale.

La mia posizione è che l'eroina dovrebbe essere disponibile e regolamentata in modo da assicurare i controlli di qualità, cosicché le persone non possano ricevere sostanze contaminate. Sto dicendo che, sì, anche la cocaina dovrebbe essere resa disponibile, con un controllo relativo alla qualità. Mi riferisco principalmente alle classiche tipologie di droghe. Ma con l'arrivo di nuove sostanze, e con il desiderio delle persone di farne uso, io credo che sì, anche queste sostanze dovrebbero essere regolamentate. Negli Stati Uniti, il documento fondante della nostra società è la Dichiarazione di indipendenza. La Dichiarazione di indipendenza riconosce a ogni cittadino, fin dalla nascita, almeno tre diritti: la vita, la libertà e la ricerca della felicità. La nostra Dichiarazione assicura il diritto di perseguire la felicità tramite l'uso di droghe, come alcune persone fanno, nella misura in cui ciò non costituisca un ostacolo al perseguimento della felicità da parte di qualcun altro. È così che dovrebbe essere. Sostengo cioè che il nostro paese dovrebbe mantenere la sua promessa fatta ai suoi cittadini.

... E per quanto riguarda coloro che dovessero oltrepassare i limiti posti dalla legge? La strada è quella della criminalizzazione (e del carcere)?

No, non dovrebbe esserci alcuna criminalizzazione, perché si tratta di persone che stanno alterando la propria coscienza in virtù di una propria personale decisione. Allo Stato questo non dovrebbe interessare. Il compito dello Stato è assicurarsi che le sostanze che consumiamo siano di buona qualità e che i cittadini siano a conoscenza dei potenziali rischi e dei benefici di quelle sostanze. Questo è il compito dello Stato. Proprio come accade con i prodotti alimentari e con tutti gli altri prodotti: se guidiamo un'automobile, ci viene chiesto di allacciare la cintura di sicurezza, e così via. Lo Stato fa sì che le persone si avvicinino a queste attività potenzialmente pericolose nel modo corretto, e più sicuro. Le droghe dovrebbero essere considerate esattamente alla stessa stregua delle automobili.

Il numero delle persone che si dedicano a queste attività potrebbe aumentare; questa è certamente una delle cose che potrebbero accadere. Tuttavia, un'altra cosa che accadrebbe è che meno persone morirebbero per aver assunto sostanze contaminate. Questo avverrebbe di certo. Meno persone che finirebbero in carcere. Avremmo bisogno di meno denaro da utilizzare per le indagini segrete di polizia che portano all'uccisione di molte persone, oltre a essere estremamente costose. Insomma, ci sono rischi e benefici, aspetti positivi e negativi. Io sono convinto che gli aspetti positivi superino quelli negativi.

Non ho una sfera di cristallo, non sono un genio o un mago, quindi non posso predire il futuro, ma so che i vantaggi sperpererebbero gli svantaggi. Inoltre, ciò sarebbe

coerente con il principio per cui agli adulti sono liberi di assumere le proprie decisioni per quanto riguarda la loro salute, la loro vita, ciò che li fa stare bene, e via dicendo.

Il consumo di droghe limita il nostro "libero arbitrio"?

Bene, un esempio che utilizza mia moglie a questo proposito è: pensiamo alle persone che sono obese perché mangiano troppo. Mangiano più del necessario, non sono in grado di controllarsi, per qualsiasi motivo. Affermeremmo che... alcuni prodotti alimentari hanno loro fatto perdere il libero arbitrio? Che dovremmo mettere al bando quel cibo o mettere quelle persone in carcere? È un pensiero ridicolo. Come sapete, molte persone consumano grandi quantità di alcol; diremmo che non hanno il libero arbitrio?

Punto primo: abbiamo alcuni motivi per pensare che il libero arbitrio sia un'illusione. Infatti, quando vivi in un paese che ti dice quali devono essere le tue scelte, di fatto non hai il libero arbitrio. È un'illusione nella maggior parte dei casi. È chiaro, no? Ma il punto vero è che il compito della società non è proteggere le persone da se stesse. È come dire che dobbiamo essere tutelati da noi stessi. No! Io non ho bisogno di essere protetto da me stesso. È la mia vita, la mia vita da adulto, ed è quello che ho scelto.

Vivere negli Stati Uniti ed essere un uomo di colore – soprattutto negli Stati Uniti – pone la domanda di cosa effettivamente significhi essere un uomo di colore. Verrebbe da chiedersi: per quale motivo voglio questa vita? Ci sono persone che decidono di uccidersi in modo impulsivo, e forse hanno ritenuto che fosse la scelta migliore. Chi sono io per dire che non dovrebbero essere liberi di fare quella scelta? In quel determinato contesto?

Come possiamo far sì che le persone non arrivino a sviluppare un disturbo da uso di sostanze?

Se guardiamo ai criteri alla base di questo disturbo, ci rendiamo conto che essi hanno molto a che fare con il contesto sociale, con i livelli di capacità e di responsabilità della singola persona. E così, ad esempio, può accadere che una persona dica di avere più volte tentato di ridurre, o di cessare l'uso di una sostanza, ma senza successo. Ci sono individui che passano molto tempo a cercare di procurarsi la dose o di riprendersi dai relativi effetti, usano le droghe in situazioni materialmente pericolose per se stesse... c'è tutto un elenco, pieno di voci di questo tipo.

Molti di questi criteri sono indice di un mancato sviluppo completo dell'individuo, della mancata acquisizione di alcune abilità, e sono inoltre fortemente legati al carattere illegale della sostanza. Ad esempio, consideriamo il punto riguardante la circostanza di impiegare molto tempo nel tentativo di procurarsi la sostanza: nel caso di una droga come l'alcol, non occorre spenderci troppo tempo, è sufficiente recarsi nel negozio locale sotto casa per acquistare gli alcolici. Invece, se parliamo di una sostanza come l'eroina, è necessario trovare qualcuno che la venda, e così aumentano le probabilità che venga soddisfatto quello specifico criterio. Tutto questo, dunque, ha moltissimo a che fare con l'illegalità della droga, con il suo *status* di sostanza illegale.

Pertanto, il punto centrale a mio avviso è che la dipendenza da droghe non ha nulla a che fare con la droga. Ha invece a che fare, prima di tutto, con l'insieme di questi ulteriori fattori sociali, ambientali e personali. Da ciò discende che se la società si prendesse maggiormente cura della propria gente, non avremmo questi problemi. Questa è una delle ragioni per cui ci sono così tanti consumatori di droga che sono individui affermati, ad alto funzionamento. È perché hanno appreso alcune abilità; è come quando assumiamo alcolici: sappiamo di non dover esagerare perché, magari, dovremo partecipare a una riunione, dobbiamo lavorare, prenderci cura dei nostri figli, eccetera. Coloro che non hanno appreso quelle abilità non sono in grado di metterle in pratica.

Le droghe sono un oggetto attraente verso il quale i politici, e chiunque in generale, possono puntare il dito e dare la colpa; inoltre, esse offrono ai politici una soluzione semplice, che consente loro di essere eletti: la soluzione è quella di assumere più poliziotti, di introdurre leggi più severe e draconiane, così da apparire dei vincitori. Ma i veri problemi della gente sono complessi. Così complessi da richiedere più tempo di un ciclo elettorale per poter essere risolti. Perciò i politici non affrontano quei problemi, dal momento che vogliono una soluzione rapida, così da poter essere eletti in occasione di quel ciclo. Il ciclo elettorale è infatti la cosa più importante per un soggetto politico. Ma i problemi che le persone sono costrette ad affrontare sono complessi.

Può darsi che abbiate sentito parlare dei cosiddetti *supervised drug consumption sites*. Esistono in molti paesi, e quei paesi ne vanno orgogliosi, si danno grandi pacche sulle spalle. Il che è profondamente triste... è triste perché ci assicurassimo che le persone dispongano di un alloggio, allora non avrebbero bisogno di accedere a quei luoghi. Se garantissimo loro un certo livello di istruzione, non avrebbero bisogno di recarsi lì.

E allora, se anziché occuparci di rendere disponibili quei luoghi, ci assicurassimo invece che queste persone abbiano una casa? È questa la prima cosa. Se iniziassimo a soddisfare i bisogni di base delle persone, non avremmo questi problemi.

Conversazione

— The whole truth about drugs

A conversation with Carl L. Hart¹

Tutta la verità sulle droghe

Una conversazione con Carl L. Hart

by Susanna Arcieri, Claudio Dalpiaz, Alessandra Ferrazzi Portalupi, Carl L. Hart

Your research brought you to exclude negative effects of certain drugs (metamphetamine and cannabis) on human brain function. Did you draw similar conclusion for "hard drugs" too (e.g. heroin and cocaine)?

I use methamphetamine as an example, because the amphetamines are the only class of drugs of all of these things – like heroin, cocaine, marijuana – amphetamines are the only class that will or can produce neuro toxicity, that will damage brain cells. Whereas cocaine, in high doses, it's really hard to produce neurotoxicity; heroin in large doses it's hard to produce neurotoxicity. So, if you are going to see really brains effects with a drug, it would be with one of the amphetamines first. If you don't see it with the amphetamine, then you would definitely not see it with something like heroin or with anything else that's not an amphetamine. But the amphetamines... give it to animals in very, very large doses – doses that are twenty times, forty times what are taken by humans: you can see some damage to the cells in the brain. Now, but if you give that same large dose to an animal, after you have allowed the animal to become tolerant, giving the animal the drug at lower doses on several days before you give the large dose, you don't see the toxicity.

The point is that, it's very hard to produce neurotoxicity or brain damage using the drug, using these drugs, especially at the doses that humans takes these drugs. So when people claim that these drugs cause some brain damage or some brain change that is negative, there is no evidence for it and that's what I am showing. I am trying to show

¹ Neuroscientist, Professor of Psychology and Psychiatry at Columbia University.

people that these statements about drug-induced toxicity, neurotoxicity, in humans, are not supported by any evidence.

Now, maybe later in the future, somebody will show some data that they do, but at the moment, there is no evidence to support that conclusion.

Do you think there are any biases in the current approach to drug research? What are the possible solutions to prejudice in scientific research?

There are biases when assessing the cognitive functioning of substance users, no matter what the substance. For example, we can say the drug users were out-performed on two tasks, whatever the task – a memory test and an attention test. They were outperformed by the control group. Now the researchers will conclude that the drug users are cognitively impaired – or impaired or have a deficit, when that's not necessarily the case because there is a range of performance that's considered normal, just like there is a range of height, like, people's height – you know you could be short, you could be tall – that's considered normal. The same is true with cognitive functioning. In order to determine whether the scores fall outside of the normal range, the scores of each participant has to be compared with scores that are appropriate for their age and for their educational attainment. If that's not done, then we can't say if someone is impaired or not. And oftentimes in science, they don't make that additional step because it hasn't been required, because we have had a big, long, we have decade-long biases against drug users.

And so, it was OK to publish saying that this group is impaired based on evidence that you don't have. And now more people are paying more attention to that in the literature. So the literature has been biased for a number of years. Just think about this. I am sure that you all know people who use all these drugs. I certainly know them, and I use these drugs myself. We know people who use these drugs, and they are not cognitively impaired – in fact, they are very accomplished people. But they have been in the closet about their drug use, so they don't... we don't know. They have concealed their drug use. So that's a major concern in terms of the literature. And so, I am trying to push the scientific community to do better, to do a better, a more rigorous job.

If you think about the criteria for meeting substance use disorder – so if you have a group of participants who meets the criteria for substance use disorder. That's a minority. So, of all the drugs that people use, a minority of people will meet the criteria for substance use disorder. The vast majority of those users do not. And so right from the start, you're biasing what you can say about the drug.

Does your proposal for decriminalization of drugs refer to all kind of drugs?

I have modified my position. I am no longer advocating for decriminalization. I am advocating for legal regulation of all drugs. Just like we regulate alcohol, just we regulate tobacco, just like we regulate in the United States, in a number of states, cannabis, and also in Canada, in Uruguay, they all have legal cannabis.

So, I am arguing that heroin should be available and regulated so that the quality control – the quality controls would be in place and people will not get contaminated substances. I am arguing that, yeah, cocaine should be available in a similar way where it's regulated for quality control. And so, I'm mainly arguing for the classic sort of drugs. But as new drugs come along and as people desire them, yeah, I think we should have legal regulation. In the United States for example, our country's founding document is the Declaration of Independence. The Declaration of Independence says that each citizen has at least three birth rights – life, liberty and the pursuit of happiness. And pursuing happiness by using drugs, some people do that, and our Declaration guarantees that as long as you're not impeding anybody else's ability to do the same. You should be fine. And so, I am arguing that our country should live up to its promise to its citizens.

... But what about people who cross the line set by the law? Should they be criminalized (imprisoned)?

No, there shouldn't be any criminalization because they are altering their own consciousness and they are making their own decision. It's not the state's concern. The state's job is to make sure that the substances that I use are of good quality and make sure that they inform the citizens of the potential risk and benefits of that substance. That's the state's job. Just like they do with food products, just like they do with other products: driving an automobile, they ask you to put on a seat belt and those sorts of things. The state helps people to duly engage in these potentially dangerous activities more safely. Drugs should be seen just like we see automobiles.

More people might engage in the activity, that absolutely might be one of the things that could happen. But another thing that will happen, however, is that there would be fewer people who die from contaminated substances. That will definitely happen. There would be fewer people who go to prison. There would be less amount of money you would need to pay your police for these undercover activities that get people killed and are just costly. So, you have risk and benefits, positives and negatives. I think the positives outweigh the negatives.

I don't have a crystal ball, I am not a genie or a wizard, so I can't predict the future, but I do know is that the plusses will outweigh the negatives. And it would be consistent with allowing adults to make their own decisions about their health, their life, their pleasure and all the rest of these things.

Does drug use limit our “free will”?

OK. An example that my wife uses for this is – let's think about people who are obese because they eat a lot. Right? And so, they just over-eat, they can't control for whatever reason. Do we say that... some food items have caused them to lose their free will? So they eat and we should ban that food item or put them in jail? It's ridiculous, that sort of thinking. You know, there are a number of people as you know, they engage in a lot of alcohol use and so do we say they have a lack of free will?

First of all, free will can be argued to be an illusion, number one, because when you live in a state that tells you what your choices are, you don't have free will. It's an illusion in most cases. Right? But the job of the society is not to protect people from themselves and that's where the problem becomes. It's like, I am protecting you from you. No! I don't need you to protect me from me. It's my life as an adult and that's what I would choose.

Being in the United States and being a Black man especially in the United States... it raises the question for people who actually think, who are Black men. It's like – you might ask yourself why do I want this life. Given this – there are people who decide to kill themselves rashly or whatever, maybe that's a choice that they thought was better. Who am I to say that they shouldn't be able to make that choice? Given this – the context.

How can we prevent people from developing a substance use disorder?

If you look at the criteria which we determine this disorder, it has a lot to do with social context and the person's level of responsibility skills. And so, that person has, for example – it says something like, they have tried to cut down their use or stopped their use unsuccessfully on several occasions. They spend a great deal of time trying to procure the substances or recovering from the substance, they use the substance in situations that are physically dangerous to themselves and then you just go down the list here.

A lot of those criteria have to do with the person not being well-developed, not having been taught some skills and it also has a lot to do with the illegality of the drug. For example, spending a great deal of time trying to procure the substance – a drug like alcohol, you don't have to spend a great deal of time, you can go to your local shop and purchase alcohol. But something like heroin, you have to find somebody who sells heroin so that increases the likelihood you'll meet that criteria for that. So that has everything to do with the illegality of the drug, the illegal status of the drug.

So my major point is that drug addiction has nothing to do with the drug. It has everything to do with all of these other social, environmental factors and personal factors. And so if the society takes better care of its people, then we wouldn't have these problems. That's one of the reasons that there are so many high functioning and accomplished drug users. Because, they have learned some skills – like when you drink alcohol, you know not to overdo it because you'll have to go to a meeting, because you have to work, you have to take care of your children, what have you. People who have not learned those skills are people who don't value those skills.

The drugs are the sexy things that politicians and everybody can look at and blame and then the politicians have a simple solution, and that simple solution gets them elected, that solution is to hire more cops, have more stringent and draconian laws and they look like a winner. But the problems that people really have are complex. And they are so complex that they take longer than an election cycle to fix. And so politicians are not going to address those problems because they want to have a solution that is quick. And so they can get elected in that cycle. And so the election cycle is the most important thing to the politician. The problems that people face are complex.

You may have, you guys know these things that are called supervised drug consumption sites, are you familiar with those things? And many countries who have

those, they are proud of themselves, they pat themselves on the back. But it's really... it's sad because if you make sure people have housing, then they don't need to come to these sites. If you make sure that they have some education then they don't need to come to these sites.

So rather than these sites, how about we make sure they have housing first? Exactly. That's number one. If you meet people's basic needs first, you don't have these problems.

Riflessione

— La Direzione di DPU a colloquio con Massimo Cacciari

*The Directors of DPU in conversation with Massimo Cacciari**di Paola Emilia Cicerone*

«L'inferno fa parte della nostra storia, e della storia del diritto: all'inizio di ogni corso di diritto penale bisognerebbe commentare l'Inferno di Dante»: ad affermarlo è Massimo Cacciari, filosofo e docente emerito all'Università Vita-Salute San Raffaele, cui abbiamo chiesto una riflessione su diritto e libero arbitrio, coordinata da chi scrive con la partecipazione di Susanna Arcieri, Fabio Basile e Raffaele Bianchetti del Comitato di Direzione di Diritto Penale e Uomo.

Tra i fili conduttori della conversazione, il rapporto tra diritto e scienza: di diritto Cacciari si è occupato spesso, recentemente in un saggio scritto insieme a Natalino Irti a margine di un testo di Werner Jaeger, *Elogio del diritto* (La Nave di Teseo, 2019).

La riflessione sul rapporto tra filosofia e scienza nasce invece da un intervento recente del filosofo, che presentando [Human Brains](#), il progetto su cervello e coscienza promosso dalla Fondazione Prada, ha parlato di un «salto quantico» per spiegare l'unicità della coscienza umana: «la filosofia deve occuparsi del progresso scientifico, e in particolare di quei rami della scienza che studiano le basi biologiche della nostra coscienza. Non puoi conoscere te stesso se non ti interroghi su quello che rende unico l'essere umano: sarebbe bene, anzi, che un corso su questi temi fosse inserito in tutte le facoltà universitarie», esordisce il filosofo, facendo riferimento al «drammatico salto» che ha segnato l'evoluzione della nostra specie con l'emergere di due fenomeni indissolubilmente legati come il linguaggio e la coscienza.

Oggi, prosegue Cacciari, non possiamo negare che la coscienza abbia una base biologica, «a meno che non si ritenga, con Dante, che la coscienza ci venga da Dio».

È dai neuroni che emerge il fenomeno straordinario che Damasio chiama «il dono del sé». È il fatto di essere coscienti di noi stessi che ci dà la sensazione di essere liberi, «anche se in realtà non lo siamo davvero rispetto alla nostra base biologica – alla luce delle conoscenze scientifiche attuali, dobbiamo considerarci del tutto parte della natura – ma è così che ci percepiamo», osserva il filosofo.

«La libertà è un sentimento fondato sul nostro essere diversi dagli altri viventi». Per questo la nostra libertà è un vissuto soggettivo, non una realtà: «siamo condizionati come qualunque altro ente, ma il nostro essere straordinari ci porta a sentirci anche liberi», spiega Cacciari.

«Sono due modi di vedere la stessa cosa, da due prospettive diverse che non sono in contraddizione tra loro». Ma sollevano interrogativi interessanti sul diritto penale, un tema per il quale Massimo Cacciari confessa, rispondendo a una domanda di Fabio Basile, un'antica passione: «ha un fascino straordinario, puzza di inferno, come diceva Simone Weil. Anzi ci fa pensare all'inferno di Dante, dove tutto è in perfetto equilibrio, la punizione proporzionata alla colpa grazie a una giustizia divina basata sul contrappasso».

Le cose si complicano se usciamo dalle pagine dantesche per entrare in un'aula di tribunale, e qui tornano in gioco i temi cui abbiamo accennato: «in termini generali, ogni azione conscia – ammettendo di sapere davvero cosa sia – è la punta dell'iceberg di un immenso inconscio», spiega Cacciari. «Un inconscio biologico, non freudiano, che gioca un ruolo importante nella produzione delle nostre azioni coscienti».

Quando siamo in tribunale, il giudice che infligge la pena giudica la parte emersa della nostra coscienza, senza sapere niente della base inconscia di ogni nostra azione. «In altri termini», prosegue il filosofo, «il diritto penale non tiene conto dell'inconscio – altrimenti verrebbe meno, e così ogni altra forma di diritto – e agisce come se questo problema non esistesse. Per questo puzza di inferno, come la giustizia divina di Dante».

È la scienza a chiedere a tutti noi, inclusi giudici e legislatori, di renderci conto di quanto la nostra coscienza e la nostra libertà, le nostre azioni e ciò che diciamo, siano da mettere in relazione a contenuti inconsci.

Anche se, attenzione, ricorda Cacciari rispondendo a Susanna Arcieri, l'inconscio non travolge il conscio né cancella il concetto di colpa: «o meglio, questo può avvenire in un malato in cui la parte inconscia ha soffocato ogni forma di coscienza e il sentimento di libertà, e in questo caso non è il diritto penale a entrare in gioco».

Ci vuole modestia, ricorda il filosofo, per giudicare quello strano composto che è l'uomo: «non è irrazionale dare un giudizio su un atto, è irrazionale farlo come se esistesse solo la coscienza».

Anche se il diritto penale spesso emette sentenze senza tenerne conto. «Il dramma vero è il processo, che si svolge razionalmente per domande e risposte, e che è la grande metafora della nostra civiltà, il modello su cui si basano la tragedia greca e i dialoghi platonici», ricorda Cacciari. «Un dialogo che si svolge come se la nostra anima avesse un "egemone", una parte razionale che riteniamo depositaria del nostro essere libero».

Si tratta di una convenzione, inevitabile per rendere possibile il giudizio, «però c'è modo e modo», avverte Cacciari, e ci sono altri fattori da considerare, come l'influenza della dottrina cristiana, un tema sollevato da Raffaele Bianchetti.

«Nella tradizione cristiana, la giustizia divina è l'architrave dell'idea stessa di giustizia», spiega il filosofo con un esempio tratto dalla storia dell'arte, l'affresco di Ambrogio Lorenzetti che rappresenta il *Buon Governo* nel Palazzo Pubblico di Siena. Una scena laica, legata alla realtà, che è però dominata dalla giustizia divina, così come nello stesso affresco l'immagine del Comune, del potere politico, ha accanto la sé le virtù cardinali ma al di sopra le virtù teologali.

«Il giudice deve sempre tenere presente la giustizia divina, come nel paradigma dantesco in cui Dante giudica in nome di Dio», ricorda Cacciari.

Un collegamento tra immanenza e trascendenza che esisteva anche nel mondo classico con la relazione tra *Dike* e *Nomos*, e che oggi è crollato. Ma nel cristianesimo, accanto all'idea della giustizia perfetta nel risarcire la colpa, esiste un'altra idea fondamentale, «che è quella dell'amore e del perdono, che ci tiriamo dietro continuamente nella prassi del diritto», ricorda Cacciari.

Un'idea che nel mondo classico è quasi assente, e che invece pervade la nostra cultura: la giustizia divina vinta dall'amore porta con sé la possibilità di perdonare la colpa, un'idea con cui anche il giudice più ateo deve costantemente fare i conti», ricorda il filosofo. D'altronde l'esercizio della giustizia non può essere solo espressione della volontà di esercitare il potere: «la necessità di giustificare perché si commina una certa pena – non basta dire che si è sempre fatto così o addurre ragioni di sicurezza – emerge nell'ambito stesso del *Nomos* e del suo esercizio, è indispensabile perché la legge abbia autorevolezza», ricorda Cacciari.

In passato si faceva riferimento a una dimensione religiosa, «ma anche la nascita del diritto costituzionale nel secondo dopoguerra si può collegare all'esigenza da parte del *Nomos* di ricollegarsi a una dimensione immanente».

Può quindi avere senso, chiede Susanna Arcieri citando il giurista Massimo Nobile, fare riferimento al diritto penale come a una "immoralità necessaria"¹? O possiamo ipotizzare un paradigma basato su valori diversi dalla punizione e dalla responsabilità, come solidarietà o perdono?

«Qui il discorso cambia direzione», osserva Cacciari: «in base alle considerazioni svolte finora, al costrutto logico ma indimostrabile del libero arbitrio, il diritto penale dovrebbe orientarsi verso forme che, se non escludono, riducono al minimo la limitazione della libertà».

Se ci vediamo come esseri liberi, prosegue il filosofo, «la punizione dovrebbe nascere dal dialogo, dalla rieducazione. Altrimenti ci troviamo di fronte a una contraddizione: un diritto penale fondato sul mettere in galera la gente puzza di un inferno cattivo, non di un inferno logico, dotato di una propria coerenza come quello di Dante».

¹ M. Nobile, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, 2009.

In chiusura, la discussione ha fatto un balzo in avanti per affrontare, su sollecitazione di Fabio Basile, un tema futuribile, l'ipotetico rapporto con una macchina dotata di coscienza, e quindi destinataria di premi e punizioni.

«In futuro l'intelligenza artificiale dominerà le nostre vite, e si dovrà ragionare sull'imputabilità di certe macchine», sottolinea Cacciari. La domanda è, sarà in grado l'intelligenza artificiale di modificarsi con l'ambiente, di rispondere a domande imprevedibili? «Al momento qualunque forma di intelligenza artificiale è una somma di stati fissi. L'idea di riprodurre in una macchina la mappa delle interconnessioni che compongono la nostra mente è un sogno che esiste da sempre, e forse ci arriveremo».

Ma abbiamo davvero bisogno di ricreare un nostro simile – «sappiamo benissimo come si fa», scherza il filosofo, «e a volte è anche divertente» – o non piuttosto di macchine che obbediscano e ci servano come degli schiavi?

«E in questo caso», conclude Cacciari. «La risposta giuridica è ovvia, il responsabile sarà sempre l'umano che gestisce la macchina e ne controlla le funzioni».

Articolo

— L'arte del delitto

L'impatto dell'attività criminale delle c.d. "archeomafie" sul patrimonio culturale nazionale e la responsabilità penale del mercante d'arte

The art of crime

The impact of the so-called "archeomafie" on the national cultural heritage and the criminal liability of the art dealer

di Alba Cinque

Abstract. *L'articolo affronta la questione del traffico illecito di opere d'arte. In particolare, dopo aver analizzato l'impatto dell'attività criminale posta in essere dalle c.d. "archeomafie" in danno del patrimonio culturale nazionale, si prenderà in considerazione la posizione del mercante d'arte, mettendo in luce i delitti di cui potrebbe essere chiamato a rispondere a causa dell'attività illecita espletata e le conseguenze del mancato recepimento del disegno di legge (DDL S. 882).*

Abstract. *The aim of this paper is to analyse the illicit trafficking in cultural goods. After having investigated the impact of the criminal activity carried out by the so-called "archeomafie" to the detriment of the national cultural heritage, the position of the art dealer will be taken into consideration, highlighting the crimes attributable to his conduct and the consequence of the uncompleted examination of the bill (DDL S. 882).*

SOMMARIO: 1. Traffico illecito di opere d'arte: la distruzione dell'identità storico-culturale di un popolo ad opera delle c.d. "archeomafie". – 2. La responsabilità penale del mercante d'arte che agisce in qualità di intermediario della criminalità organizzata. – 3. La responsabilità penale del mercante d'arte che, agendo *uti singulus*, immette sul mercato un bene di provenienza illecita occultandone la provenienza. – 4. La natura del rapporto tra l'art. 648 c.p. e l'art. 176 Codice dei beni culturali e del paesaggio. – 5. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Illicit trafficking in cultural goods: the destruction of a population's identity by the so-called "archeomafie". – 2. The criminal liability of the art dealer who acts as an intermediary for criminal organization. – 3. The criminal liability of the art dealer who places a good of illicit origin on the market, concealing its origin. – 4. The nature of the relationship between art. 648 of the Criminal code and art. 176 of the Code of cultural heritage and landscape. – 5. Conclusions.

1. Traffico illecito di opere d'arte: la distruzione dell'identità storico-culturale di un popolo ad opera delle c.d. "archeomafie".

L'art. 9 della Costituzione annovera espressamente il patrimonio storico e artistico tra i beni meritevoli di tutela dell'ordinamento¹, senza fornirne una definizione espressa.

Il concetto di patrimonio culturale, elaborato a livello nazionale ed internazionale, è molto ampio ed è stato concepito al fine di preservare l'identità culturale nazionale delle popolazioni. Con tale locuzione si è soliti riferirsi sia ai beni di interesse storico-artistico sia al valore immateriale ed intrinseco che tali beni rivestono nella ricostruzione della storia e delle tradizioni di una popolazione².

L'importanza di fornire una tutela adeguata al patrimonio culturale mondiale³, inteso in senso sia materiale che immateriale, ha spinto l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione n. 69/196 del 18 dicembre 2014, ad adottare le *Linee guida internazionali per la prevenzione del crimine e sanzioni penali in relazione al traffico di beni culturali e dei reati ad esso connesso*⁴.

L'ordinamento nazionale, all'art. 2, comma 2, del Codice dei beni culturali di cui al d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, fornisce una definizione di bene culturale in senso mate-

¹ Sul punto: G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, 2002, pp. 43 ss., il quale sottolinea che la necessità di fornire un'adeguata tutela penale al patrimonio storico e artistico trarrebbe linfa dai valori consacrati dall'art. 9 Cost.

² La Convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale, firmata a Parigi il 16 novembre 1972, si rifà al concetto "patrimonio mondiale", al fine di trasmettere l'idea di un patrimonio globale che trascende i confini nazionale, appartenente all'umanità in quanto tale; la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 27 ottobre 2003 adotta la nozione di "patrimonio culturale immateriale", intendendo riferirsi all'identità storico-culturale di un popolo, la cui protezione risulta fondamentale al fine di preservare la diversità culturale.

A livello europeo, l'art. 167, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea sancisce l'impegno dell'UE nello sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, facendo espresso riferimento all'esistenza di un patrimonio culturale europeo da preservare. L'ordinamento nazionale ha recepito l'ampia nozione di patrimonio culturale, sviluppatasi a livello internazionale ed europeo, e ha introdotto, nel Codice dei beni culturali di cui al d. lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, l'art. 7 *bis*, che recepisce la definizione di identità culturale collettiva contemplate dalla Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, sempre che sussistano i presupposti per l'applicazione dell'art. 10 del Codice.

³ Il primo strumento internazionale diretto a contrastare il fenomeno del traffico illecito di beni culturali è rappresentato dalla Convenzione Unesco concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali, del 14 novembre 1970. Successivamente è stata adottata la Convenzione Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 24 giugno 1995.

⁴ Nazioni Unite, *International Guidelines for Crime Prevention and Criminal Justice Responses with Respect to Trafficking in Cultural Property and Other Related Offences*, 26 gennaio 2015.

riale, riferendosi a tutte le cose mobili o immobili di interesse storico, artistico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, oltre a tutte le altre cose, individuate *ex lege*, che possono essere inquadrare come testimonianze aventi valore di civiltà⁵.

Secondo una stima effettuata dalla Commissione Parlamentare Antimafia, il valore economico dei beni trafugati illegittimamente, mediante scavi clandestini e furti, nel quadriennio 2014-2017, supererebbe i duecentosettanta milioni di euro⁶. La rilevanza del fenomeno non deve sorprendere, poiché l'Italia vanta il maggior numero di beni riconosciuti dall'Unesco come patrimonio mondiale dell'umanità.

Dalle indagini effettuate è emerso che il trafugamento di reperti storici da siti archeologici o il furto di dipinti da musei o collezioni private solo raramente sono opera di ladri improvvisati. Molto spesso accade che l'illegittimo impossessamento di beni di elevato valore artistico venga realizzato da organizzazioni criminali molto ben strutturate, capaci di gestire la fase di materiale trafugamento del bene e, talvolta, anche quella della vendita internazionale e delle relative operazioni di riciclaggio. Difatti, molto più frequenti sono i casi in cui la messa in commercio del bene è realizzata da esperti commercianti d'arte.

Una parte della dottrina, al fine di porre in evidenza i caratteri peculiari del fenomeno, ha adoperato il termine "archeomafie"⁷, intendendo riferirsi a tutte le organizzazioni criminali che ricorrono al traffico illecito di opere d'arte, commerciando anche a livello internazionale beni illegittimamente trafugati⁸.

⁵ Dalla definizione fornita emerge che il Codice abbia accolto una nozione di bene culturale materiale, poiché il dettato normativo fa espresso riferimento ad entità tangibili (cose mobili e immobili). Inoltre, deve ritenersi che i beni culturali soggiacciono al principio di tipicità, poiché sono tali esclusivamente quei beni che vengono qualificati di interesse culturale dal legislatore.

Tuttavia, una parte della dottrina, già in epoca risalente, ha posto in evidenza il valore immateriale di cui il bene culturale è portatore, che si sostanzia nel valore intrinseco posseduto dal bene e che differisce dal valore venale della "cosa". Sul punto: M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24.

⁶ Relazione Conclusiva della Commissione Parlamentare di Inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, approvata dalla Commissione nella seduta del 7 febbraio 2018: «Il fenomeno dell'aggressione al patrimonio culturale nazionale e la commercializzazione dei beni che ne fanno parte continua a mantenere in Italia una dimensione sempre estesa, come dimostrano i dati dell'attività operativa del Comando Carabinieri per la tutela del patrimonio culturale (TPC) nel quadriennio 2014-2017, con più di 90 mila beni antiquari, archivistici e librari recuperati e oltre 130 mila reperti archeologici sequestrati, per un valore complessivo di circa 270 milioni di euro», p. 364.

⁷ Il termine "archeomafie" è stato coniato da Legambiente, *Rapporto Ecomafie* 1999, ed è largamente utilizzato da molteplici autori. *Ex multis*: F. Maniscalco, *La tutela dei beni culturali in Italia*, Massa Editore, 2002, p. 129; F. Bottari, F. Pizzicannella, *I beni culturali e il paesaggio: le leggi, la storia, le responsabilità*, Zanichelli, 2007; S. IZZI, *Intelligence e gestione delle informazioni. Attività preventiva contro i traffici illeciti*, FrancoAngeli, 2011, p. 112; L. Rami Ceci, *Luoghi e oggetti della memoria. Valorizzare il patrimonio culturale: studio di casi in Italia e Giordania*, Armando Editore, 2011, p. 41; S. Rizzo, G.A. Stella, *Vandali: L'assalto alle bellezze d'Italia*, Rizzoli, 2011; T. Cevoli, *Il traffico illecito di reperti archeologici ed opere d'arte come fenomeno criminale*, in G. Zuchtriegel (a cura di), *Possessione. Trafugamenti e falsi di antichità a Paestum*, Art&Libri 2016, pp. 55 ss.; Id., *Il Getty Museum e l'esportazione illecita di antichità dall'Italia e dalla Grecia*, in *Archeomafie*, I, 2009, pp. 12 ss.; G. Ceschi, *Il ruolo della criminalità organizzata nel traffico illecito di opere d'arte*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 3/19, pp. 7 ss.

⁸ Svolge un'approfondita analisi sulla legge applicabile al regime proprietario dei beni archeologici illecitamente esportati: A. Lanciotti, *Il Getty Bronze: prima un giallo archeologico, poi un rebus giuridico. Profili internazionali*, in *Arch. Pen.*, 1/19, affrontando la controversa questione relativa confisca di una statua in bronzo del IV sec. a.C. posseduta dal Getty Museum.

Le archeomafie ricorrono a un modello organizzativo di tipo piramidale, alla cui base si collocano gli affiliati (ma anche comuni criminali non facenti parte della compagine associativa), che materialmente realizzano i reati presupposti, consistenti nel saccheggio e nella depredazione di siti archeologici o nel furto di dipinti di elevato valore economico. Una volta impossessatisi della *res*, le organizzazioni criminali fanno ricorso ad intermediari (normalmente si tratta di mercanti d'arte, in quanto soggetti altamente qualificati in campo artistico) che hanno il compito di immettere il bene sul mercato, conferendogli una provenienza lecita. Molto spesso questa operazione viene realizzata ricorrendo alle Case d'asta, che consentono di rivendere il bene senza compiere, nella maggioranza dei casi, indagini approfondite sulla provenienza dello stesso. Infine, all'apice di un'organizzazione così fortemente strutturata, figurano importanti musei stranieri, facoltosi collezionisti, prestigiose gallerie d'arte, che provvedono ad acquistare il bene di dubbia provenienza. Inoltre, può anche accadere che i membri del *clan* (ma è possibile estendere le medesime considerazioni anche a soggetti estranei all'organizzazione) decidano di ricorrere al mercato dell'arte per occultare l'origine di illeciti proventi mediante l'acquisto di opere d'arte non tracciate.

Deve rilevarsi che il settore dell'arte è particolarmente congeniale alle infiltrazioni criminali, poiché oltre ad essere enormemente redditizio, è anche scarsamente sanzionato. Basti pensare che, in occasione della recente "Operazione Teseo"⁹, si è proceduto al sequestro di beni aventi un valore pari a diversi milioni di euro nei confronti di Giovanni Francesco Becchina¹⁰, noto trafficante di reperti archeologici, ritenuto affiliato sia alla famiglia mafiosa di Campobello di Mazara che alla famiglia mafiosa di Castelvetrano.

La duplice convenienza "dell'affare" determina un interesse sempre crescente della criminalità organizzata alla commissione di illeciti in tale settore, considerato che, a fronte delle incredibili possibilità di guadagno, il principale strumento normativo è rappresentato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, che non prevede sanzioni particolarmente severe. Difatti, il Titolo II della Parte IV del Codice disciplina le sanzioni penali, che consistono principalmente in ammende e arresti. Nel corso della XVII legislatura si è cercato di approvare una disciplina *ad hoc*, che inasprisse le pene applicabili ai trafficanti d'arte e che sanzionasse tutte le condotte precedenti e successive al trafugamento della *res*. Tuttavia, l'*iter* di esame del disegno di legge (DDL S. 882), nonostante l'approvazione dello stesso da parte della Camera dei deputati, non è stato completato¹¹.

⁹ La Relazione Conclusiva della Commissione Parlamentare di Inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, riporta che l'Operazione Teseo ha consentito di recuperare 5361 reperti archeologici, provenienti da scavi clandestini effettuati in Puglia, Sicilia, Sardegna e Calabria, di epoca compresa tra l'VIII secolo a.C. e il III secolo d.C.

¹⁰ Tribunale di Trapani, sezione misure di prevenzione, sequestro di beni nei confronti Giovanni Francesco Becchina, 3 luglio 2017, proc. n. 52/2017 RGMP (Doc. n. 1613). Il sequestro è stato eseguito, nel novembre del 2017, dalla DIA nei confronti del proposto, ritenuto vicino al noto latitante Matteo Messina Denaro, da tempo a capo del traffico illecito dei reperti archeologici provenienti da scavi clandestini nell'area di Selinunte.

¹¹ Il testo del Disegno Di Legge, d'iniziativa dei deputati Orlando e Franceschini (approvato dalla Camera dei deputati il 18 ottobre 2018 e trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 22 ottobre 2018), recante Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, è consultabile a questo indirizzo.

In mancanza di una disciplina diretta a regolare in modo omogeneo il fenomeno¹², appare opportuno indagare la responsabilità penale ascrivibile all'intermediario, distinguendo l'ipotesi in cui lo stesso operi in sinergia con la criminalità organizzata da quella in cui presti un contributo solo sporadico e saltuario o agisca *uti singulus*.

2. La responsabilità penale del mercante d'arte che agisce in qualità di intermediario della criminalità organizzata.

Il mercante d'arte è, normalmente, l'anello di congiunzione che collega gli autori materiali del trafugamento della *res* delittuosa agli acquirenti finali. Egli agisce, quindi, in qualità di intermediario, rifornendo prestigiosi musei, rinomate gallerie e facoltosi collezionisti con i reperti di cui la criminalità organizzata entra illegittimamente in possesso. Tuttavia, l'attività del mercante d'arte, in questo contesto, non si riduce alla mera messa in relazione delle parti e alla conclusione dell'affare. Difatti, l'intermediario assolve, molto spesso, il compito abituale di occultare la provenienza illegittima del bene e di immetterlo sul mercato fornendo un "*pedigree*" della *res* in modo da renderla conforme alla legge.

In tale ipotesi, appare evidente che il mercante d'arte, essendo stabilmente inserito nella compagine associativa, risponderà del reato di cui all'art. 416 c.p. o 416 *bis* c.p., a seconda che l'associazione si avvalga o meno della forza di intimidazione discendente dal vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e omertà che ne deriva per compiere uno degli obiettivi individuati dall'art. 416 *bis* c.p.¹³.

Inoltre, considerato che l'attività del mercante d'arte non si limita al rafforzamento della compagine criminosa, ma include l'operazione di dissimulazione della *res* delittuosa e della successiva immissione della stessa sul mercato, ci si domanda se allo stesso sia applicabile l'art. 648 *bis* c.p., che sanziona l'attività di riciclaggio (ossia la condotta di sostituzione o trasferimento di danaro, beni e altre utilità finalizzata a occultarne la provenienza illecita) dei beni provenienti da un delitto non colposo¹⁴.

¹² L'interdisciplinarietà della materia è stata ben evidenziata da: G.P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 11.

¹³ Per un approfondimento in merito al concetto di "metodo mafioso" e alle relative prospettive ermeneutiche v.: M. Gambarati, *È mafia silente ma è mafia. Brevi note sul "metodo mafioso" alla luce del processo Aemilia*, in *Giur. Pen. Trim.*, 1/20, pp. 59 ss.; D. Falcinelli, *Della Mafia e di altri demoni Storie di Mafie e racconto penale della tipicità mafiosa (Spunti critici estratti dal sigillo processuale su Mafia Capitale)*, in *Arch. Pen.*, 2/20; P. Pomanti, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 1/17; E. Cipani, *L'art. 416-bis c.p. alla luce della recente pronuncia di Cassazione nel processo cd. "mafia capitale": una "fattispecie in movimento" nel rispetto del principio di tassatività e determinatezza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 6/20, pp. 2 ss.

¹⁴ *Ex multis*: M. Zanchetti, *Art. 648 bis c.p.*, in A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2008, p. 1939. Id., *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, 1997; L.D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio nel sistema penale italiano*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2008, pp. 7 ss.; P. Magri, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, vol. VII, 2, *Usura, appropriazione indebita, ricettazione riciclaggio*, Cedam, 2007, pp. 419 ss.; G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 1231 ss.; A. Cosseddu, *Riciclaggio: complessità di un percorso normativo*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3644 ss.; S. Cavallini, L. Troyer, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*, in *Dir. pen. cont.* 2/14, pp. 49 ss.; M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento ed esigenze di intervento legislativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 1277 ss.

In merito ai rapporti tra l'art. 416 *bis* c.p. e l'art. 648 *bis* c.p., la giurisprudenza ha chiarito che la soluzione diverge a seconda della posizione ricoperta dal soggetto agente in seno alla consorceria¹⁵. In particolare, la Corte di cassazione, nella pronuncia resa a Sezioni Unite del 13 giugno 2014 n. 25191¹⁶, ha distinto la condotta del soggetto che ricicla i proventi derivanti da uno dei delitti fine dell'associazione mafiosa da quella del soggetto che realizza la medesima condotta ma su proventi direttamente riconducibili all'attività associativa.

Nel primo caso la Corte ha ulteriormente diversificato la posizione del soggetto che non partecipa né alla consorceria né alla commissione del delitto fine, il quale risponderà solo del reato di cui all'art. 648 *bis* c.p., da quella del soggetto che, seppur estraneo al sodalizio, si rende autore del delitto fine. Difatti, nella prima ipotesi, non può ritenersi operante la clausola di esclusione di responsabilità, dal momento che il soggetto agente non ha fornito alcun contributo alla materiale esecuzione del delitto scopo e l'attività di riciclaggio diverge rispetto al reato associativo. Al contrario, nel secondo caso analizzato dalla Corte, opererà la clausola di esclusione di cui all'art. 648 *bis* c.p. e si applicherà la norma che sanziona il delitto fine.

Qualora il soggetto agente sia un membro dell'associazione mafiosa e contribuisca alla realizzazione del reato fine, sarà chiamato a rispondere sia del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. sia del delitto fine, ma non di riciclaggio, ritenendosi operante, anche in questo caso, la clausola di esclusione. Infine, la Corte di cassazione ha ritenuto operante la clausola *de qua*, prevista dall'art. 648 *bis* c.p., solo in relazione al delitto-fine nei confronti del soggetto che, pur essendo membro della consorceria non abbia concorso alla realizzazione del reato scopo. In particolare, il membro o il concorrente esterno nell'associazione mafiosa, qualora non partecipi alla realizzazione del delitto fine, risponderà sia del delitto di associazione mafiosa sia del riciclaggio.

Con riguardo al caso in cui un soggetto ricicli beni che siano frutto diretto della attività criminosa dell'associazione di stampo mafioso occorre distinguere la posizione del soggetto estraneo alla consorceria da quella del soggetto che rivesta il ruolo di membro o di concorrente esterno. Difatti, qualora il partecipe (o il concorrente) al sodalizio mafioso assuma, all'interno della compagine criminale, il compito di riciclare i beni trafugati, non sarà punibile per autoriciclaggio, poiché il delitto di associazione mafiosa è finalizzato alla produzione di ricchezza illecita e l'oggetto della condotta criminale del partecipe sono proprio le utilità che derivano dalla attività *contra legem* dell'associazione¹⁷. Ne consegue

¹⁵ Prima dell'intervento delle Sezioni Unite, si contendevano il campo due opzioni ermeneutiche divergenti. Da una parte, si escludeva radicalmente l'esistenza di un rapporto di presupposizione tra il delitto di riciclaggio e quello di "associazione per delinquere". Sul punto: Cass. n. 44138 del 2007, Cass. n. 1439 del 2008, Cass. n. 40354 del 2011, Cass. n. 27292 del 2013.

Dall'altra, una differente corrente interpretativa affermava che il reato presupposto degli artt. 648-bis e ter c.p. andasse individuato nell'art. 416-bis c.p., valorizzando l'idoneità dell'associazione mafiosa produrre ex se proventi illeciti. Sul punto: Cass. n. 2451 del 2008, con nota di L. La Greca, *Il riciclaggio dei proventi delle associazioni mafiose*, in *Cass. pen.* 2010, pp. 2680 ss.

¹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25191, con nota di A. Galluccio, *Le Sezioni Unite sui rapporti fra riciclaggio, illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 settembre 2014.

¹⁷ Per una approfondita analisi dell'istituto dell'autoriciclaggio in conseguenza delle conclusioni rassegnate da Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2014 n. 25191: N. Amore, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi*

che, rientrando tra gli scopi della consorterìa anche quello di conseguire utilità e profitti, l'attività finalizzata ad occultare la provenienza illegittima dei beni deve essere considerata una logica conseguenza della sua partecipazione al sodalizio. Parimenti, il soggetto che, seppur privo della c.d. *affectio societatis*, fornisca consapevole e volontario contributo alla consorterìa mediante l'attività di riciclaggio, risponderà esclusivamente del reato di concorso esterno in associazione mafiosa di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. Per contro, la stessa condotta posta in essere da un soggetto estraneo alla consorterìa sarà perseguibile ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p.

Non pare che ci siano ragioni per non estendere al mercante d'arte, che operi in sinergia con la criminalità organizzata, le conclusioni rassegnate dalla Corte di cassazione nella pronuncia del 13 giugno 2014 n. 25191.

3. La responsabilità penale del mercante d'arte che, agendo *uti singulus*, immette sul mercato un bene di provenienza illecita occultandone la provenienza.

Molto più complesso appare il corretto inquadramento della posizione del mercante d'arte che acquisti per sé, direttamente dai trafficanti, il bene trafugato. I delitti che potrebbero essergli ascritti sono quelli di ricettazione o riciclaggio, a seconda che il mercante d'arte fornisca o meno una provenienza lecita al bene o, addirittura, di autoriciclaggio, qualora si renda materialmente autore del furto d'arte.

La legge n. 186 del 2014 ha introdotto nell'ordinamento il delitto di autoriciclaggio all'art. 648 *ter* c.p.¹⁸, sanzionando la condotta di chi, avendo commesso (o concorso a commettere) un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il danaro, i beni o le altre utilità ottenute dalla commissione di altro reato, ostacolando l'identificazione della provenienza illecita degli stessi. Si tratta di un reato proprio, poiché può essere realizzato esclusivamente dall'autore del reato presupposto, differenziandosi dal reato di riciclaggio, ex art. 648 *bis* c.p., che può essere posto in essere da chiunque sia estraneo alla commissione del reato presupposto. Questa breve premessa rende agevole dedurre che il mercante d'arte che realizzi la condotta di indebita sottrazione di un reperto da un sito archeologico, provvedendo, in un momento successivo, all'occultazione della sua provenienza risponderà del reato di autoriciclaggio.

delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. n. 25191 del 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2014; C. Ingraò, *Il rapporto fra i delitti di riciclaggio e reimpiego di capitali e il delitto di associazione mafiosa. L'approdo delle Sezioni unite*, in *Arch. Pen.*, 3/15.

¹⁸ Ex multis: F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 109 ss.; F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 138 ss.; P.V. Tonini, *Autoriciclaggio di denaro: criticità e profili innovativi di legislazione penale contemporanea*, in *Arch. Pen.*, 3/15; G.L. Gatta, *Introdotta il delitto di autoriciclaggio (unitamente a una procedura di collaborazione volontaria all'emersione di capitali all'estero, assistita da una causa di non punibilità per i reati tributari e di riciclaggio)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 dicembre 2014; A. Gullo, voce *Autoriciclaggio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016, p. 9; S. Seminara, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1642; L. Troyer, S. Cavallini, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 96 ss.; D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 87 ss.

Tuttavia, si tratta di un'ipotesi molto poco diffusa nella realtà fenomenica, poiché è molto raro che un mercante d'arte, che normalmente riveste una posizione sociale di spicco, si renda autore materiale di un furto d'arte. Molto più frequenti sono i casi in cui il mercante d'arte acquisti da soggetti terzi beni di provenienza illecita. Nell'ipotesi delineata si pone il problema di individuare la norma concretamente applicabile, rimarcando le linee di confine che sussistono tra l'art. 648 (ricettazione) e l'art. 648 *bis* c.p.

La prima fattispecie sanziona la condotta di chi acquista, riceve od occulta danaro o altri beni di provenienza illecita al fine di procurare a sé o ad altri un profitto.

La giurisprudenza ha precisato che la consapevolezza della provenienza delittuosa del bene può desumersi anche da prove indirette o ricorrendo a regole di comune esperienza¹⁹. Ne consegue che non è necessario che l'autore della condotta criminosa abbia una conoscenza completa delle circostanze di tempo e di luogo del reato presupposto, essendo sufficiente la consapevolezza di acquistare, ricevere od occultare la *res delittuosa*. Al riguardo, la Corte di cassazione, in un caso concernente l'acquisto di reperti archeologici di provenienza illecita, ha ritenuto integrato il delitto di ricettazione in capo al ricorrente valorizzando elementi induttivi e massime di esperienza²⁰.

Inoltre, deve sussistere, in capo all'agente, il dolo specifico di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto²¹ e ciò rappresenta un rilevante elemento differenziale, che segna il *discrimen* tra riciclaggio e ricettazione²². Difatti, nel riciclaggio è sufficiente il dolo generico, inteso come volontà di occultare la provenienza illecita del danaro, dei beni o delle altre utilità. Peraltro, la condotta della ricettazione è integrata dal semplice acquisto della *res delittuosa*, mentre nel riciclaggio è richiesta un'attività ulteriore, consistente nell'occultamento della provenienza illecita del danaro, dei beni o delle altre utilità.

Il riciclaggio, come detto, consiste nella condotta di sostituzione o trasferimento di danaro, beni e altre utilità finalizzata a occultare l'illecita provenienza degli stessi. La Corte di cassazione, in una recente pronuncia²³, ha ritenuto integrata la fattispecie *de qua*,

¹⁹ Sul punto: Cass. pen. n. 53017/2016: «Ai fini della configurabilità del reato di ricettazione, la prova dell'elemento soggettivo può essere raggiunta da qualsiasi elemento, anche indiretto, e quindi anche dall'omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta da parte del soggetto agente».

²⁰ Cass., II Sez. Pen., pronuncia n. 14962 del 13 maggio 2020: «In conclusione la sentenza impugnata dà atto di tutti gli elementi di fatto già valorizzati dal tribunale e afferma che gli stessi non dimostrano semplicemente che l'imputato aveva assunto un comportamento poco diligente nel verificare la lecita provenienza dei beni acquistati, ma comprovano piuttosto la deliberata volontà di ricevere merce di provenienza furtiva, in ragione della obiettiva consistenza dei beni conferiti come rottami ferrosi ma esposti negli scaffali in quanto elementi decorativi; il numero allarmante di statue, alcune di notevoli dimensioni, consegnate dal medesimo soggetto, anche utilizzando la sorella come copertura, nel breve periodo di tre mesi circa; la documentazione approssimativa che accompagna le schede di conferimento, nonostante si trattasse di beni di pregio provenienti da privato e non da un'impresa di demolizioni.

A fronte di questi elementi la corte ha affermato che l'aver identificato il venditore dei detti beni e l'aver pagato con assegno non esclude la consapevolezza del ricorrente che ha utilizzato la propria attività come copertura della ricettazione del materiale rubato nei cimiteri».

²¹ Con riguardo all'elemento soggettivo della ricettazione: G. Stampanoni Bassi, *Ricettazione, dolo specifico e profitto di natura non patrimoniale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, p. 4.

²² Sulle differenze tra ricettazione e riciclaggio v. M. Montanari, *La cessione illecita di gioielli d'oro al "compro oro": ricettazione o riciclaggio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2015.

²³ Cass. pen., 24 febbraio 2020, n. 7241, ha esaminato una questione concernente il riciclaggio di danaro mediante l'acquisto di opere d'arte. In particolare, la Corte, nel confermare la sentenza della Corte d'Appello di

sostenendo che è assolutamente possibile che il soggetto *extraneus* rispetto al delitto presupposto risponda del delitto di riciclaggio²⁴. Secondo la Corte, la condotta del ricorrente non sarebbe stata estranea all'attività di occultamento della provenienza illecita del denaro mediante l'utilizzo di opere d'arte non tracciabili, poiché lo stesso avrebbe percepito una remunerazione considerevole per l'attività espletata.

Le conclusioni rassegnate dalla Corte di legittimità, che appaiono assolutamente condivisibili, confermano l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 648 *bis* c.p. al mercante d'arte che occulti la provenienza illecita di opere d'arte.

4. La natura del rapporto tra l'art. 648 c.p. e l'art. 176 Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Un'ulteriore questione che sembra opportuno affrontare è quella relativa ai rapporti tra l'art. 648 c.p. e l'art. 176 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che sanziona l'impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato.

Il delitto *de quo*, non necessitando della preesistenza di un provvedimento che dichiari l'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico del bene di cui si entra in possesso²⁵, presenta indubbi punti di congiunzione con il reato di ricettazione, che presuppone l'acquisto del bene. Deve precisarsi che un orientamento giurisprudenziale, ormai superato, prevedeva la necessaria sussistenza del provvedimento di riconoscimento dell'interesse storico e artistico per la configurabilità del delitto di cui all'art. 176 del

Venezia, ha osservato che il ricorrente fosse stato giustamente condannato, in qualità di intermediario e in concorso con il titolare di una casa d'arte, per il delitto di riciclaggio relativamente all'acquisto di ventidue opere d'arte.

²⁴ «Cass. Pen., 2, 17.1.2018 n. 17.235, Tucci; Cass. Pen., 6, 7.6.2018 n. 3.608, Potenza, sentenze che, significativamente, sono tutte riferite a condotte di riciclaggio poste in essere dall'"*extraneus*" rispetto al delitto presupposto e risalenti a data antecedente l'introduzione della ipotesi di reato di cui all'art. 648^{ter}.1 c.p.» (estratto dal corpo della sentenza della Corte di cassazione n. 7241 del 24 febbraio 2020).

²⁵ Cass. pen. 28 novembre 2006, n. 39109, Palombo: «Per integrare la fattispecie criminosa di cui al D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 176, comma. 1, che si pone in evidente continuità normativa con il reato già previsto dal D.Lgs. n. 490 del 1999, art. 125, di cui alla contestazione, pertanto, non occorre alcun provvedimento formale, che dichiari l'interesse artistico, storico, archeologico e etnoantropologico delle cose di cui il privato sia stato trovato in possesso, allorché quest'ultimo non dimostri di esserne legittimo proprietario, sicché si possa affermare, anche sulla base di adeguati elementi indiziali, che gli stessi sono stati oggetto di ritrovamento ed essendo, peraltro, sufficiente l'accertamento dei requisiti culturali del bene, secondo le indicazioni contenute nel citato D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 10. Non appare, perciò, condivisibile il diverso orientamento interpretativo espresso da questa Corte in altra pronuncia (sez. 3^a, 200428929, Mugnaini, RV 229491), peraltro riferentesi a misura cautelare, salvo che le affermazioni contenute nella citata sentenza non debbano interpretarsi con esclusivo riferimento ai beni che rientrano con certezza nella categoria di quelli di cui al D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 10, comma 3»; In dottrina: A. Montagna, *Beni culturali. La culturalità del bene ed il reato di illecito impossessamento*, in *Lexambiente*, 30 nov 2019, dove scrive: «dopo la entrata in vigore del decreto n. 42 del 2004, il reato di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato si verifica, in attesa della verifica di culturalità di cui all'art. 12, sin dal momento del loro fortuito ritrovamento, ma a condizione che presentino un almeno potenziale interesse culturale. La decisione Palombo appare così pienamente giustificata dal nuovo assetto normativo, che non richiede per la configurabilità del cd. furto d'arte la dichiarazione di culturalità, ma semplicemente un "fumus di culturalità" che ne giustifica la tutela provvisoria in attesa della sua conferma, con l'accertamento di culturalità, o la sua definitiva liberalizzazione in caso opposto».

Codice dei beni culturali e del paesaggio²⁶. Una tale interpretazione rendeva agevole individuare la linea di confine tra il campo applicativo dell'art. 648 c.p. e quello dell'art. 176 in parola: qualora l'autore dell'illecito si fosse trovato in possesso di un bene dichiarato di interesse storico e artistico avrebbe dovuto rispondere del delitto di cui all'art. 176 del Codice dei beni culturali e del paesaggio e, in assenza di tale dichiarazione, del reato ex art. 648 c.p.

Deve rilevarsi che, secondo l'opzione ermeneutica prevalente in giurisprudenza, l'acquisto della *res* delittuosa tra le parti non presuppone la materiale consegna del bene, poiché l'art. 648 c.p. distingue l'ipotesi dell'acquisto da quella della ricezione²⁷.

Ne consegue che, se il possesso materiale della *res* non è considerato un presupposto imprescindibile per la configurazione del reato, potrebbe ritenersi che l'autore della condotta illecita che abbia perfezionato l'acquisto di un bene culturale mediante un accordo intervenuto con la controparte, senza ottenere la materiale consegna della *res*, risponderà del più grave delitto di riciclaggio. Per contro, sulla base del criterio di specialità, troverà applicazione l'art. 176 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che prevede un trattamento sanzionatorio molto più lieve rispetto all'art. 648 c.p., tutte le volte in cui il soggetto agente consegua illegittimamente la materiale disponibilità di un bene ricompreso tra quelli di cui all'art. 10 Codice dei beni culturali e del paesaggio²⁸.

²⁶ Cass. pen., 27 maggio 2004, n. 28929, Mugnaini: «Ai fini della configurabilità del reato di impossessamento di beni culturali, attualmente previsto dall'art. 176 del D.Lgs. n. 42 del 2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio), a differenza delle disposizioni previgenti di cui all'art. 67 della legge n. 1089 del 1939 e all'art. 125 del D.Lgs. n. 490 del 1999, è necessario che i beni oggetto materiale del reato siano qualificati come tali in un formale provvedimento dell'autorità amministrativa, in quanto rivestano un oggettivo interesse, che risulti eccezionale o particolarmente importante; pertanto, quando si tratta di un bene mai denunciato all'autorità competente, deve avere inizio il procedimento per la dichiarazione di interesse culturale, prevista dall'art. 13 del citato D.Lgs. n. 42 del 2004, e a tal fine esso può essere legittimamente sottoposto a sequestro probatorio qualora sia presente il *fumus* del c.d. "furto d'arte" desunto dalle caratteristiche della *res* in riferimento al valore comunicativo spirituale ed ai requisiti peculiari attinenti alla sua tipologia, localizzazione, rarità o analoghi criteri».

²⁷ *Ex multis*: Cass., II sez., 12 giugno 2015 n. 40382: «Ai fini della consumazione del delitto di ricettazione non è necessario che all'acquisto, perfezionatosi in virtù dell'accordo intervenuto tra le parti, segua materialmente la consegna della "res", poiché l'art. 648bis c.p. distingue l'ipotesi dell'acquisto da quella della ricezione».

²⁸ Art. 10 del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42:

«1. Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

2. Sono inoltre beni culturali:

a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;

b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;

c) le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616. 3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13:

a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;

b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante;

c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale;

Appare evidente il paradosso: accedendo a questa interpretazione si applicherebbe il più grave reato di ricettazione in tutti i casi in cui il soggetto agente abbia acquistato il bene, ma non ne abbia conseguito il materiale possesso, mentre troverebbe applicazione il meno grave delitto di impossessamento illegittimo di beni culturali tutte le volte in cui l'autore della condotta illecita abbia conseguito il materiale possesso della *res*.

È, pertanto, auspicabile che il legislatore riprenda al più presto l'esame del disegno di legge (DDL S. 882), che prevede pene molto più severe per i tutti i soggetti coinvolti nel traffico illecito di opere d'arte. Difatti, il disegno di legge prevede l'introduzione del Titolo VIII *bis*, con cui vengono sanzionate tutte le condotte antecedenti e successive all'illegittimo impossessamento del bene. In particolare, l'art. 518 *quater*²⁹ sanziona il delitto di ricettazione di beni culturali, riproducendo sostanzialmente quanto previsto dall'art. 648 c.p., salvo un innalzamento della cornice edittale e il riferimento espresso ai beni culturali.

5. Conclusioni.

d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse, particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose. Se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale, il provvedimento di cui all'articolo 13 può comprendere, anche su istanza di uno o più comuni o della regione, la dichiarazione di monumento nazionale;

d-bis) le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione;

e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse.

4. Sono comprese tra le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettera a):

a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà;

b) le cose di interesse numismatico che, in rapporto all'epoca, alle tecniche e ai materiali di produzione, nonché al contesto di riferimento, abbiano carattere di rarità o di pregio;

c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni, con relative matrici, aventi carattere di rarità e di pregio;

d) le carte geografiche e gli spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio;

e) le fotografie, con relativi negativi e matrici, le pellicole cinematografiche ed i supporti audiovisivi in genere, aventi carattere di rarità e di pregio;

f) le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico;

g) le pubbliche piazze, vie, strade e altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico;

h) i siti minerari di interesse storico od etnoantropologico;

i) le navi e i galleggianti aventi interesse artistico, storico od etnoantropologico;

l) le architetture rurali aventi interesse storico od etnoantropologico quali testimonianze dell'economia rurale tradizionale.

5. Salvo quanto disposto dagli articoli 64 e 178, non sono soggette alla disciplina del presente titolo le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettere a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni, nonché le cose indicate al comma 3, lettera d-bis), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni».

²⁹ Art. 518-*quater*. - (*Ricettazione di beni culturali*) di cui al DDL S. 882 – «Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta beni culturali provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farli acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e con la multa da euro 1.032 a euro 15.000.

La pena è aumentata quando il fatto riguarda beni culturali provenienti dai delitti di rapina aggravata ai sensi dell'articolo 628, terzo comma, e di estorsione aggravata ai sensi dell'articolo 629, secondo comma.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui i beni culturali provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manca una condizione di procedibilità riferita a tale delitto».

Il traffico illecito di opere d'arte e, più in generale, i crimini commessi ricorrendo al settore artistico, sono in considerevole aumento a causa della scarsa regolamentazione del fenomeno. Basti pensare che, in Italia, il traffico illecito di opere d'arte rappresenta una delle maggiori fonti di guadagno della criminalità organizzata, che sfrutta la non tracciabilità dei beni artistici per "ripulire" i proventi di altre attività illecite. Tuttavia, il dilagarsi della criminalità in questo particolare settore non solo arreca un enorme danno economico alla res pubblica, ma, altresì, all'identità nazionale. Antoine Quatremère de Quincy, in occasione delle c.d. "spoliazioni napoleoniche", denunciò il fenomeno scrivendo: «*Diviser c'est détruire*»³⁰. Difatti, l'operazione di sradicamento di un reperto dal luogo di ritrovamento contribuisce all'oblio della storia di un popolo, rendendo incerta l'attribuzione dello stesso a un particolare artista o la funzionalità che quel particolare reperto rivestiva in un certo momento storico³¹.

È, dunque, opportuno che l'iter di esame del disegno di legge (DDL S. 882), che prevede una disciplina *ad hoc* per reprimere tutte le condotte criminali aventi ad oggetto beni culturali, venga completato al più presto.

Riferimenti bibliografici.

N. Amore, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. n. 25191 del 2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2014

F. Bottari, F. Pizzicannella, *I beni culturali e il paesaggio: le leggi, la storia, le responsabilità*, Zanichelli, 2007

D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 87 ss.

S. Cavallini, L. Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 96 ss.

S. Cavallini, L. Troyer, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*, in *Dir. pen. cont.* 2/14, pp. 49 ss.

L.D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio nel sistema penale italiano*, in *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, 2008, pp. 7 ss.

G. Ceschi, *Il ruolo della criminalità organizzata nel traffico illecito di opere d'arte*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 3/19, pp. 7 ss.

³⁰ «Dividere significa distruggere»; A. Quatremère de Quincy, *Lettres à Miranda*, 1796, p. 25.

³¹ Sul punto: T. Cevoli, *Il traffico illecito di reperti*, cit., p. 54: «Il significato del patrimonio culturale sta, invece, soprattutto dalla relazione tra manufatti e contesto di provenienza: sottratti ad esso da scavi clandestini e furti, reperti archeologici ed opere d'arte perciò non sono che oggetti muti, o quasi, note strappate ad uno spartito la cui melodia è irrimediabilmente perduta».

T. Cevoli, *Il traffico illecito di reperti archeologici ed opere d'arte come fenomeno criminale*, in G. Zuchtriegel (a cura di), *Possessione. Trafugamenti e falsi di antichità a Paestum*, Art&Libri 2016, pp. 55 ss.

T. Cevoli, *Il Getty Museum e l'esportazione illecita di antichità dall'Italia e dalla Grecia*, in *Archeomafie*, I, 2009, pp. 12 ss

E. Cipani, *L'art. 416-bis c.p. alla luce della recente pronuncia di Cassazione nel processo cd. "mafia capitale": una "fattispecie in movimento" nel rispetto del principio di tassatività e determinatezza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 6/20, pp. 2 ss.

A. Cosseddu, *Riciclaggio: complessità di un percorso normativo*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3644 ss.

M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento ed esigenze di intervento legislativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 1277 ss.

G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, 2002.

D. Falcinelli, *Della Mafia e di altri demoni Storie di Mafie e racconto penale della tipicità mafiosa (Spunti critici estratti dal sigillo processuale su Mafia Capitale)*, in *Arch. Pen.*, 2/20

A. Galluccio, *Le Sezioni Unite sui rapporti fra riciclaggio, illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 settembre 2014

M. Gambarati, *È mafia silente ma è mafia. Brevi note sul "metodo mafioso" alla luce del processo Aemilia*, in *Giur. Pen. Trim.*, 1/20, pp. 59 ss.

G.L. Gatta, *Introdotta il delitto di autoriciclaggio (unitamente a una procedura di collaborazione volontaria all'emersione di capitali all'estero, assistita da una causa di non punibilità per i reati tributari e di riciclaggio)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 dicembre 2014

M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24

A. Gullo, voce *Autoriciclaggio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016, p. 9; S. Seminara, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016

C. Ingrao, *Il rapporto fra i delitti di riciclaggio e reimpiego di capitali e il delitto di associazione mafiosa. L'approdo delle Sezioni unite*, in *Arch. Pen.*, 3/15

S. Izzi, *Intelligence e gestione delle informazioni. Attività preventiva contro i traffici illeciti*, FrancoAngeli, 2011

L. La Greca, *Il riciclaggio dei proventi delle associazioni mafiose*, in *Cass. pen.* 2010, pp. 2680 ss.

A. Lanciotti, *Il Getty Bronze: prima un giallo archeologico, poi un rebus giuridico. Profili internazionalistici*, in *Arch. Pen.*, 1/19

P. Magri, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, vol. VII, 2, *Usura, appropriazione indebita, ricettazione riciclaggio*, Cedam, 2007

F. Maniscalco, *La tutela dei beni culturali in Italia*, Massa Editore, 2002

A. Montagna, *Beni culturali. La culturalità del bene ed il reato di illecito impossessamento*, in *Lexambiente*, 30 nov 2019

M. Montanari, *La cessione illecita di gioielli d'oro al "compro oro": ricettazione o riciclaggio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2015

F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 109 ss.

G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 1231 ss.

P. Pomanti, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 1/17

A. Quatremère de Quincy, *Lettres à Miranda*, 1796

L. Rami Ceci, *Luoghi e oggetti della memoria. Valorizzare il patrimonio culturale: studio di casi in Italia e Giordania*, Armando Editore, 2011

S. Rizzo, G.A. Stella, *Vandali: L'assalto alle bellezze d'Italia*, Rizzoli, 2011

S. Seminara, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1642 ss.

F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/15, pp. 138 ss.

G. Stampanoni Bassi, *Ricettazione, dolo specifico e profitto di natura non patrimoniale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, p. 4

P.V. Tonini, *Autoriciclaggio di denaro: criticità e profili innovativi di legislazione penale contemporanea*, in *Arch. Pen.*, 3/15

M. Zanchetti, *Art. 648 bis c.p.*, in A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2008

M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, 1997

Conversazione

— **Delitto, castigo, pena e perdono**

Una conversazione con Adriano Prospero

Crime, punishment, penalty and pardon

A conversation with Adriano Prospero

di Raffaele Bianchetti

Professore, ho avuto modo di leggere con attenzione il Suo ultimo lavoro (*Delitto e Perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana*, Einaudi, 2016)¹ e di cogliere, al di là delle moltissime informazioni storiche, l'attualità di alcune questioni che tutt'oggi caratterizzano il nostro sistema penale e, ancor più, la nostra idea di pena. Prima di addentrarci su alcune di queste questioni, ci può dire da dove nasce il Suo interesse per l'argomento e quale è stata la genesi di questa Sua indagine?

Il pensiero della morte e quello della giustizia erano una presenza inevitabile in un'educazione cattolica tradizionale e in tempi di guerra e di arbitrio totale dell'occupante che uccideva e raziava senza che avessimo riparo alcuno.

Questo è stato il contesto della mia prima crescita e formazione, che per me come per tutti ha lasciato tracce profonde. Crescendo e diventando prima studente e poi studioso di storia, dopo avere incrociato come tutti questi temi nella grande letteratura dell'800 – penso in particolare a Tolstoj e a Dostoevskij, ma anche al Manzoni de *La colonna infame*, tutti autori oggetto di ripetute letture – ho potuto immergermi nella vasta ricerca storica sul sentimento della morte che impegnò gli storici francesi delle mentalità.

¹ L'Autore ha pubblicato, di recente, una versione aggiornata del testo: *Crime and Forgiveness: Christianizing Execution in Medieval Europe*, Harvard University Press, 2020.

Non fui attirato dalla meditazione storico-teologica sulla morte in sé. Mi persuadeva, invece, l'approccio antropologico al rapporto tra i vivi e i loro morti, secondo il modello proposto da Robert Hertz a cui dedicai un saggio introduttivo alla traduzione italiana di un inedito importante².

La questione della pena capitale divenne di attualità nella cronaca italiana negli anni degli attentati terroristici. L'occasione per tradurre i miei interessi in uno studio personale sull'argomento mi fu offerta da un convegno di *Amnesty International* organizzato a Bologna nel 1978 da un amico e collega, il professor Piercesare Bori. Ci fu una manifestazione contro il ritorno della pena capitale allora richiesto da un'opinione pubblica disorientata e spaventata. Fu esposta una ghigliottina in Piazza Maggiore davanti a cui parlò Umberto Eco. Il pulpito era eretto davanti al Palazzo degli Anziani, dove c'erano le antiche carceri, a poca distanza dalla basilica di Santa Maria della Vita, sede di una confraternita dedita al conforto dei condannati a morte – un conforto che avveniva nella notte nei locali della confraternita davanti a un bellissimo compianto di Gesù di Niccolò dell'Arca –. Così mi misi a cercare tracce di questa pratica del conforto cristiano dei condannati e scoprii una vasta realtà storica, tutta documentata nell'archivio e nei libri raccolti dai confratelli e conservati allora presso il "Centro di Documentazione", oggi Fondazione per le scienze religiose, e nei fondi della Biblioteca dell'Archiginnasio. La ricerca mi fece risalire all'alto medioevo e discendere fino alla diffusione europea di quel tipo di pratica religiosa in molti paesi d'Europa (ad esempio Spagna, Portogallo e Francia), e alla sua proposta da parte dei missionari cattolici, specialmente Gesuiti, nell'Oriente mussulmano e nell'America latina.

I musulmani non avevano questo rito o qualche cosa di simile?

Non ne ho trovato tracce negli studi ma forse bisognerebbe fare una ricerca apposita. Mi hanno molto interessato, invece, i rituali *extra*-europei, come quelli della Cina contemporanea.

Ad ogni modo, i Gesuiti esportarono questo rito dovunque fu a loro possibile, presentandolo come il modo per salvare le anime ma anche per pacificare la società e risolvere il conflitto sociale creatosi con il reato, perché il condannato che si pentiva e moriva purificato, ringraziando la giustizia terrena e divina di questa opportunità, diventava di fatto una figura pacificante. Il rito si svolgeva con la processione dal carcere al patibolo, nel corso della quale la folla poteva vedere nel criminale pentito la figura di un martire che si preparava, confessato e assolto, a presentarsi davanti al giudice divino. Seguiva poi l'atto materiale del taglio della testa o dell'impiccagione, a seconda del crimine commesso e del sistema vigente, e poi il corpo dell'ucciso veniva riunito alla testa mozzata e alle altre parti del corpo lacerate dal boia, per essere sepolto in luogo benedetto nella sede della compagnia che lo aveva confortato. Se invece non aveva accettato di pentirsi, il suo corpo veniva abbandonato ai cani. Questo "trattamento" religioso e rispettoso del corpo come quello di un cristiano in attesa della resurrezione era un forte incentivo al pentimento e alla conversione anche perché garantiva ai suoi discendenti il rispetto della comunità. E così l'offerta dei confortatori finiva con l'essere accolta anche da parte di chi si dichiarava – ed era – innocente.

² Introduzione a R. Hertz, *La preminenza della destra e altri saggi*, a cura di Adriano Prosperi, Einaudi, 1994.

Ecco la separazione del corpo dall'anima o dallo spirito di cui è dotato l'essere umano a cui Lei fa cenno nel Suo libro. Come mai si sofferma proprio su questa separazione?

Perché questa composizione dell'essere umano è una dottrina religiosa tipica del cristianesimo ed è quella che ha caratterizzato per millenni le culture europee dove ha trovato così il modo per legarsi strettamente al potere politico con un'alleanza che data dall'epistola paolina ai Romani. Diverso il caso dell'ebraismo e dell'Islam dove la religione ha dato vita a teocrazie o a regimi fondamentalisti. Nella visione cristiana dell'umanità, abbiamo la divisione tra una vita terrena, quella del corpo su cui "decide" la giustizia terrena, e una vita ultraterrena, ossia quella dell'anima su cui "decide" la giustizia divina. Questo consente al malfattore maledetto e punito con la perdita della vita di avere un'altra possibilità. E la possibilità, del tutto straordinaria, dipende dal suo pentimento e dalla sua capacità di riconoscere che almeno la sua anima potrà essere salvata. Naturalmente questa sintesi è sommaria e trascura molti passaggi e molte varianti. Non fu facile, ad esempio, far accettare al potere sovrano l'idea che colui su cui si abbatteva la sua sentenza venisse salvato nell'altra vita.

Pena e condanna a morte del corpo, da una parte, e perdono ed opportunità di salvezza dello spirito, dall'altra parte. È così che, di fatto, il sistema politico-religioso ha gestito le popolazioni? Lo fa ancora, secondo Lei?

Parliamo in realtà di una vicenda del passato che ha solo lambito l'età contemporanea. I verbali delle confraternite si chiudono, per la storia italiana, con l'unità d'Italia. E quel modello è stato solo parzialmente ereditato dalla presenza di un religioso accanto al condannato come avviene nel braccio della morte delle carceri americane. Visto così, appare un sistema perfetto, direi assoluto. Ma in realtà non nacque con questi caratteri e nemmeno oggi esiste in questa forma. Come ho accennato, fra i tanti problemi che si posero ai vescovi nel tentativo di cristianizzare sistemi penali come quelli dei popoli germanici dopo la caduta dell'impero romano ci fu quello di non poter conferire sacramenti di riconciliazione e perdono a chi era stato condannato dal sovrano.

Ma già nel medioevo la sentenza di scomunica colpì eretici e ribelli non solo dopo la scoperta o la confessione del reato ma immediatamente appena avveniva nella coscienza: si chiamò scomunica "*latae sententiae*". Quanto a entrare nelle coscienze, conoscere il contenuto di quelle confessioni per scoprire eretici o ribelli, questo fu un obiettivo del potere e fu il papato a trovarne il modo. Noi parliamo qui dei caratteri maturi dell'istituzione, ma bisogna precisare che in realtà l'origine della devozione popolare e il primo esempio di una reazione religiosa e di un intervento umano nel vivo dello spettacolo della morte sul patibolo si ebbe con un atto straordinario di vicinanza umana e di dedizione a chi si prepara a morire che lasciò una impronta durevole nella storia successiva. Tale fu l'intervento di una donna eccezionale, Caterina da Siena, che volle accompagnare alla morte un condannato, Niccolò di Toldo o Tuldo, decapitato sulla piazza di Siena. Fu lei a trasformare l'uccisione violenta in un rito d'amore, vere nozze di sangue nel nome di Cristo. Il suo esempio animò altre figure di mistiche italiane dei secoli successivi. Poi piano piano le donne – presenti e attive nelle compagnie di

gente del popolo che si associarono ai riti della giustizia – furono emarginate, le confraternite si composero di soli uomini di alto livello sociale e il loro impiego fu istituzionalizzato.



La confessione del condannato, incisione, da Joost de Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, Anversa, 1562
(in A. Prosperi, *Giustizia bendata*, Einaudi, 2008, p. 160)

Il grande valore mistico di quelle origini però non si perse del tutto. È stata una suora cattolica che nel secolo scorso ha ripreso quel modello nel confortare i condannati nel braccio della morte in USA. Il suo modello è servito a richiamare l'attenzione sulla terribile crudeltà del sistema penale degli stati americani dove si ricorre ancora alla pena capitale.

Leggendo il Suo libro mi sono soffermato sulla confessione che, al di là di essere parte del sacramento della penitenza, è uno strumento efficace di conoscenza che se impiegato in un certo modo diventa un'arma formidabile. Infatti, attraverso la confessione si possono raccogliere informazioni riservate che possono essere gestite, da chi le detiene e da chi esercita un potere decisivo (come perdonare o condannare), per amministrare le persone e, più in generale, per governare le masse. È vero? Concorda sul punto?

Concordo. È proprio così. La confessione, il dialogo segreto con un altro essere umano che ti ascolta e ti perdona risponde a un bisogno fondamentale, quello di evacuare il male per poter continuare a vivere. Questo aspetto aveva colpito anche

Robert Hertz, ebreo di famiglia e di formazione, che ne ha lasciato traccia in pagine importanti, di cui ho curato l'edizione italiana³. La psicanalisi ha questa radice profonda, checché abbia scritto Freud per negarlo. Inoltre la confessione come dialogo è un rapporto attraverso il quale si può modificare una personalità, arricchire le sue conoscenze, costruire una persona diversa rendendola consapevole di avere una coscienza e arredando la sua interiorità, come ha scritto Michel Foucault⁴.

Quanto a catturare quelle confessioni e usarle è la faccia negativa della confessione. Il papato lo ha fatto quando Paolo IV Carafa nel 1559 impose ai confessori di chiedere ai penitenti se conosceva eretici o lettori di libri eretici e di costringerli a deporre in giudizio contro di loro. Molte donne e uomini allora scoprirono con meraviglia che le nuove regole imponevano di confessare non solo i peccati propri ma anche quelli degli altri – che erano spesso membri della loro famiglia. A questo si aggiunge il fenomeno delle confessioni pubbliche di colpe mai commesse nei processi del sistema staliniano che furono per chi ne fu testimone come il “buio a mezzogiorno” raccontato da Arthur Koestler⁵.

Lei afferma nel Suo libro che la pena di morte è una realtà di lunga durata. Lo sostiene perché la pena di morte è un elemento storico che caratterizza la nostra società da diverso tempo e da cui non ci si riesce a liberare. Molte delle c.d. società evolute non riescono a fare a meno della pena di morte e, in generale, della pena detentiva. Come mai? Come se lo spiega?

È difficile rispondere a questa domanda, perché bisognerebbe fare un confronto anche con la storia di altre società, ad esempio quelle primitive studiate dagli antropologi.

Lo studio di altri modelli di società secondo l'indirizzo di antropologia culturale seguito dalla scuola di Franz Boas e ben raccontato in un recente volume di Charles King⁶, ci mostra che si può fare a meno della pena di morte e che si può fare a meno anche della pena detentiva oggi diventata con l'ergastolo ostativo una condanna peggiore della morte.

Quindi la convinzione che le nostre società siano l'espressione matura del progresso culturale è molto ingannevole e ampiamente discutibile. Dobbiamo pertanto pensare in modo diverso.

Dobbiamo riflettere sulle ragioni per cui, a partire dalle antiche popolazioni mediterranee (quella ebraica e quella greca, in particolare), la pena di morte sia stata introdotta nelle nostre comunità e sul perché sia perdurata nel tempo. Da Socrate in poi abbiamo diversi modelli di morte per giustizia e una abbondante quantità di riflessioni sul fatto di uccidere, sul diritto o meno di uccidere in nome della giustizia. Abbiamo molte disquisizioni e teorie sul sistema delle leggi e sul sistema dei poteri. Ma è tempo di guardare alla pena di morte come una specie di nefasta invenzione storica, destinata a

³ R. Hertz, *La preminenza della destra*, cit.

⁴ M. Foucault, *Storia della sessualità*, voll.1-2, *La volontà di sapere*, Es, 2014.

⁵ A. Koestler, *Buio a mezzogiorno*, Mondadori, 1946.

⁶ C. King, *La riscoperta dell'umanità*, Einaudi, 2020.

scomparire. Per ora, sopravvive come forma suprema del potere, quello di chi dispone della vita degli altri. Quando Hobbes teorizzò le origini dello Stato pensò al Leviatano, ad un potere supremo a cui tutti si sottomettono per uscire dall'insicurezza e dalla paura della morte, ponendo nelle sue mani la loro stessa vita. Lo Stato ha certamente, nella pena di morte, una sua radice fondamentale. Ma oggi il potere non è più quello del sovrano assoluto, è sempre più quello della folla anonima che vuole vedere morire chi odia. E l'odio si alimenta da se stesso nei "social".

Ora, il problema, dipende anche qui dal punto di vista con cui guardiamo queste cose. Infatti, se le guardiamo in chiave storica ci rendiamo conto che oggi viviamo in una società dove lo Stato non è più quello del passato; lo Stato è in crisi, la sua presenza arretra. Ci sono associazioni di Stati, perché uno da solo non basta, e ci sono molte forme di traduzione del potere statale in potere locale. Lo Stato, oggi, non è più in grado di svolgere la funzione storica di controllo forte su tutta la società e quindi deve cambiare forma: o deve "allargarsi", consociandosi con altri Stati e creando organismi sovranazionali, oppure deve "ridursi" lentamente, per dare vita a comunità regionali o locali. Ma il potere di una volta, lo Stato non lo ha più.

L'altro più grave e preoccupante aspetto della pena di morte, è quello del piacere di vedere morire un altro essere vivente. Dai giochi dell'arena romana alle esibizioni sportive nelle quali un'atleta (un'automobilista, un motociclista, uno sciatore, un pugile etc.) corre il rischio di morire ci mettono davanti al desiderio di vedere la morte in diretta. L'emozione che questo provoca negli esseri umani è grandissima, si paga per la possibilità di provarla. E questo forse perché consolida l'inconscia rimozione della propria morte, come se a morire fossero sempre e solo gli altri. Fissare lo sguardo sulla morte è come guardare la Gorgone, impietrisce.

Diciamo quindi che vedere morire, poter assistere alla morte, o ancora di più poter decidere di dare la morte (fare il segno del pollice verso) è qualche cosa che dà una forte emozione, più forte di tutte. È su questo che si innesta la straordinaria costruzione del tardo Medioevo della pena di morte come grande "messa in scena": la pena di morte, che prima veniva erogata fuori dalla città perché il sangue non rendesse impura la stessa città, a partire da un certo momento storico trova la sua sede nella piazza principale della città, di solito davanti alla cattedrale, arricchendosi di scenografie e di forme di crudeltà esibita dal boia per il piacere degli spettatori.

Anche nelle città e nei villaggi tedeschi del '600 la strage delle streghe era una scena teatrale seguitissima. I condannati, maghi o streghe, venivano legati ad un palo circondato da fascine che poi venivano accese, così come lo erano state quelle per i condannati per eresia, come Savonarola. La morte per rogo era imposta ai maghe e alle streghe perché la si credeva l'unica maniera per far uscire il demonio dal loro corpo: e gli spettatori gridavano di paura e di emozione quando dal rogo vedevano alzarsi una nuvola nera, convinti che quello fosse lo spirito maligno che tornava all'inferno. In queste messe in scena vi sono sempre i tre elementi: il potere (e il suo esercizio), il divertimento e l'eliminazione del male – quel potere di fare il male, di far morire bambini o gli animali della stalla che il demonio aveva comunicato alla strega .

Questi elementi, per certi versi, ci sono ancora oggi, e questo e questo ci fa capire perché, da un recente sondaggio dell'azienda Swg, risulta che nel 2020 il 37% degli italiani è ancora favorevole alla pena di morte. Tre anni fa la percentuale era del 35% e nel 2015 del 25%⁷. Allora torno su un punto della nostra conversazione e precisamente sul fatto che la pena di morte è una realtà di lunga durata che, come pratica, è stata diffusa nel mondo dai Gesuiti: quanto ha contribuito, secondo Lei, la cultura cristiana in merito alla permanenza nella storia della pena di morte?

La fede cristiana nell'esistenza di un altro mondo ha contribuito a far apparire la pena di morte come uno strumento della giustizia terrena, perfino un dono di Dio che così offriva al peccatore l'occasione per accettare la pena anche se ingiusta per scontare i propri peccati e giungere direttamente in paradiso appena morto. Il risultato è stato una perfetta collaborazione dei "confortatori" nel grande spettacolo dell'esecuzione capitale come trionfo del potere legittimato da Dio. I riti che ho ricostruito e raccontato erano dedicati, da un lato, a offrire ai condannati compagnia nelle ore "malinconiche" delle notti precedenti l'esecuzione, con parole di conforto e di speranza al di là della morte – ma anche con l'offerta di aiuti materiali i per figli e famiglie che restavano nel mondo – e, dall'altro lato, a estinguere l'odio collettivo della folla verso i condannati, riportando i presenti a sentimenti di carità e di perdono.

I Gesuiti come le confraternite laicali di giustizia hanno cercato di combattere l'odio e la vendetta che portavano all'esecuzione del condannato e al trattamento infamante del suo corpo, fatto a pezzi o lasciato appeso per giorni e giorni alla forca, come François Villon ha testimoniato nelle sue bellissime poesie⁸. E questo è stato anche un modo per pacificare la società e spegnere l'odio che il delitto aveva suscitato.

La permanenza della pena capitale nella storia è il frutto delle deformazioni introdotte nel corso della lunga durata di una religione nata ai piedi un condannato mandato a morte ingiustamente (è celebre l'atto di un avvocato il quale, contro il giudice che negava che esistessero condannati innocenti, gli indicò il crocifisso appeso nell'aula).

Il mio interesse si è acceso quando ho cominciato a capire che una religione non è qualcosa di fissato nei suoi principi dal fondatore ma riesce a durare nel tempo attraverso adattamenti, modifiche e compromessi, anche attraverso veri e propri tradimenti che portano al trionfo dello spirito dei tempi, delle pulsioni diffuse nell'umanità che è pur sempre una specie animale, oppure, se vogliamo, un "legno storto", come ha scritto Kant⁹.

Non è il cristianesimo come religione e cultura ma sono le tante forme in cui ne sono stati distorti i principi che hanno giocato un ruolo importante sulle origini e i caratteri del sistema dei tribunali, delle colpe, delle punizioni e delle sofferenze. Benché il principio fondamentale del cristianesimo sia stato fissato nello spirito di fraternità e dell'aiuto al prossimo – e il prossimo è l'altro, il lontano, il samaritano – e benché la regola insegnata nella parabola della zizzania dica che il mal seme gettato nel campo di grano dal nemico non deve venire estirpato prima del raccolto finale, l'interpretazione

⁷ Cfr. C. Viti, *Italiani forcaioli, quasi 4 su 10 sono per la pena di morte...*, in *Il Riformista*, 20 ottobre 2020.

⁸ La celebre "Ballade des pendus" di F. Villon fu pubblicata per la prima volta nel 1489.

⁹ Si veda I. Berlin, *Il legno storto dell'umanità*, Adelphi, 1994.

che ne venne fatta portò all'odio e alla eliminazione dell'altro, il diverso – il mussulmano, l'ebreo – e alla decisione di strappare e bruciare il mal seme cioè l'eretico, perché – si disse - non c'era bisogno di attendere il giudizio finale del Signore per distinguere senza sbagliare il cattivo seme (l'eretico) da quello buono. Questa interpretazione rovesciò completamente il senso della parabola evangelica che il medioevo consegnò all'età moderna. Il discorso che viene fatto, da quel momento in poi, è che questa parabola valeva quando il seme buono ed il seme cattivo erano mischiati tra loro nel campo, ma da quando il battesimo aveva separato i semi buoni (i prescelti, coloro che entreranno nel regno dei cieli) dai semi cattivi (tutti gli altri), si può agire anche prima del momento del raccolto. A quel punto l'eretico, il mal seme nel campo di buon grano potrà – come dice la parabola stessa – essere gettato nel fuoco. Si parte da questa parabola e si arriva alla giustificazione del rogo.

Noi sappiamo che il cristianesimo ha la sua base nel messaggio di Gesù, così come è stato raccolto nel Nuovo Testamento. Ma ha anche una storia caratterizzata dal fatto che, ad un certo punto, appaiono gli esperti dell'interpretazione della parola di Gesù e allora viene fuori, da Agostino a San Tommaso, la legittimazione della pena di morte. Da quel momento in poi il movimento verso la pena di morte del cristianesimo si fa più aggressivo, perché vengono individuati molti eretici (molta zizzania) da bruciare. Ne deriva la semplice constatazione che sono gli uomini che fanno la storia e che adattano la religione a seconda delle loro necessità.

Da quando nasce la teologia e l'interpretazione, e quando dietro a tutto questo c'è qualcuno che esercita il potere che si sente offeso o minacciato, tanto più se questi, come il Papa, esercita un potere assoluto, allora è evidente che il ricorso alla pena di morte diviene ammissibile. Questo è l'amaro risultato.

È vero Professore, questo è un amaro risultato. Tuttavia, mi sia concessa un'osservazione: San Giovanni Paolo II, alcuni anni fa, ha dichiarato in maniera chiara e ferma che la pena di morte è inadeguata sul piano morale e non è più necessaria sul piano penale¹⁰. Papa Francesco, di recente, ha affermato che «la pena di morte è inammissibile»¹¹ e che la Chiesa si impegna con determinazione a proporre che sia abolita in tutto il mondo¹². Crede che questo sia effettivamente possibile?

È importante che la Chiesa come grande istituzione responsabile dei credenti si muova in questa direzione. Dopo la Shoah il papato compromesso con la destra fascista era arrivato fino a scomunicare i comunisti. Poi la svolta c'è stata con papa Giovanni XXIII e col concilio Vaticano secondo. I due pontefici che lei ha citato hanno dovuto accelerare il mutamento per giungere a una vera resa dei conti col passato.

Assisto con grande interesse al tentativo di papa Francesco di portare decisamente avanti un radicale cambio di strategia. Ma intanto, come ha osservato la rivista cattolica *The Tablet* recensendo l'edizione Harvard U.P. del mio libro, nel

¹⁰ *Discorso in occasione del 25° anniversario del Catechismo della Chiesa Cattolica*, 11 ottobre 2017.

¹¹ Cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Lettera ai Vescovi circa la nuova redazione del n. 2267 del Catechismo della Chiesa Cattolica sulla pena di morte*, 1 agosto 2018.

¹² *Discorso a una delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 23 ottobre 2014.

catechismo della Chiesa cattolica resta l'ammissione della legittimità in certi casi della uccisione di esseri umani.

Ci sono cose, però, che non sono cambiate, perché non si vogliono cambiare o perché a qualcuno non "conviene" che cambino. A tale proposito, torniamo a riflettere sul tema della pena di morte e, più in generale, sul fatto che vi sono morti, per così dire, socialmente "giustificate". Da una parte, sappiamo che l'uccisione volontaria di un altro essere umano è, di solito, vietata e punita, ma dall'altra parte, sappiamo anche che vi sono omicidi volontari "autorizzati", legittimati da circostanze e da situazioni e, perché no, da decisioni (si pensi, ad esempio, a quando si uccide per legittima difesa, oppure quando si opera l'interruzione volontaria di gravidanza, oppure ancora quando vengono commessi, come la storia ci ha insegnato, omicidi politici e/o di stato). Ecco, davanti a questa realtà, è vero che il divieto sociale, giuridico e religioso di uccidere volontariamente un'altra persona (ad esempio i nemici o gli eretici) è e resta un limite relativo, variabile a seconda dell'interesse perseguito e da chi governa, di fatto, le popolazioni?

Penso che di morti socialmente giustificate ci siano ormai quelle collettive di innocenti uccisi dalle guerre o dallo sfruttamento bestiale di lavoratori senza diritti o da quello delle industrie di sostanze velenose, come accadde con la diossina del Seveso o come continua ad accadere con l'Eternit senza che i responsabili siano mai stati puniti in alcun modo. I delitti delle grandi *corporations* sono impersonali e sfuggono alla presa dei tribunali, lo si è visto nella tragedia italiana del ponte Morandi di Genova.

Ma lei citava l'aborto. Che l'aborto sia un omicidio lo sostiene chi ritiene che il feto sia una persona, tesi che in campo cattolico si è affermata solo nel primo '600 con la teoria dell'animazione immediata dell'embrione. Fino ad allora i tribunali papali ai colpevoli di procurato aborto che ricorrevano a Roma (generalmente ecclesiastici o chierici che avevano costretto le loro donne a farlo) non erogava che sanzioni minime perché si seguiva una diversa teoria, e cioè che Dio facesse discendere l'anima nel feto solo quando il bambino avesse assunto la forma completa di un essere umano. Questo è un tema che mi ha appassionato molto.

Uno dei miei libri è stato dedicato proprio al caso di una ragazza, una fanciulla bolognese del Settecento, che concepì un bambino con un sacerdote di passaggio¹³. La ragazza visse la sua gravidanza in segreto e quando nacque il bambino lo soffocò per paura del disonore e della rovina che ne sarebbe seguita per lei condannandola alla prostituzione; venne però colta dai vicini sul fatto, processata e condannata alla pena di morte con quel rituale che dicevamo poc'anzi. Allora io cercai di capire perché le leggi sopra la soppressione del figlio non desiderato fossero così crudeli e trovai la risposta in due fatti.

Il primo: una presa di coscienza che il "potere" si esercita non su un territorio, ma su di una popolazione e, di conseguenza, che il potere è fatto da un esercito, e un sovrano per avere un esercito deve avere una popolazione che cresce numericamente. Qui siamo di fronte al sovrano di Francia, Enrico II, che nel 1566 emise un'ordinanza con la quale stabilì punizioni severe, ivi compresa la pena di morte, nei confronti di chi

¹³ A. Proserpi, *Dare l'anima. Storia di un infanticidio*, Einaudi, 2005.

praticava l'aborto, disponendo altresì una rigorosa sorveglianza sulle gravidanze. In pratica, ordinò che le donne incinte, sposate o meno, fossero tenute a denunciare al magistrato la loro gravidanza e a sottoporsi a periodici controlli medici, al fine di limitare gli aborti. Questa norma si diffuse immediatamente in ambito europeo. Arrivò anche negli stati italiani.

Il secondo: il mutamento intervenuto nella concezione teologica della natura dell'embrione. Fino al tardo Medioevo, l'idea dominante era quella che l'embrione, nel ventre materno, recepisce l'anima immortale quando il corpo si era completamente formato. Gli aborti, che c'erano anche allora, non erano oggetto quindi di una penalità particolare: passavano come un reato componibile senza molti problemi. Ci sono documenti da cui si evince, ad esempio, che molti chierici, dopo aver confessato in tribunale di avere aiutato la ragazza che avevano messo incinta a sgravarsi del bambino, hanno "composto" la vicenda giudiziaria pagando una cifra di denaro. Ad ogni modo, le cose cambiarono quando si ritenne che l'anima venisse immessa nell'embrione a poca distanza dal concepimento. È una svolta databile al 1616, anno in cui fu pubblicato un trattato medico che propose questa interpretazione. Da quel momento in poi l'embrione venne considerato un essere umano, una persona, e da questo momento in poi comincia l'incrudimento delle norme sull'aborto. Non se ne occupa soltanto l'apparato statale, ma anche quello religioso. Chiunque accusi, sveli, riveli l'esistenza di un aborto procurato è tenuto a farne denuncia.

Questa svolta sull'aborto ha prodotto anche una variazione teologica sulla natura dell'essere umano: in pratica, sull'idea di che cosa sia la persona. Gli storici hanno riconosciuto che un cambiamento fondamentale nella concezione dell'umanità avvenne quando nacque l'idea della persona come una qualità speciale dell'essere vivente e questa qualità, quella di essere umano, gli appartiene in quanto egli è titolare di un'anima immortale.

All'inizio dell'età moderna ci si chiese se l'anima fosse immortale o no e, poi, se la nozione di persona si applicasse al portatore di un'anima immortale. Un secolo dopo, prevalse la teoria per cui l'anima immortale è immediatamente proprietà dell'embrione (a prescindere dal suo sviluppo), e da quel momento in poi è cominciato l'inferno per le donne. Il dramma di cui parliamo, e che ci riporta alla sua domanda, è un dramma storico, non è un dramma naturale: è un dramma che si gioca con il variare delle concezioni di dignità di persona e del possesso o meno dell'anima immortale. E soprattutto con la nascita di una politica che mira al potere sulla nuda vita e che tiene d'occhio specialmente la funzione femminile del generare esseri umani.

Torniamo, ancora una volta, alla questione del binomio anima-corpo e di quanto questo sia politicamente rilevante, seppure in modo diverso, in un contesto, quale quello della nascita (e dell'aborto), oppure in un altro contesto, quale quello della morte (e della pena capitale). Allora, Le chiedo: quale analogia c'è con un altro binomio, quello del peccato e del segreto, che è (stato) rilevante anche nell'ambito della giustizia penale?

Qui siamo di fronte, ancora una volta, al tema dell'esercizio del potere e alla costruzione dell'idea di persona. Noi consideriamo ogni essere umano dotato di un'interiorità, di suoi pensieri, di suoi convincimenti profondi, di sue emozioni; però,

appunto, il problema è come questa interiorità viene costruita, "arredata". Gli storici della confessione hanno insistito sul fatto che, a partire dall'obbligo della confessione annuale dei peccati – da Innocenzo III in poi, per intenderci – si cominciò ad "arredare" l'interno della persona. Per esempio, pensiamo a come è cambiato nel tempo l'ordine dei peccati più gravi: si è passati dai sette peccati capitali, tutti relativi alla vita sociale e ai rapporti con gli altri (ira, invidia, accidia etc.), ai dieci comandamenti, che invece hanno a che con pensieri e sentimenti che costituiscono la dottrina interiorizzata dell'individuo nel rapporto con Dio.

Quindi il decalogo dei comandamenti sostituisce l'elenco dei sette peccati capitali intorno al Cinquecento: da quel periodo in poi i manuali per la confessione del "peccatore" dedicano alla questioni dei pensieri intimi, dei desideri profondi e dei turbamenti sessuali, la maggior parte delle pagine, fino a diventare dei veri e propri trattati. Possiamo dire che il senso della colpa e la natura del peccato che deve essere confessato viene deciso da altri: c'è una cultura che si impianta su questo modo di gestire la popolazione, che desidera sapere i pensieri e i desideri delle persone e che decide che cosa è "contrario", disturbante, pericoloso al punto da dover essere confessato.

Le confessioni dei Gesuiti, che erano dei veri specialisti in materia, richiedevano giornate intere perché una persona doveva presentarsi avendo scritto prima l'elenco dei peccati da confessare; non solo, doveva fare anche periodicamente la confessione generale di tutti i peccati dall'inizio della sua memoria di vita a quel momento, per essere sicuri di non omettere alcunché. Siamo quindi di fronte ad una storia – quella del peccato e delle confessione – che appare complicatissima.

Va tenuto conto, però, che è previsto anche il segreto, a cui il confessore è sempre tenuto, pure nel momento in cui è interrogato dal giudice in tribunale. Tuttavia, anche questo "limite" è venuto meno ad un certo punto della storia. Infatti, quando la Chiesa di Roma si è resa conto del diffondersi di Chiese alternative, divenne importante, anzi essenziale conoscere le identità dei traditori. Come si è accennato prima, nel 1559, Paolo IV emanò un decreto con il quale impose al confessore di chiedere al penitente, come prima domanda, se fosse a conoscenza di eretici o lettori di libri proibiti; in caso di risposta affermativa, il penitente era invitato a denunciare queste persone. Il sacerdote, a quel punto, si toglieva la stola del confessore, ed sedeva come un cancelliere di tribunale registrando la denuncia (definita "comparsa spontanea"). Nel caso in cui, invece, il penitente avesse optato per non procedere con la denuncia, allora era doveroso scomunicarlo¹⁴.

La confessione divenne quindi, in definitiva, una sorte di cassaforte che venne forzata, per ragioni di sopravvivenza, dalla Chiesa stessa: per mezzo della confessione si vanno a scoprire coloro che la stanno abbandonando e, quindi, coloro che è meglio "eliminare" come semi cattivi.

E così si giunge all'Inquisizione e al perfezionamento del metodo inquisitorio, è vero?

¹⁴ A. Proserpi, *Tribunali della coscienza*, Einaudi, 1996.

È un caso di eterogenesi dei fini. Il processo inquisitorio nacque come metodo razionale di inchiesta per individuare il colpevole di un reato. L'inquisitore è colui che cerca la verità attraverso la raccolta delle prove e su queste organizza il processo. Del processo fa parte la tortura dell'indiziato, perché la verità emerga dal dolore. Questo tipo di processo si affermò in campo laico e in campo ecclesiastico.

Siamo, per intenderci, nel momento storico in cui Papa Innocenzo III cancellò la pratica magica della prova, ad esempio quella dell'immersione nell'acqua, del camminare su braci ardenti o dell'impugnare una spada arroventata: prova attraverso la quale Dio diceva ai 12 presenti (un numero pari a quello degli Apostoli), chi aveva ragione e chi torto. Da quel momento in poi, si procedette in modo diverso, attraverso l'Inquisizione, vale a dire attraverso la ricerca silenziosa di un giudice inquirente che nel segreto raccoglie per iscritto le testimonianze, sulla base delle quali si svolgerà poi il processo.

Quindi, quel mutamento fu un grande passo in avanti della giustizia che da lì in poi non cesserà più di usare la forma scritta e l'indagine sulle prove. Tuttavia, dobbiamo anche dire che gli esseri umani sono capaci di pervertire le cose migliori. La pratica della tortura prevedeva regole precise ed esclusioni per certe categorie di persone, come gli anziani, le donne gestanti, i bambini. Ma quando si iniziò a cercare il diavolo o le streghe, lì non ci furono più limiti. Nacquero le "cause eccezionali" in cui si poteva usare la tortura senza limite alcuno.

Purtroppo, ancora una volta, la sua analisi ci dimostra come l'uomo, per esercitare il potere e per mantenerlo, sia disposto a modificare il sistema a suo piacimento. Di conseguenza, è evidente che nel suddetto sistema (quello inquisitorio) il reo-confesso ovvero il colui che si è dichiarato colpevole (magari sotto tortura) la persona perde ogni dignità, viene disumanizzata al punto che può essere eliminata dalla società e, come abbiamo visto, dalla vita terrena. Secondo Lei, il nostro sistema opera in fondo in fondo, seppure con delle differenze, ancora così?

No, penso che le cose siano profondamente cambiate, grazie a Beccaria e a una concezione della giustizia che aveva cessato di tenere conto dell'altro mondo. Non per niente la nuova forma della giustizia si basò sulla privazione della libertà graduata secondo l'unità di misura della vita umana e vi aggiunse il lavoro forzato, esemplato sugli istituti per poveri e poi sull'industria di fabbrica. Fu l'utopia punitiva, come ha scritto Tullio Padovani. E oggi dobbiamo affrontare e risolvere il problema del carcere che non redime ma crea criminali.

Un sistema ingiusto, profondamente ingiusto. Anzi, a dire il vero, se guardiamo le nostre società "evolute", queste sono ancora piuttosto ingiuste, poiché dispongono di un sistema penale che è severo con i deboli, i diversi e i fastidiosi e che è tollerante con i forti, i conformi e con coloro che sono funzionali al mantenimento dello *status quo*. Che cosa ne pensa?

Mi viene in mente sempre Kant e il suo considerare la pianta umana una pianta storta.

Le differenze di poteri, di beni e di risorse sono evidenti e la giustizia, che dovrebbe andare oltre a queste differenze, non ce la fa; non riesce nemmeno a arginare i cattivi sistemi penali. Solo in casi isolati. Ho avuto modo, in un'occasione, di parlare con Guido Calabresi, un grande giurista, autore di un libro fondamentale che suggerirei di leggere a tutti i giuristi¹⁵ che faceva parte della Suprema Corte di Giustizia, di famiglia ebraica, immigrato negli Stati Uniti per le infami leggi razziali del '38, Gli chiesi come si comportava quando doveva decidere nei confronti di una persona condannata a morte. Lui disse che l'unico strumento che aveva e che impiegava era quello delle eccezioni e dei rinvii, cioè esattamente lo strumento che il nostro giudice ottocentesco, Francesco Carrara, credente, cattolico, uomo di straordinaria cultura e umanità, impiegò nel 1858 quando riuscì ad evitare, a Lucca, che venissero mandati a morte dei sacrileghi sulla base delle norme volute da una sovrana bigotta. Carrara rinviò, rinviò e rinviò, con la speranza che arrivasse l'unità d'Italia, come poi accadde.

Il fatto che oggi, in varie parti del mondo ci siano ancora persone condannate alla pena capitale è tremendo. La pena di morte è uno strumento efferato che viene usato dal sistema penale come sanzione inflitta dal potere giudiziario come espressione fondamentale del dominio supremo della legge. Ma questo potere è anche espressione e voce del potere politico. Ad esempio, oggi la nomina da parte del presidente degli Stati Uniti del membro mancante nella Corte Suprema pone nelle mani di una figura come Trump la possibilità di scegliere una persona che potrà decidere in materie come l'aborto e la pena capitale secondo le idee dello stesso Trump, che ben conosciamo.

Nel Suo libro affronta spesso il tema del perdono e della vendetta e in particolare, in un passaggio, afferma che il perdono è solo una legge astratta, concretamente poco applicata, perché è schiacciata dalla legge vigente, che è quella della vendetta. Come possono coesistere questi due opposti?

Negli anni Ottanta, Umberto Eco, in un suo articolo su di un quotidiano, commentando il caso della sentenza per l'assassinio di un bambino rapito e ucciso che aveva suscitato grande emozione e fatto proporre di nuovo la pena di morte, scrisse che se fosse successa a lui come padre una cosa del genere non si sarebbe accontentato di una condanna alla pena di morte ma avrebbe voluto avere l'assassino nelle sue mani, farlo soffrire, straziarlo per giorni e giorni, per saziare la sua sete di vendetta. Ma per fortuna, disse anche, siamo tutti legati a un sistema giuridico e ad un meccanismo di giustizia che serve a restaurare l'ordine turbato. La giustizia non può sanare il delitto compiuto, ha il compito di consentire che si possa andare avanti; non è vendetta ma è un sistema razionale, retto da regole, grazie al quale c'è un giudice e c'è una sentenza a cui tutti dovranno obbedire, anche coloro che vorrebbero di più¹⁶. L'argomento di Eco era giusto e lo condivido. Noi non siamo mai soddisfatti dalla giustizia penale perché dentro di noi c'è una fiera che vorrebbe sbranare, vendicare l'offesa subita. La giustizia è un sistema di composizione, anche di ingiustizie collettive, colossali. Pensi al Sudafrica e a chi ha lottato a lungo per cambiare il regime di quel Paese e oggi ha sperimentato una inedita forma di pacificazione attraverso la conoscenza della verità. Colui che ha commesso dei reati lo dice, confessandolo a tutti, così da guadagnarsi il diritto ad andare avanti. In effetti non si poteva processare tutta la popolazione bianca colpevole

¹⁵ G. Calabresi, *Scelte tragiche*, Giuffrè, 1978.

di un sistema di discriminazione e di delitti e crimini razziali. Per andare avanti si doveva passare attraverso la pacificazione non tacita ma raggiunta attraverso la conoscenza della verità dei delitti.

La giustizia è un sistema necessariamente difettoso perché fatta dagli uomini per affrontare le realtà degli uomini: essa è legata al carattere incompiuto dell'essere umano, in parte bestia in parte uomo. Del resto lo abbiamo visto: l'inquisizione è stata una scoperta razionale ma è stata trasformata fino al punto di erogare sofferenze estreme e creare problemi immensi; il cristianesimo è una religione bellissima ma è diventato, ad un certo punto, un sistema di potere, nelle mani degli uomini, che ne hanno interpretato i dettami a loro uso e consumo. Non senza responsabilità dei primi apostoli. Ho sempre davanti a me questo passo della Lettera di San Paolo ai romani, capitolo 13 versetto 1, *Omnis potestas a Deo*. San Paolo è di fronte al mondo romano, deve professare il Cristianesimo e cosa dice? Siate sottomessi al potere, la nostra religione non è di questo mondo e in questo mondo ogni potere viene da Dio. Questo permise ai cristiani di essere tollerati nel mondo romano, un mondo a lungo politeistico. Così la regola di attribuire a volontà di Dio tutto quello che facevano i potenti si è trasmessa fino allo stato moderno, con gli esiti che conosciamo.



La pazzie dei giudici ciechi, xilografia, dalla *Constitutio penalis Bambergensis*, Magonza, 1507
(in A. Prosperi, *Giustizia bendata*, cit., p. 37)

Sistemi costruiti dagli esseri umani e dagli stessi deformati, sempre per il potere. Ma, secondo Lei, stiamo arrivando ad un momento di svolta? Glielo chiedo perché nella postfazione del Suo libro vi è un passaggio dove lei fa riferimento alle resistenze fortissime che vi saranno davanti all'ingresso, in questa nuova epoca dell'umanità, dei progressi tecnologici e scientifici che ci consentiranno di conoscere molte cose. Perché

ritiene che vi saranno delle resistenze? In fin dei conti alcuni progressi scientifici potrebbero consentire alla giustizia di vedere meglio?

Sì, siamo anche noi, come sempre, in un'epoca di passaggio verso un futuro sconosciuto. Io quando scrivevo questo libro non immaginavo l'arrivo della pandemia, che agirà come la peste nera del Medioevo, cambiando completamente i dati reali, sbilanciando un sistema che appariva determinato a muoversi verso la conquista e lo sfruttamento di tutte le risorse del pianeta. Io lì facevo riferimento solamente alla scoperta scientifica che permette a ogni essere umano di prevedere la malattia che lo ucciderà, se non verrà investito prima da un'automobile. Scoperte come queste chiedono di riflettere su quale sarà il loro impatto.

Un mio amico, Remo Bodei, ha scritto il suo ultimo libro che è uscito mentre lui stava morendo, sul rapporto di dominio e di sottomissione dal punto di vista storico e filosofico¹⁷, facendo un racconto di come fino ad ora le democrazie si siano sempre servite, per il benessere degli abitanti, del lavoro servile, dagli schiavi antichi ai servi, agli operai, agli immigrati. Ecco, ora nasceranno dei sistemi gestiti da robot e noi che rapporto avremo con l'intelligenza artificiale? Forse potremmo diventare noi i loro schiavi in futuro? Le contraddizioni sono oggi fortissime, nel mondo attuale, tra chi ha e chi non ha, tra chi ha libertà e chi no. La sfida è creare un sistema funzionante, all'altezza dello sviluppo della specie umana nel tempo, soprattutto in un tempo in cui la specie umana ha talmente sfruttato e aggredito le altre specie, da costringere un *virus* a uscire fuori da un pipistrello dove abitava e a saltarci addosso. È un problema serio questo, anche perché abbiamo alterato il funzionamento del nostro pianeta: le temperature si alzano, i ghiacciai si sciolgono, le risorse diminuiscono e le condizioni esistenziali potrebbero divenire invivibili non solo per molte specie animali ma anche per noi. Quindi l'adattarsi al nuovo è una cosa che la specie umana ha fatto di continuo, ma ora c'è anche il problema di come potrà adattarsi ad un sistema dove grandi masse umane chiedono una giustizia sociale e la stessa terra che ci ospita dà segni di non poterne più di noi.

Come abbiamo detto, il sistema penale di oggi è forte con i deboli e debole con i forti ed è lo "specchio incrinato" di una giustizia sociale fortemente compromessa. È ora di cambiare, di invertire la rotta?

Certo, è ora. La giustizia non può rendere il mondo più giusto, lo può addolcire, può cercare di rimediare a certe cose. Ad esempio, il giudice minorile ha un compito delicatissimo nella nostra società perché interviene sulle nuove generazioni in "difficoltà". Il giudice non può cambiare il mondo, può aiutare però un po' di persone.

Il problema è fino a che punto i problemi creati dall'umanità stessa ci possono permettere di andare avanti oppure si ritorcono contro di noi, così come si sta ritorcendo contro di noi l'invadenza umana sulla natura.

Adesso si dice che lo Stato stia diventando inesistente perché non è più capace di contenere i problemi del controllo sociale: a mio parere serve qualcosa che superi lo

¹⁷ R. Bodei, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Il Mulino, 2019.

Stato e che affronti, ad esempio, i problemi connessi alle migrazioni delle popolazioni a livello globale.

Un'ultima domanda: la presenza dei crocifissi nelle aule dei tribunali, cosa ha rappresentato? È forse l'espressione simbolica del sofferto rapporto tra le due dimensioni della giustizia: il perdono, reclamato dal Vangelo, e la vendetta, imposta dalle esigenze del potere temporale?

È stato il Re di Francia nel '600 ad introdurre per legge il crocifisso nei tribunali. Io partecipai a un incontro di giuristi a Camerino una ventina d'anni fa, proprio sulla questione del crocifisso che all'epoca era molto viva nelle discussioni. Fu un incontro molto interessante, peccato che non pubblicarono gli atti. La presenza del crocifisso venne considerata sotto due aspetti: da un lato, come sanzione in nome di Cristo di quello che faceva il tribunale – degradando la religione a garanzia dell'operato del tribunale e ledendo la libertà religiosa garantita dalla Costituzione; dall'altro lato, come testimonianza per tutti del dolore umano rappresentato proprio dal crocifisso, come aveva scritto Natalia Ginzburg¹⁸. In realtà nel sistema italiano, di un popolo che, come scrisse Machiavelli, per colpa degli "esempi rei" offerti dalla Roma papale era diventato "senza religione e cattivo", quel crocifisso è entrato nei luoghi pubblici – le scuole, le carceri, i tribunali *etc.* – solo a ricordare il potere della Chiesa romana come religione ufficiale o comunque privilegiata dal Concordato all'interno del sistema politico italiano.

¹⁸ N. Ginzburg, *Il Crocifisso silenzioso*, in *L'Unità*, 22 marzo 1988.

Conversazione

— Soldi sporchi. Economia, sistemi finanziari e riciclaggio internazionale – Ch. 2

Lo scandalo dei *Fincen Files*. Una conversazione con
Giovanna Marcolongo

*Dirty money. Economics, financial systems and international money
laundering – Ch. 2*

The Fincen Files scandal. A conversation with Giovanna Marcolongo

di Elisa Padoan

Abstract. Qual è l'entità del fenomeno del riciclaggio di denaro sporco? Quali sono i settori dell'economia più colpiti? Perché non si interviene in modo efficace sul fronte del controllo e della repressione? Di questo e di molto altro abbiamo parlato con **Giovanna Marcolongo**, ricercatrice del **Centro CLEAN** – Crime: Law and Economic Analysis – dell'Università Bocconi di Milano. Il centro, nato nel 2015 sotto la direzione del Prof. Paolo Pinotti, rappresenta uno **spazio di dialogo e confronto** tra professionisti coinvolti in prima linea nell'attività di **analisi del crimine**.

Abstract. What is the scale of money laundering? Which sectors of the economy are most affected? Why is there no effective action in terms of control and repression? We talked about this and much more with **Giovanna Marcolongo**, researcher at the **CLEAN Center** - Crime: Law and Economic Analysis - of the Bocconi University in Milan. The center, founded in 2015 under the direction of

*Prof. Paolo Pinotti, represents a **space for dialogue and discussion** among professionals directly involved in **crime analysis**.*

Dopo aver tracciato, nella prima parte dell'intervista¹, le coordinate principali del fenomeno del riciclaggio di denaro e del quadro normativo oggi esistente, in Italia e all'estero, per contrastarne la diffusione, Marcolongo si concentra ora sul recente **scandalo dei FinCEN Files**, portato alla luce da un'inchiesta giornalistica di respiro internazionale e del quale questa rivista ha già avuto modo di occuparsi nelle scorse settimane².

Ricordiamo, in estrema sintesi, **i termini della vicenda**: il sito di notizie statunitense [BuzzFeed News](#) ha ottenuto dal Dipartimento del Tesoro USA – e poi passato al Consorzio Internazionale dei Giornalisti Investigativi ([ICIJ](#)) – documenti riservati contenenti oltre 2.100 segnalazioni di operazioni sospette (le cd. SAR) effettuate tra il 2000 e il 2017 ed elaborate dal *Financial crimes enforcement network* ([FinCEN](#)), l'agenzia anti-riciclaggio degli Stati Uniti.

Oltre 400 giornalisti dell'Icij, provenienti da 88 nazioni, hanno potuto così portare alla luce e analizzare bonifici sospetti per un totale di 2.099 miliardi di dollari: una cifra enorme, che tuttavia è probabile rappresenti solo la punta dell'*iceberg* di una movimentazione di denaro di incalcolabile entità.

Dove sono andati a finire questi soldi? Chi li ha spostati e per quali scopi? Come è possibile che quantità di denaro tanto ingenti siano state movimentate in modo a dir poco sospetto senza che nessuno – né le banche né le autorità preposte alla repressione di questi fenomeni – facesse nulla per impedirlo?

Sono domande di vitale importanza, perché il riciclaggio è un **fenomeno di carattere globale che impatta su tutto il sistema economico**, sottraendo risorse e benessere alle comunità; comunità che, tra l'altro, pagano sistemi di controllo spesso inadeguati, per descrivere i quali potremmo ricorrere all'esempio di una rete da pesca paradossale, le cui maglie sono abbastanza strette da trattenere i pesci piccoli, ma sufficientemente larghe da far scappare gli squali.

Tra i vari aspetti della vicenda, Marcolongo mette in evidenza quello che potremmo definire **"paralizzante sovrabbondanza di informazioni"**: in alcuni Stati gli operatori finanziari, per non incorrere nelle pesanti sanzioni previste dal sistema, segnalano qualsiasi operazione anche solo lontanamente sospetta, scaricando sulle unità di informazione finanziaria una quantità enorme di dati che queste con le risorse umane disponibili, non riescono a processare.

¹ Disponibile [a questo link](#).

² Si veda S. Arcieri, R. Bianchetti, «*Abbiamo due sistemi di applicazione della legge e della giustizia nel paese*», 30 settembre 2020. Sullo stesso tema si rinvia altresì agli ulteriori articoli: *Sei proposte urgenti per il contrasto al riciclaggio internazionale di denaro*, del 23 ottobre 2020, *FinCen Files: i numeri della maxi-inchiesta*, del 9 ottobre 2020 e *Abusi fiscali, riciclaggio di denaro e corruzione: le piaghe della finanza globale*, del 30 settembre 2020, tutti su *DPU – il blog*.

«L'anno scorso, il *FinCEN* (*Financial crimes enforcement network*) ha ricevuto 2,3 milioni di segnalazioni³, circa 44mila a settimana, analizzate da 300 dipendenti. Per avere un termine di confronto consideriamo che, nello scandalo *FinCEN* di cui stiamo parlando, 400 giornalisti hanno analizzato 2000 segnalazioni in totale».

Ma il punto fondamentale è, non dobbiamo mai dimenticarlo, che il traffico di denaro sporco crea e approfondisce **disuguaglianze sociali**, come emerso in modo chiaro in occasione di un altro scandalo internazionale, quello dei *Panama Papers*, scoppiato nel 2016, di cui Marcolongo si è occupata⁴.

«Abbiamo scoperto come la ricchezza nei paradisi fiscali sia concentrata nelle mani di pochi (circa il 50% appartiene a persone con una ricchezza media di 50 milioni di dollari, e questi ultra ricchi sono lo 0,01% della popolazione delle economie avanzate⁵), con una forbice sociale ancora più ampia di quella che immaginavamo».

Aldilà dei numeri, pure impressionanti, è necessario prendere coscienza delle **conseguenze a lungo termine del riciclaggio**, proprio sul fronte delle disuguaglianze:

«I soldi che vengono riciclati, spostati in paradisi fiscali, sottratti alla tassazione del paese di origine, privano i cittadini e gli Stati di tasse e quindi di risorse che potrebbero essere utilizzate per costruire scuole, ospedali, strade ed essere quindi strumento di sviluppo».

Nella sua ricerca⁶ Marcolongo si è focalizzata sui **proventi derivanti dalle risorse naturali e dalle commodity**, beni estratti e commercializzati, in molte economie, con il diretto coinvolgimento dei governi. I *Panama Papers* hanno rappresentato l'opportunità di identificare i Paesi di provenienza dei beneficiari delle entità *offshore* e di osservare che, quando le *commodity* prodotte diventavano più profittevoli (il loro prezzo saliva), quegli stessi Stati intensificavano la propria attività di apertura di società *offshore* e ciò avveniva – e questo è uno degli aspetti più interessanti dell'indagine – in modo particolare nei Paesi con minore "accountability", le cosiddette autocrazie. Una possibile spiegazione potrebbe essere che, in queste nazioni, **le élite al potere possono con più facilità appropriarsi dei proventi** dall'estrazione di risorse naturali, proprio **a causa dell'assenza o debolezza dei meccanismi di monitoraggio da parte dei cittadini**.

Al termine di questo dialogo, possiamo così sintetizzare gli **elementi essenziali per un più efficace contrasto al riciclaggio di denaro**:

- garantire l'indipendenza delle autorità preposte al monitoraggio, per limitare al massimo i conflitti di interesse;
- mettere a disposizione delle stesse autorità risorse economiche e tecnologiche adeguate agli incarichi;

³ Cfr. Y.Y.J. Surane, Y. Onaran, *Big banks let \$2 trn in illicit funds move around world: FinCEN Files*, in *Business Standard*, 22 settembre 2020.

⁴ Per una sintesi della vicenda si veda, tra i molti articoli pubblicati, *I Panama Papers, spiegati*, in *Il Post*, 4 aprile 2016.

⁵ A. Alstadsæter, N. Johannesen, G. Zucman, *Who Owns the Wealth in Tax Havens? Macro Evidence and Implications for Global Inequality*, in *Journal of Public Economics*, 162, 2018, pp. 89 ss.

⁶ G. Marcolongo, *Natural Resources, Corrupt Intermediaries, Hidden Wealth*, Working Paper, 2020.

- uniformare il più possibile le normative, a partire da quelle europee;
- migliorare la cooperazione internazionale;
- applicare in modo severo le sanzioni previste dal sistema, ed eventualmente valutarne l'inasprimento.

Tutto questo, aggiungiamo noi, non può prescindere da un lavoro capillare di diffusione della **cultura della legalità** e dalla difesa dei **valori della democrazia** che, per quanto imperfetta, resta il miglior antidoto contro le prevaricazioni che l'uomo abbia mai scoperto.

(Fine)

Conversazione

— **Lingua del diritto e linguaggi di genere – Ch. 1**

Le parole non sono neutre: il maschile e il femminile nella lingua

Language of law and languages's gender – Ch. 1

Words aren't neutral: male and female in language

di Alessandro Rudelli, Emanuela Abbatecola e Angela Condello

Ringrazio Emanuela Abbatecola e Angela Condello per aver accettato il nostro invito a svolgere una conversazione sul tema della lingua del diritto e dei linguaggi di genere.

Come è tradizione nei nostri incontri conversazionali non si svolgerà oggi una lezione, ma le nostre ospiti offriranno degli spunti e porteranno i contributi che riterranno utili per ulteriori approfondimenti, prossime ricerche e sviluppi di successivi studi.

Angela Condello, filosofa del diritto, è ricercatrice al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina e insegna sia all'Università di Torino che al Master di Studi e Politiche di Genere dell'Università Roma Tre¹. Collabora con il Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere (CIRSDe) di Torino².

¹ Ulteriori informazioni sul Master sono disponibili [a questo link](#).

² Cfr. [la pagina principale del sito del CIRSDe](#).

Tra i lavori che Angela Condello ha pubblicato segnalerei “Femminismo giuridico”³ curato insieme ad Anna Simone. Segnalerei anche il contributo dal titolo “Umanità come percorso individuativo” presente nel testo “Femminismo ed esperienza giuridica”⁴ con la curatela di Anna Simone e Ilaria Boiano.

Molti sono gli studi di Angela Condello sul rapporto tra diritto e linguaggio, con un particolare interesse alla semiotica delle legge⁵.

Emanuela Abbatecola è professoressa associata presso l’Università di Genova dove insegna “Sociologia del lavoro” e “Introduzione agli studi di genere”. È cofondatrice e direttrice della rivista di studi internazionali “About gender”⁶.

Tra i suoi lavori, oltre al contributo presente nel testo collettivo “Genere e linguaggio. I segni dell’uguaglianza e della diversità”⁷, ricordo “Trans-migrazioni. Lavoro, sfruttamento e violenza di genere nei mercati globali del sesso”⁸ e “Pink is the new black”⁹, uno studio sugli stereotipi di genere nella scuola dell’infanzia fatto insieme a Luisa Stagi.

Questa nostra conversazione fa seguito ad [una precedente con Paolo Heritier e Chiara Simonigh](#) che si era concentrata sulla funzione delle immagini nella società della comunicazione, questione che probabilmente ritroveremo anche nel nostro discorrere sul genere.

Prima di toccare la ‘lingua del diritto’, inviterei Emanuela Abbatecola ad introdurci alle coordinate essenziali:

Di cosa si parla quando si nomina il “genere”?

³ A. Simone, I. Boiano, A. Condello, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori Università, 2019; testo nel quale le autrici, con il concetto di “femminismo giuridico”, aprono ad un modello critico del diritto nel quale ripensare la giustizia anziché il potere e la democrazia anziché l’autoritarismo, di contro alla funzione normativa, normalizzante e coercitiva assunta dalla Legge nel presente momento storico.

⁴ A. Simone, I. Boiano (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Edizioni Efestò, 2018, testo nel quale i numerosi contributi presenti intendono mettono in questione la dottrina giuridica strutturando un linguaggio che tende a cambiare l’approccio ad essa partendo dall’esperienza di pratiche processuali (con una casistica che va dalla maternità surrogata ai diritti fondamentali alle categorie della vulnerabilità) analizzate a partire dal pensiero femminista.

⁵ Si rimanda al [programma della International Roundtable for the semiotic of law – IRSL](#), svoltasi all’Università di Torino il 19-20 settembre 2019.

⁶ Per ulteriori informazioni, [clicca qui](#).

⁷ F. Corbisiero, P. Maturi, E. Ruspini, (a cura di) *Genere e linguaggio. I segni dell’uguaglianza e della diversità*, FrancoAngeli, 2016; testo collettaneo frutto di una riflessione interdisciplinare di sociologia e sociolinguistica sulle relazioni tra cambiamento socio-culturale ed evoluzione degli usi linguistici. Il contributo di Emanuela Abbatecola ha per titolo “Sessismo a parole”.

⁸ E. Abbatecola, *Trans-migrazioni. Lavoro, sfruttamento e violenza di genere nei mercati globali del sesso*, Rosenberg&Sellier, 2018; testo nel quale l’Autrice approfondisce il tema della tratta e dello sfruttamento sessuale delle donne migranti effettuando indagini sul campo in Italia, Spagna, Romania e Brasile.

⁹ E. Abbatecola, L. Stagi, *Pink is the new black. Stereotipi di genere nella scuola dell’infanzia*, Rosenberg&Sellier, 2017; testo frutto di una ricerca sul campo per la quale le Autrici, parlando con le insegnanti ed entrando nelle classi, hanno provato a catturare il punto di vista creativo delle bambine e dei bambini.

Emanuela Abbatecola

Stavo pensando se non sia più opportuno arrivarci pian piano al genere perché quando ho ricevuto questo tuo invito molto gradito ho appreso che questo incontro sarebbe stato all'interno di un contenitore che si chiama "Diritto Penale e Uomo" e la cosa mi ha fatto sorridere, nel senso intellettuale del termine.

Noi sociologhe ci appassioniamo quando troviamo degli spunti di riflessione e questo potrebbe essere un ottimo spunto per cominciare a parlare di genere e linguaggio; approfondiremo più avanti cos'è il genere e cos'è l'identità di genere, anche in tema di diritto, parlando anche del disegno di legge Zan¹⁰.

Diritto Penale e Uomo è un esempio perfetto per cominciare a parlare della natura sessista del linguaggio.

Attenzione: non sto dicendo che ci sia una volontà sessista. Non l'ho mai minimamente pensato conoscendo te e conoscendo il lavoro importante che stai facendo.

È chiaro che è semplicemente un esempio di quella che noi sociologiche amiamo chiamare **incorporazione**: il fatto che abbiamo interiorizzato dei modelli culturali dominanti in cui il linguaggio ha un suo peso rilevante.

Di cosa sto parlando? Sto parlando di quello che le femministe già dicevano negli anni Ottanta.

Penso ad Alma Sabatini¹¹ col suo importantissimo lavoro "Il sessismo nella lingua italiana"¹², che fece all'inizio scalpore ma che poi fu dimenticato per qualche decennio.

Già allora la Sabatini diceva: noi abbiamo l'abitudine, la **consuetudine ad usare il maschile come se fosse neutro**, come se potesse incorporare anche il femminile.

Un esempio: a scuola ci insegnano, quando si parla del sillogismo, che tutti gli uomini sono mortali. Quando noi lo sentivamo pensavamo 'tutti gli uomini' intesi nel senso di genere umano e quindi gli uomini e le donne sono mortali.

¹⁰ Proposta di legge C. 569 "Zan ed altri" recante: "[Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere](#)", presentata alla Camera il 2 maggio 2018 e approvata il 4 novembre 2020 in testo unificato trasmesso al Senato.

¹¹ Saggista, linguista, insegnante (Roma, 1922 – 1988) attiva nell'impegno sociale e politico del femminismo, fondatrice del Movimento di Liberazione della Donna (MLD), in prima linea culturale e pratica nelle lotte contro sessismo e patriarcato sui grandi temi della maternità, della sessualità, delle pari opportunità, della violenza e degli stereotipi di genere.

¹² A. Sabatini, *Il sessismo nella lingua italiana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissione Nazionale per la parità e pari opportunità tra uomo e donna, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1986. Si veda al proposito il recente: A. L. Somma, G. Maestri (a cura di), *Il sessismo nella lingua italiana. Trent'anni dopo Alma Sabatini*, Blonk, 2020.

Certamente se la professoressa o il professore, io all'epoca avevo solo docenti maschi, avessero detto: «Tutte le donne sono mortali», qualcuno, e anch'io che ero condizionata dai modelli culturali dominanti, avrebbe potuto dire: «Ma come tutte le donne? E gli uomini no?».

Allora il **maschile include il femminile ma non vale l'operazione inversa**.

Quando noi che ci occupiamo di questi temi solleviamo questa questione, fino a una decina di anni fa c'era sempre qualcuno che diceva: «Ma non sono queste le cose importanti!».

La cosa interessante era che lo diceva tendenzialmente arrabbiandosi tantissimo. Ma se non sono queste le cose importanti, perché ti arrabbi tanto?

In realtà questo tema dell'uso non sessista della lingua italiana tocca delle corde profonde, dei nodi culturali profondi che hanno a che fare con l'ordine di genere.

Cerco di spiegarmi meglio, nel modo meno accademico possibile: l'obiezione principale è che si tratta semplicemente di una convenzione linguistica.

Noi sappiamo che si dice "uomo" ma si intende il genere umano. Benissimo: è una convenzione linguistica e su questo non ci sono dubbi, così come non nutro nessun dubbio che chi ha deciso il nome "Diritto Penale e Uomo" non avesse delle intenzioni sessiste.

Però attenzione: è vero che è una convenzione linguistica però **le convenzioni linguistiche non sono mai neutre**.

Non è un caso che si possa dire: «Tutti gli uomini sono mortali» e non: «Tutte le donne sono mortali», cosa che suonerebbe strana anche a me che pure sono sociologa femminista, studiosa di genere che da vent'anni si occupa di queste cose; perché anch'io sono frutto di questi modelli culturali e anch'io ho incorporato il modello.

La neutralità del maschile, come tutte le convenzioni linguistiche, non è frutto del caso ma ha a che fare con **un ordine di genere che è fondamentalmente binario**, cioè esiste un maschile ed esiste un femminile e noi faticiamo ad andare oltre questo binarismo: tutto **ciò che devia da questo binarismo viene percepito come un'anomalia, una patologia, un pericolo** e via dicendo.

Pensiamo all'inquietudine provocata dalle persone transgender, in particolare dalle donne transgender, non a caso.

L'ordine di genere si fonda sul binarismo: maschi e femmine, grembiolino rosa e grembiolino azzurro, considerando che l'infanzia è ancora molto *genderizzata*, come abbiamo visto io e Luisa Stagi nel nostro lavoro *"Pink is the new black"*.

Questo binarismo però, come dice Laura Guidetti¹³ una mia amica femminista, è “binarismo” fino a un certo punto perché i binari procedono in parallelo mentre qui c’è **una gerarchizzazione che non ha a che fare solo col maschile e il femminile, ma anche con altre dominazioni.**

Maschile sul femminile certo, ma anche una dominazione dell’eterosessualità sull’omosessualità, una dominazione del cisgenderismo, cioè l’armonia tra le caratteristiche sessuali del corpo e la percezione di sé.

Ovvero: io sono una donna *cisgender* perché sono nata in un corpo che ha una vagina e dei seni; in funzione di questi organi la società mi definisce donna e io mi sento donna: c’è un’armonia tra come la società mi definisce e come mi percepisco io.

È una parola che a me non piace: suona un po’ cacofonica, un po’ difficile e anche un po’ inquietante per certi versi. Comunque c’è una dominazione del cisgenderismo sul transgenderismo e c’è una dominazione del bianco sul nero.

Se voi ci fate caso, tutto ciò che è dominante diventa per certi versi neutro, invisibile, qualcosa che non necessita di essere nominato o di essere spiegato.

Per cui viene considerato perfettamente normale il fatto che entrando in una stanza con cento donne e un uomo sia opportuno rivolgersi alla platea usando il maschile e se per ipotesi qualcuno dicesse: «Visto che siamo in maggioranza donne usiamo il femminile» ci si sentirebbe quasi in dovere di scusarsi con l’unico maschio presente il quale probabilmente sorriderrebbe e farebbe una battutina.

Perché questo? Perché il maschile in quanto dominante diventa neutro, diventa includente, che non vuole dire inclusivo. È un’altra cosa: diventa qualcosa che non necessita di spiegazione.

Ma la stessa cosa funziona con l’eterosessualità che in quanto dominante diventa neutra, per cui fino a prova contraria nel momento in cui parlo con delle interlocutrici e degli interlocutori do per scontato che siano eterosessuali e se c’è una classe con cento persone di cui secondo me 99 sono eterosessuali, io non noto quei 99, ma noto quello o quell’unica persona che sembra, magari con un’immagine stereotipata perché non sempre l’omosessualità corrisponde ai suoi stereotipi, omosessuale.

Lo stesso dicasi della bianchezza: se io devo descrivere chi c’era a questa conversazione di oggi direi che eravamo in tre, due donne e un uomo; non direi niente sull’orientamento sessuale perché non sapendo nulla sull’orientamento sessuale della mia interlocuttrice e del mio interlocutore do per scontato che siano eterosessuali e non direi niente sul colore della pelle.

Tutto ciò che è dominante diventa immediatamente neutro, diventa immediatamente includente, diventa qualcosa che non necessita di spiegazioni.

¹³ Si veda L. Guidetti, [Lettera alle amiche che hanno firmato l'appello contro gli spot Rai all'utero in affitto](#) in *Liguria pride*, 20 ottobre 2017.

Quindi non devo dire che noi tre siamo bianchi e bianche. Magari mi verrebbe da dirlo o da pensarlo, però poi ci sono delle censure: non direi che uno dei tre è di colore o nero perché avrei paura di fare una considerazione poco *politically correct*, però mi verrebbe da notarlo.

Questo per dire che nessuna scelta linguistica è mai neutra, ma ha a che fare coi modelli sociali dominanti. I modelli culturali sono così pervasivi da diventare immaginazione, sguardo, pensiero ed anche emozione.

Un esempio di quando si dice “incorporazione dei modelli” è su cosa si arrossisce e su cosa no. Il rossore della pelle è una reazione naturale, vero. Però sono i modelli culturali a definire su che cosa io è opportuno che arrossisca e su che cosa no.

Una donna della fine dell'Ottocento forse sarebbe arrossita se qualcuno avesse detto qualcosa sulle sue caviglie; ad oggi se qualcuno dice qualcosa delle caviglie mie o di Angela non ci facciamo neanche caso.

C'è un'incorporazione dei modelli che si traduce in reazione del corpo, pensieri e sguardo.

Per tornare sul nostro DPU: io ci faccio caso perché in qualche modo ho lavorato sull'incorporazione del dominio, un'incorporazione che anche io ho, non meno di tutte le altre e di tutti gli altri.

Ci ho lavorato sopra per vocazione politica, per scelte legate ai miei temi di ricerca, che non sono slegate dalla vocazione politica; da vent'anni leggo, rifletto, ci ragiono e ci faccio caso.

Ma non ci avrei fatto caso se non avessi fatto questo percorso.

Peraltro io sono una ex ragazza del Novecento e questo pesa sulla fatica che ho fatto per liberarmi almeno parzialmente dell'incorporazione, almeno a livello razionale perché a livello di pancia non sempre ci riesci.

Alessandro Rudelli

Emanuela, hai detto tantissime cose. Fermiamoci su alcune di queste.

Ti sei mossa in un'analitica relativa all'area del “**sessismo a parole**” facendo presente che le parole non sono mai neutre e che la parola fa venire al mondo l'intreccio dei significati più o meno consapevoli che poi rimangono lì.

(...continua)

Riflessione

— Le “*questions de société*”: confine tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore

The “questions de société”: boundary between constitutional review and legislator’s discretion

di Maria Rosaria Donnarumma

Abstract. Le “questions de société”, cioè le tematiche legate all’evoluzione della coscienza sociale e dei costumi, trovano, proprio perché espressione di concetti non cristallizzabili, la fonte naturale di disciplina in uno strumento dinamico quale la legge, e non nella Costituzione, che, pur nella corretta lettura evolutiva del testo, “diritto vivente”, può solo delimitare, alla luce dei principi supremi e irrinunciabili, le scelte legislative e il corretto bilanciamento tra più interessi e valori in giuoco. Di ciò sono ben consapevoli i giudici costituzionali, che in tale materia danno prova di self-restraint. Ad esempio di un tale indirizzo esaminiamo nel presente saggio la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e del Consiglio costituzionale francese.

Il compito affidato alla discrezionalità del legislatore è arduo e richiede costante attenzione, sensibilità e intelligenza nel cogliere le istanze che emergono dal sentire sociale e dalla sua evoluzione. Ci si chiede se e quali strumenti ha un giudice costituzionale di fronte a una situazione di protratto immobilismo legislativo. Per quanto concerne il caso italiano, e alla luce della vasta tipologia di decisioni cui la giurisprudenza costituzionale ha dato vita nel suo esercizio, si suggerisce il ricorso alla sentenza “monitoria”.

Abstract. The “questions de société”, that is the issues linked to the evolution of social conscience and customs, find, precisely because they are the expression of fluid concepts, their natural source of discipline in a dynamic instrument such as the law, and not in the constitution, which, even in the correct evolutionary reading of the text, “living law”, can only define, in the light of the supreme and

inalienable principles, the legislative choices and the correct balance between different interests and values at stake.

Constitutional judges are well aware of this and demonstrate self-restraint in this matter. For example, we examine in this essay the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and of the French Constitutional Council.

The task entrusted to the legislator's discretion is arduous and requires constant attention, sensitivity and intelligence in grasping the issues that emerge from the social conscience and its evolution. The question arise if and what instruments does a constitutional judge have in the face of a situation of protracted legislative immobility. With regard to the Italian case, and in the light of the vast typology of decisions which the constitutional jurisprudence has produced in its exercise, recourse to the "monitoria" judgment is suggested.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2020 sull'omogenitorialità e il ruolo del legislatore. – 3. La sentenza n. 221 del 2019 e le principali tappe della giurisprudenza costituzionale. – 4. Cenni di diritto comparato. Le "questions de société" nella giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese. – 5. Considerazioni conclusive. Il difficile compito affidato alla sensibilità e intelligenza del legislatore. Strumenti di fronte all'inerzia legislativa.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The judgment of the Constitutional Court no 230 of 2020 on same-sex parenting and the role of the legislator. – 3. The judgment no 221 of 2019 and the main stages of constitutional jurisprudence. – 4. Notes on comparative law. The "questions de société" in the jurisprudence of the French Constitutional Council. – 5. Concluding remarks. The difficult task entrusted to the sensitivity and intelligence of the legislator. Tools in the face of legislative inertia.

1. Introduzione.

Con la recente sentenza n. 230 del 20 ottobre 2020¹ sulla tematica dell'omogenitorialità il giudice costituzionale è chiamato ancora una volta a pronunciarsi sulle "questions de société", questioni, cioè, legate all'evoluzione della coscienza sociale e dei costumi, espressione di concetti non cristallizzabili, che il legislatore ha il compito d'interpretare, di volta in volta, e tradurre nella normativa.

Di qui l'importanza del diritto costituzionale come diritto vivente, un "albero vivente", secondo la plastica espressione del giudice spagnolo², diritto soggetto anch'esso a una lettura evolutiva.

¹ Depositata in cancelleria il 4 novembre 2020.

² Cfr. *Tribunal constitutional, sentencia* n. 198/2012 del 6 novembre 2012, *Boletín oficial del Estado* n. 286, 28 novembre 2012. Con tale sentenza il Tribunale costituzionale spagnolo, pur in presenza di una disposizione della Costituzione (art. 32, comma 1), sancisce il diritto dell'uomo e della donna di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica, ha dichiarato costituzionale, alla luce di una lettura della Costituzione quale diritto vivente, e in senso conforme alla Dichiarazione universale dei diritti umani e agli altri accordi internazionali in materia ratificati dalla Spagna (art. 10, comma 2, Cost.), la legge n. 13/2005 del 1° luglio 2005, che ha introdotto in Spagna il matrimonio omosessuale (cfr. *fundamentos jurídicos*, in particolare punti 9, 10 e 11).

2. La sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2020 sull'omogenitorialità e il ruolo del legislatore.

Nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, proposto da due donne, unite civilmente, contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di indicare come figlio di entrambe il minore nato in Italia, ma concepito all'estero mediante procreazione medicalmente assistita da una di esse, il Tribunale ordinario di Venezia aveva promosso, con ordinanza n. 108 del 3 aprile 2019, giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, e dell'articolo 29, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 2000 sull'ordinamento dello stato civile.

Secondo il Tribunale rimettente il combinato disposto delle disposizioni denunciate, l'una limitante ai soli diritti e doveri nascenti dall'unione civile l'applicabilità delle leggi speciali alle coppie di donne omosessuali, l'altra precludente l'iscrizione, nell'atto dello stato civile, della madre c.d. intenzionale accanto a quella biologica, lederebbe alcuni diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla genitorialità e il diritto alla procreazione nell'ambito di un'unione civile, discriminando irragionevolmente in base all'orientamento sessuale. Ciò alla luce degli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione, nonché, attraverso l'articolo 117, comma 1, della Costituzione, alla luce di alcuni parametri europei ed internazionali, quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, paragrafo 3), la Convenzione EDU (artt. 8 e 14), la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (in particolare, art. 2). Da tali fonti si dedurrebbe l'esistenza ormai di un principio di diritto internazionale, secondo cui il rapporto tra genitori e figli e i relativi diritti prescinderebbero dal legame matrimoniale³.

Innanzitutto la Corte costituzionale deve esaminare l'eccezione di inammissibilità della questione, formulata dalle parti ricorrenti nel giudizio *a quo*, per asserita carenza di un'adeguata motivazione, nell'ordinanza di rimessione, dell'impossibilità di dare un'interpretazione conforme a Costituzione delle norme censurate⁴.

La Corte ritiene non fondata l'eccezione, in quanto il Tribunale ha esaminato l'ipotesi ermeneutica, escludendone la possibilità alla luce della lettera dell'articolo 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016, nonché del divieto normativo in Italia di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali.

Passando all'esame del merito la Corte dichiara di condividere la premessa esegetica da cui muove il giudice *a quo* (impossibilità di un'interpretazione adeguatrice)⁵. A tal fine richiama la normativa vigente e l'interpretazione che di questa hanno dato essa stessa Corte, il giudice di legittimità e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

³ Cfr. *considerato in diritto*, punto 2.

⁴ *Idem*, punto 4.

⁵ *Idem*, punto 5.

La legge italiana n. 40 del 19 febbraio 2004 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA), nel riconoscere ai nati a seguito di un tale percorso lo stato di «figli nati nel matrimonio» o di «figli riconosciuti della coppia» (art. 8), nonché nel negare al coniuge o al convivente della madre naturale, con riguardo alla fecondazione di tipo eterologo, l'esercizio di un'azione di disconoscimento della paternità (art. 9), ha però riservato l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie di sesso diverso (art. 5)⁶.

Per quanto riguarda la sua giurisprudenza la Corte richiama le sentenze n. 221 del 18 giugno 2019⁷ e n. 237 del 21 ottobre 2019⁸.

Nella sentenza n. 221 del 2019, che esamineremo in seguito più dettagliatamente perché offre una panoramica della giurisprudenza costituzionale in materia⁹, la Corte ricorda di avere affermato che l'«esclusione dalla PMA delle coppie formate da donne non è [...] fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale». Ciò in sintonia, peraltro, con l'indirizzo della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 15 marzo 2012, *Gas Dubois c. Francia*), stante la non paragonabilità della infertilità fisiologica della coppia omosessuale a quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive.

Una posizione analoga è stata ribadita nella successiva sentenza n. 237 del 2019 con riferimento all'articolo 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016, legge che, pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie omosessuali, non consente la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore.

Circa la giurisprudenza di legittimità, la Corte richiama la sentenza del giudice di cassazione, sezione prima civile, del 3 aprile 2020, n. 7668, in cui, in un caso analogo a quello oggetto del procedimento *a quo*, la Cassazione ha ribadito l'impossibilità di accogliere la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, nel senso di indicare la "madre intenzionale" e non solo la madre biologica, in quanto nell'ordinamento italiano vige il divieto, per le coppie omosessuali, del ricorso alla PMA.

Esclusa, quindi, la possibilità di una interpretazione adeguatrice della normativa censurata, la Corte procede all'esame di legittimità alla luce dei parametri costituzionali (artt. 2, 3 e 30) ed europei e internazionali (attraverso l'intermediazione dell'art. 117, comma 1, Cost.), invocati dal giudice *a quo*¹⁰.

La legge n. 76 del 20 maggio 2016, che ha finalmente introdotto in Italia l'istituto dell'unione civile per le coppie omosessuali¹¹, ha operato, dopo un lungo dibattito, la scelta

⁶ Precisamente: «[...] coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

⁷ Depositata in cancelleria il 23 ottobre 2019.

⁸ Depositata in cancelleria il 15 novembre 2019.

⁹ Cfr. *infra* paragrafo 3.

¹⁰ Cfr. *considerato in diritto*, punto 6.

¹¹ Il tentativo del governo Prodi nel 2007 d'introdurre uno statuto giuridico per le coppie omosessuali (c.d. DICO, d.d.l. n. 1399/2007), sul modello francese del PACS (*Pacte civil de solidarité*), era fallito non solo per la caduta del governo, ma per la tenace opposizione di una parte della classe politica e della cultura, asservita ipocritamente alle pressioni della chiesa cattolica. Di fronte allo stallo legislativo la Corte costituzionale, pur

di non aprire anche al rapporto di filiazione, considerando la famiglia naturale formata da genitori di sesso diverso il luogo più adatto nell'interesse del nascituro¹².

Tale scelta, secondo la Corte, non viola l'articolo 2 della Costituzione, perché «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona». Non viola neppure l'articolo 30, perché tale articolo «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli», né implica un diritto alla genitorialità senza limiti¹³, dovendo un tale diritto essere bilanciato con altri interessi costituzionalmente protetti, e ciò a maggior ragione ove si contempra il ricorso a tecniche di PMA.

Circa il parametro dell'articolo 3, e in particolare alla luce del fatto che la giurisprudenza di legittimità ammette il riconoscimento in Italia di atti stranieri di nascita contemplanti "due madri", la Corte ne esclude la violazione ricorrendo, con un ragionamento evasivo e a nostro avviso fragile nella sua ovvietà, all'argomento che l'ordinamento di uno Stato non è tenuto ad allinearsi, «per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la materia»¹⁴.

In merito alle fonti europee la Corte ricorda come sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che la convenzione EDU rinviino in materia di diritto di famiglia alle singole legislazioni nazionali, e che la Corte EDU conferma l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati su tali temi¹⁵.

Per quanto concerne infine la convenzione di New York sui diritti del fanciullo, la Corte osserva che il diritto alla genitorialità non è riconosciuto in termini assoluti, ma nei limiti in cui corrisponda al *best interest of the child*.

Ciò posto, la Corte tiene però a sottolineare che: «se [...] il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata»¹⁶.

In tale prospettiva – aggiunge la Corte – «non privo di rilievo» è il fatto, come già ricordato, che il giudice di legittimità ha riconosciuto non contraria a principi di ordine pubblico, secondo le norme di diritto internazionale privato, la trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero, contemplanti una duplice genitorialità femminile¹⁷.

riconoscendo che la nozione di formazione sociale (art. 2 Cost.) copre anche l'unione omosessuale e che i concetti di famiglia e di matrimonio non sono cristallizzabili, perché dotati della flessibilità propria dei principi costituzionali e, quindi, da interpretare tenendo conto non solo delle trasformazioni del diritto, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi, aveva demandato l'intervento al legislatore secondo giurisprudenza costante (cfr. sent. n. 138 del 15 aprile 2010).

¹² Cfr. sent. n. 221 del 2019.

¹³ Cfr. sent. n. 162 del 2014.

¹⁴ Cfr. sent. n. 221 del 2019.

¹⁵ Cfr., ad es., sent. 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*; sent. 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*.

¹⁶ Cfr. *considerato in diritto*, punto 7.

¹⁷ Cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, sent. 8 maggio 2019, n. 12193; sezione prima civile, sent. 15 giugno 2017, n. 14878, e sent. 30 settembre 2016, n. 19599.

La traduzione in norme nel senso auspicato dal giudice rimettente non è raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità delle disposizioni censurate, ma attiene – ribadisce la Corte – «all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale (sentenza n. 84 del 2016)»¹⁸.

Da quanto precede discende, per il profilo esaminato, la dichiarazione di inammissibilità della questione.

Ma la Corte deve esaminare un ulteriore profilo sotto cui la questione di legittimità è stata proposta: il *vulnus* che si assume arrecato all’interesse del minore¹⁹.

Al riguardo la Corte ricorda che il profilo è già stato sottoposto al giudice di legittimità²⁰, che ha ammesso l’adozione non legittimante²¹ del minore da parte del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico (legge 4 maggio 1983, n. 184, art. 44, comma 1, *sub d*)²².

Per una disciplina più penetrante ed organica del profilo la Corte non può che rinviare al legislatore, trattandosi, come già sottolineato, di materia rimessa alla sua valutazione e discrezionalità. Di qui l’inammissibilità della questione anche sotto quest’ultimo profilo.

3. La sentenza n. 221 del 2019 e le principali tappe della giurisprudenza costituzionale.

Ci soffermiamo sulla sentenza n. 221 del 18 giugno 2019 perché essa offre una panoramica della giurisprudenza costituzionale in tema di “diritto alla genitorialità” e di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La Corte era chiamata a pronunciarsi su questioni di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 40 del 2004, sollevate dai Tribunali ordinari di Pordenone e di Bolzano nel corso di procedimenti cautelari *ex art. 700 c.pr.c.*, promossi da due coppie di donne, unite civilmente, contro il rifiuto opposto dalle rispettive aziende sanitarie locali alla loro richiesta di accesso alla PMA²³.

¹⁸ Cfr. *considerato in diritto*, punto 8.

¹⁹ *Idem*, punto 9.

²⁰ Cfr. Corte di cassazione, sezione prima civile, sent. 22 giugno 2016, n. 12962.

²¹ Così detta perché il minore adottato non acquisisce la condizione di figlio legittimo dei genitori adottivi, con conseguenti effetti giuridici, a differenza della adozione legittimante in cui il minore adottato diventa figlio “legittimo” dei genitori adottivi.

²² Ai sensi della citata disposizione, i minori possono essere adottati anche in mancanza di una dichiarazione dello stato di adottabilità «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

²³ Cfr., rispettivamente, Trib. Pordenone, ord. n. 129 del 2 luglio 2018 e Trib. Bolzano, ord. n. 60 del 3 gennaio 2019.

Le norme censurate erano gli articoli 5 e 12 (commi 2, 9 e 10), nonché, per il Tribunale di Bolzano, anche gli articoli 1 (commi 1 e 2) e 4 della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui limitano l'accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie di sesso diverso e sanzionano coloro che infrangono tale limite.

In sintesi i giudici rimettenti invocavano, quali parametri di confronto, gli articoli 2, 3, 31 (comma 2), 32 (comma 1) della Costituzione, nonché, attraverso l'intermediazione degli articoli 11 e 117, comma 1, della Costituzione, gli articoli 8 e 14 della Convenzione EDU, gli articoli 2 (paragrafo 1), 17, 23 e 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 19 dicembre 1966), gli articoli 5, 6, 22 (paragrafo 1) e 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (New York, 13 dicembre 2006), disabilità da intendere anche come "disabilità riproduttiva"²⁴.

Innanzitutto la Corte condivide con i giudici *a quibus* l'impossibilità di un'interpretazione conforme delle disposizioni censurate, stante il tenore inequivocabile del loro contenuto. Ciò posto, la Corte passa, secondo costante giurisprudenza²⁵, all'esame dell'incidente di costituzionalità²⁶.

Dopo aver distinto la genitorialità nelle coppie omosessuali femminili, mediante fecondazione eterologa, da quella nelle coppie omosessuali maschili, mediante la c.d. maternità surrogata, quest'ultima vietata in assoluto dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 anche per le coppie eterosessuali, perché configgente con un principio di ordine pubblico (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sent. n. 12193 dell'8 maggio 2019)²⁷, la Corte dichiara le questioni non fondate nel merito, procedendo a un *excursus* della sua giurisprudenza²⁸.

Il giudice ricorda di aver sottolineato come la legge n. 40 del 2004 costituisca «la prima legislazione organica relativa a un delicato settore» (sent. n. 45 del 2005), incidente su «temi eticamente sensibili» (sent. n. 162 del 2014), «in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore"» (sent. n. 347 del 1998), «tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (sent. n. 84 del 2016). Resta comunque ferma la sindacabilità, da parte del giudice costituzionale, delle scelte operate dal legislatore, onde controllare che il bilanciamento non sia stato irragionevole (sent. n. 162 del 2014).

²⁴ Cfr. *considerato in diritto*, punti 1 e 2.

²⁵ La Corte cita *ex plurimis* le sentenze n. 141 del 2019, n. 268 e n. 83 del 2017, n. 241 e n. 36 del 2016, nonché l'ordinanza n. 207 del 2018.

²⁶ Cfr. *considerato in diritto*, punto 7.

²⁷ La Corte precisa altresì che «il Tribunale di Pordenone, nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, chiede in modo indifferenziato l'ablazione del requisito della diversità di sesso, coinvolgendo così, apparentemente, nello scrutinio anche le coppie omosessuali maschili (che pure non vengono in rilievo nel giudizio *a quo*). Dal tenore complessivo dell'ordinanza emerge, tuttavia, come anche le censure del Tribunale friulano debbano intendersi, in realtà, limitate alle coppie formate da sole donne». Cfr. *considerato in diritto*, punto 8.

²⁸ Cfr. *considerato in diritto*, punto 9.

Quindi la Corte passa all'esame dell'«interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia)», alla luce della possibilità, dischiusa dai progressi scientifici, di una scissione tra atto sessuale e procreazione²⁹.

La Corte riconosce che la legge n. 40 del 2004 si ispira a due idee di base «di segno restrittivo»: a) la PMA quale rimedio alla sterilità o infertilità di origine patologica e non altrimenti rimovibile, e non quale «modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” [...], lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»; b) un «modello di famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre».

La Corte è intervenuta sulla normativa in esame in particolare con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015, per correggere alcune distonie irragionevoli della scelta legislativa³⁰.

Con la sentenza n. 162 del 2014 il giudice ha dichiarato illegittimo il divieto assoluto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004), stante l'irragionevolezza della scelta del legislatore, da una parte individuante nella PMA un rimedio alla sterilità o infertilità patologica e non rimovibile delle coppie eterosessuali, dall'altra negante alle stesse il rimedio eterologo, tanto più in assenza di una lesione del *best interest of the child*, adeguatamente tutelato dalla disciplina vigente.

Con la sentenza n. 96 del 2015 la Corte ha aperto, sempre nella logica della valorizzazione delle finalità della legge, l'accesso alla PMA alle coppie fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro. Ciò alla luce del fatto che l'ordinamento italiano consente, in presenza di tali patologie, una soluzione innegabilmente più traumatica, quale l'interruzione volontaria della gravidanza. L'antinomia, peraltro, era stata censurata dalla Corte EDU nella sentenza del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*³¹.

Su un piano ben diverso – afferma la Corte – si collocano le questioni oggetto del giudizio in corso³².

Innanzitutto la Corte fa presente che l'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali non solo smantellerebbe le premesse su cui si è fondata la scelta legislativa del 2004, ma potrebbe avere gravi «effetti di ricaduta», coinvolgendo interrogativi delicati sulla c.d. maternità surrogata per le coppie omosessuali maschili. D'altronde – aggiunge la Corte – non è rilevabile «alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa» in esame, poiché l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale non è omologabile a

²⁹ *Idem*, punto 10.

³⁰ *Idem*, punto 11. Da ricordare altresì la sentenza n. 151 del 2009, con cui la Corte ha rimosso il limite dell'ammissibilità di un unico impianto di embrioni, previsto dall'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004.

³¹ In tale sentenza la Corte europea, seconda sezione, partendo da un'interpretazione lata dell'articolo 8 della convenzione EDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, ivi compreso il diritto di decidere se diventare o meno genitore, rileva l'incoerenza dell'ordinamento italiano che, precludendo ai ricorrenti, portatori sani di fibrosi cistica, l'accesso a tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto, consente tuttavia l'aborto terapeutico.

³² Cfr. *considerato in diritto*, punto 12.

quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. In tal senso si è espressa anche la Corte EDU (sent. 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*).

Quindi la Corte procede all'esame delle censure avanzate dai giudici *a quibus*, anche se – tiene a precisare – l'infondatezza delle questioni sollevate è già insita in quanto testé osservato.

Circa la pretesa violazione dell'articolo 2 della Costituzione, la Corte parte dalla nozione di formazione sociale contenuta in tale articolo e ribadisce la sua giurisprudenza secondo cui tale nozione «abbraccia anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone del medesimo sesso» (sent. n. 138 del 2010 e sent. n. 170 del 2014).

Nel contempo il giudice osserva che la Costituzione «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli», e che la libertà della scelta per la genitorialità, soprattutto in presenza di ricorso a tecniche di PMA, non è senza limiti, ma va bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti, bilanciamento che compete al legislatore, unico possibile interprete dell'evolversi della coscienza sociale, ovviamente sotto il controllo del giudice costituzionale circa il profilo della ragionevolezza del bilanciamento operato. Nel caso di specie la Corte non rileva profili di incostituzionalità, anche se, stante il carattere evolutivo della materia disciplinata, nulla osta nel tempo a soluzioni normative di segno diverso.

Gli orientamenti più recenti della giurisprudenza di legittimità in tema di trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di atti stranieri contemplanti la genitorialità di due donne, tale trascrizione non confliggendo con l'ordine pubblico interno³³, o ancora sull'ammissibilità dell'adozione "non legittimante"³⁴, non inficiano le conclusioni del giudice costituzionale, ove si consideri, in particolare per l'adozione, la differenza tra questo istituto e la PMA³⁵.

Sulla presunta violazione dell'articolo 3 della Costituzione (discriminazione fondata sull'orientamento sessuale), la Corte rinvia a quanto già detto, aggiungendo, circa il profilo sollevato dal giudice di Pordenone, secondo cui la normativa censurata determinerebbe una ingiustificata diseguaglianza in base alle capacità economiche dei soggetti, che la possibilità di eludere il divieto normativo recandosi all'estero non è motivo atto a giustificare l'incostituzionalità della norma³⁶.

Quindi la Corte esamina in rapida successione le ulteriori censure mosse alla luce di altri articoli della Costituzione, escludendone la violazione in quanto: a) l'articolo 31, comma 2, concerne la maternità e «non l'aspirazione a diventare genitore»³⁷; b) l'articolo 32, comma 1, tutela la salute sia fisica che psichica, ma l'interpretazione «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno» di

³³ Cfr. Corte di cassazione, sezione prima civile, sent. 30 settembre 2016, n. 19599.

³⁴ Cfr. Corte di cassazione, sezione prima civile, sent. 22 giugno 2016, n. 12962.

³⁵ Cfr. *considerato in diritto*, punto 13.

³⁶ *Idem*, punto 14.

³⁷ *Idem*, punto 15.

una coppia; né l'articolo è invocabile, secondo la tesi avanzata dal Tribunale di Bolzano, ove le donne, parti di un'unione civile, siano entrambe affette da patologie riproduttive, poiché la presenza di tali patologie «è un dato significativo nell'ambito della coppia eterosessuale», mentre «rappresenta [...] una variabile irrilevante [...] nell'ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso»³⁸.

Circa l'eventuale violazione di fonti normative europee e internazionali attraverso l'intermediazione dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione, la Corte ne esclude la violazione, sia perché in tema di PMA è riconosciuto agli Stati «un ampio margine di apprezzamento», sia perché, con riferimento alla convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità, la "disabilità riproduttiva" non riveste la stessa rilevanza nell'ambito di coppie eterosessuali o omosessuali, come già rilevato³⁹.

Concludendo, alla luce delle considerazioni svolte, la Corte dichiara le questioni non fondate⁴⁰.

4. Cenni di diritto comparato. Le "questions de société" nella giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese.

Se la Corte costituzionale italiana mostra un notevole *self-restraint* in tema di "questions de société", affidandone l'interpretazione e la disciplina al legislatore, salvo in presenza di un irragionevole bilanciamento tra valori e interessi in giuoco, ancor più improntata all'autolimitazione in materia è la giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese, forse memore del timore diffuso nella cultura, fino a tempi non lontani, di un "gouvernement des juges".

Una tale diffidenza affonda le sue radici nell'antico e radicato mito della "intangibilité de la loi", "expression de la volonté générale" nella utopistica visione di Jean-Jacques Rousseau⁴¹, mito solo in parte scalfito dalla "révolution juridique"⁴² del 1958.

I costituenti del 1958 avevano infatti concepito il Consiglio costituzionale come mero arbitro dei conflitti di attribuzione tra legge e regolamento. È solo con la famosa decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971 sulla libertà di associazione, risolvente finalmente

³⁸ *Idem*, punti 16 e 17.

³⁹ *Idem*, punto 19.

⁴⁰ *Idem*, punto 20.

⁴¹ Jean-Jacques Rousseau, partendo dalla visione di uno Stato basato sul "contratto sociale" ed esprimentesi attraverso strumenti di democrazia diretta, assimila la legge alla "volontà generale", formulata dal popolo quale detentore della sovranità. Cfr. J.J. Rousseau, *Du contract social; ou principes du droit politique*, Marc Michel Rey, 1762. «La loi est l'expression de la volonté générale», così recita, all'articolo 6, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789.

⁴² L'espressione fu usata da Marcel Prélôt nel commentare il nuovo assetto dei rapporti tra legge e regolamento nella Costituzione del 4 ottobre 1958. Cfr. M. Prélôt, *Pour comprendre la nouvelle Constitution*, Les éditions du Centurion, 1959 (2e édition). Sul concetto di legge in Francia e la sua evoluzione cfr. M.R. Donnarumma, *La nozione di legge nella cultura francese*, in *Diritto e società*, Saggi, 1990, n. 3.

l'antica diatriba sul valore del preambolo della Costituzione⁴³, nel senso di fonte diretta di norme costituzionali, ivi compreso il preambolo della Costituzione del 1946 cui quella del 1958 rinvia, che il Consiglio costituzionale ha assunto il carattere di una vera Corte costituzionale sul modello dei suoi omologhi europei. Si tenga altresì presente, per meglio inquadrare l'importanza di una tale decisione, che la Costituzione francese nell'articolato, secondo una tradizione radicata, disciplina quasi esclusivamente l'organizzazione dello Stato.

Il ruolo del Consiglio è stato poi ulteriormente valorizzato dall'introduzione anche in Francia, con la revisione costituzionale del 23 luglio 2008⁴⁴, del controllo di costituzionalità in via incidentale (nuovo art. 61-1 Cost.)⁴⁵, laddove il controllo era originariamente solo preventivo, prima cioè della promulgazione della legge, per giunta su attivazione inizialmente limitata al presidente della Repubblica, al primo ministro o ai presidenti delle due camere, e solo nel 1974⁴⁶ estesa a sessanta deputati o sessanta senatori (art. 61 Cost.).

Tutto ciò premesso per meglio comprendere la genesi del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia, come è evidente affondante le sue radici nella cultura del paese e nel latente spettro di un "*gouvernement des juges*", passiamo all'esame della giurisprudenza del Consiglio costituzionale in tema di "*questions des sociétés*".

A tal fine ricordiamo in particolare tre pronunce, la n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975 sull'interruzione volontaria di gravidanza, la n. 94-343/344 DC del 27 luglio 1994 sulle leggi concernenti la bioetica, la n. 2013-669 DC del 17 maggio 2013 sul matrimonio omosessuale.

Nella sentenza n. 74-54 DC il Consiglio costituzionale, fin dal primo *considérant*, afferma che: «*l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen*»⁴⁷.

Indi, dopo aver escluso altresì la competenza a controllare la conformità di una legge a un trattato internazionale (*considérants* da 2 a 7)⁴⁸, il giudice conclude per la

⁴³ Fino a questa storica decisione i principi consacrati nel preambolo della Costituzione del 1946 erano tutt'al più ricondotti, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, ai principi generali del diritto e, quindi, a una fonte avente rango di legge ordinaria.

⁴⁴ Cfr. *Loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008.

⁴⁵ Onde attualmente l'esistenza di due tipologie di decisioni pronunciate dal Consiglio costituzionale ed indicate con le sigle DC (controllo di costituzionalità prima della promulgazione) e QPC (*Question prioritaire de constitutionnalité*, cioè controllo in via incidentale su ricorso del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione).

⁴⁶ Cfr. *Loi constitutionnelle* n. 74-904 del 29 ottobre 1974.

⁴⁷ «L'articolo 61 della Costituzione non conferisce al Consiglio costituzionale un potere generale di valutazione e di decisione identico a quello del Parlamento, ma gli attribuisce solo competenza per pronunciarsi sulla conformità alla Costituzione delle leggi deferite al suo esame».

⁴⁸ Secondo una giurisprudenza consolidata, inaugurata con la decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, in cui il Consiglio costituzionale aveva declinato la propria competenza a garantire il primato del diritto internazionale sul diritto interno ai sensi del preambolo della Costituzione del 1946 (alinea 14 e 15) e dell'articolo 55 della Costituzione del 1958. Ciò per la diversa natura dei due controlli, di costituzionalità e di

conformità alla Costituzione delle disposizioni di cui alla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza⁴⁹, stante il fatto che la normativa rispetta il principio di libertà, enunciato nell'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (*considérant* 8) e il principio del rispetto di ogni essere umano fin dall'inizio della vita (*considérant* 9), né viola alcun principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica o enunciato nel preambolo della Costituzione del 1946, in particolare la norma secondo cui «*la Nation garantit à l'enfant la protection de la santé*»⁵⁰ (*considérant* 10).

La sentenza n. 94-343/344 DC concerne due importanti leggi del 29 luglio 1994⁵¹, che per la prima volta in Francia disciplinano in modo organico le tematiche concernenti la bioetica, l'una sul rispetto del corpo umano, l'altra in tema di donazione e utilizzo di elementi e prodotti del corpo umano, di PMA e di diagnosi prenatale⁵².

Anche in tale sede il Consiglio costituzionale, dopo aver richiamato le norme e i principi alla cui luce effettuare il controllo di costituzionalità delle leggi deferite (*considérants* da 2 a 4), ed aver esaminato le disposizioni contestate (*considérants* da 5 a 9), enuncia, al *considérant* 10, il ben noto criterio di delimitazione della propria competenza nei confronti del legislatore, precisando che ad esso non compete «*de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur*»⁵³.

Quindi, dopo ulteriori considerazioni su alcuni profili sottoposti (*considérants* da 11 a 17), il giudice conclude per la costituzionalità delle leggi: a) «*considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*» (*considérant* 18); b) «*considérant que l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en œuvre, en les conciliant*

“*conventionnalité*”, l'uno sfociante in decisioni definitive (art. 62 Cost.), l'altro in decisioni di mera disapplicazione della norma interna confliggente, onde per queste ultime la competenza del giudice ordinario (amministrativo e giudiziario). In tema di trattati internazionali il controllo del Consiglio costituzionale può essere attivato in via preventiva (prima della ratifica), onde accertare se il trattato o alcune sue clausole implicano la necessità di una revisione costituzionale prima che ne sia autorizzata la ratifica (art. 54 Cost.).

⁴⁹ Cfr. *Loi* n. 75-17 del 17 gennaio 1975.

⁵⁰ «La Nazione garantisce al fanciullo la tutela della salute».

⁵¹ Cfr. *Loi* n. 94-653 e *loi* n. 94-654, cui è da aggiungere la *loi* n. 94-548 del 1° luglio 1994 sul trattamento dei dati personali per finalità di ricerca nel campo della salute.

⁵² Attualmente in Francia la normativa sulla bioetica, dopo parziali revisioni nel 2004 e nel 2011, è oggetto, su impulso degli Stati generali della bioetica tenutisi nel gennaio 2018, di una revisione generale. Il progetto di legge, presentato in Consiglio dei ministri il 24 luglio 2019, è stato approvato, dopo un acceso dibattito, in seconda lettura dall'Assemblea nazionale il 31 luglio 2020 e dovrà passare ancora una volta per il Senato. Il nuovo testo consente, tra l'altro, l'accesso alla PMA, prima riservato alle coppie eterosessuali, anche alle coppie di donne e alle donne sole; resta vietata la maternità surrogata (“*gestation pour autrui*”) in nome del principio del rispetto della dignità umana.

⁵³ Al Consiglio non compete «mettere in discussione, alla luce dello stato delle conoscenze e della tecnica, le disposizioni adottate dal legislatore».

et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables» (considérant 19)⁵⁴.

Per quanto concerne l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali, la Corte di cassazione⁵⁵ aveva già interpellato in via incidentale il Consiglio costituzionale prima della legge n. 404 del 17 maggio 2013, osservando che le relative tematiche erano «*l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers*»⁵⁶, al che il giudice costituzionale⁵⁷ aveva opposto la ben nota reticenza ad entrare nel merito delle scelte legislative sulle «*questions de société*»⁵⁸.

Non diversa è la posizione del Consiglio costituzionale ove è chiamato a pronunciarsi sulla legge n. 2013-404, che ha introdotto in Francia il matrimonio omosessuale, decisione importante perché conferma la linea giurisprudenziale consolidata non solo sulle «*questions de société*», ma anche sul delicato problema dei requisiti atti a individuare un «principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica» ai sensi del preambolo della Costituzione del 1946.

A coloro che contestavano la legittimità della legge invocando, sulla base della «*tradition républicaine*», l'esistenza di un principio secondo cui gli istituti del matrimonio e dell'adozione erano riservati alle sole coppie eterosessuali, il Consiglio costituzionale fa presente che la tradizione repubblicana può essere invocata nei soli limiti in cui abbia dato vita a un principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica ai sensi dell'alinella 1 del preambolo del 1946. Il criterio per riconoscere il carattere fondamentale del principio, secondo giurisprudenza consolidata, è che la norma incida su profili essenziali per la vita della Nazione, quali i diritti e le libertà fondamentali, la sovranità nazionale e l'organizzazione dei poteri pubblici. Non essendo questo il caso delle disposizioni contestate, il giudice dichiara irricevibile il motivo di ricorso (*considérants* 21 e 56), escludendo altresì l'esistenza di un «diritto naturale» a favore delle coppie eterosessuali, secondo altra tesi (*considérant* 21)⁵⁹.

Da tener presente che il Consiglio costituzionale, dalla storica decisione del 1971 sulla libertà di associazione, è stato sempre molto prudente nel riconoscere principi

⁵⁴ Il giudice conclude per la costituzionalità delle leggi: a) «considerato che tali leggi enunciano un insieme di principi tra i quali figurano il primato della persona umana, il rispetto dell'essere umano fin dall'inizio della vita, l'invulnerabilità, l'integrità e l'assenza di commercializzazione del corpo umano come anche l'integrità della specie umana; che l'affermazione di tali principi tende ad assicurare il rispetto del principio costituzionale di salvaguardia della dignità della persona umana»; b) «considerato che l'insieme delle disposizioni di tali leggi attuano, conciliandole e senza disconoscere la portata, le norme di rango costituzionale applicabili».

⁵⁵ Cfr. *Cour de cassation, première chambre civile, arrêt* n. 1088 del 16 novembre 2010.

⁵⁶ Le tematiche erano «oggetto di un ampio dibattito nella società, a causa, in particolare, dell'evoluzione dei costumi e del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso nelle legislazioni di diversi paesi stranieri».

⁵⁷ Cfr. *Conseil constitutionnel, déc.* n. 2010-92 QPC del 28 gennaio 2011.

⁵⁸ All'epoca la normativa francese prevedeva per le coppie omosessuali solo il PACS (*Pacte civil de solidarité: loi* n. 99-944 del 15 novembre 1999).

⁵⁹ I ricorrenti avevano addirittura invocato, seguendo una tesi dottrinale, un «*enracinement naturel du droit civil*» basante il matrimonio sull'alterità sessuale.

appartenenti alla categoria considerata, individuandoli per lo più nell'ambito dei diritti e libertà fondamentali⁶⁰.

Ritornando alla decisione in esame, il giudice, dopo aver richiamato le norme costituzionali applicabili al caso di specie (*considérants* 14, 15 e 16) e affermato la competenza del legislatore ai sensi dell'articolo 34 della Costituzione (disciplina dell'«*état des personnes*», ivi compresa quindi la normativa sul matrimonio), sottolinea la discrezionalità di cui lo stesso gode, nei limiti del rispetto della Costituzione, nel disciplinare le "*questions de société*" nella loro evoluzione (*considérant* 14), non esclusa una certa flessibilità nell'applicazione del principio di eguaglianza per ragioni d'interesse generale (*considérant* 15), e ribadisce fin dall'inizio, nei termini consueti, il confine tra competenza del legislatore e competenza del giudice costituzionale ai sensi dell'articolo 61 (*considérant* 14)⁶¹.

5. Considerazioni conclusive. Il difficile compito affidato alla sensibilità e intelligenza del legislatore. Strumenti di fronte all'inerzia legislativa.

Come si evince dall'esame della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e di quella del Consiglio costituzionale francese, sulle "*questions de société*" le Corti sono reticenti ad avventurarsi in un'interpretazione evolutiva, riservando al legislatore il compito di coglierne l'evoluzione e tradurla in normativa. Una tale linea non differisce in generale da quella assunta da altre corti supreme nei singoli paesi.

Nel contempo i giudici costituzionali, una volta intervenuta la scelta legislativa, non esitano ad avallarla, attraverso una lettura, se del caso, evolutiva del testo costituzionale⁶². Ciò, ovviamente, senza rinunciare alla funzione di controllo, onde preservare il tessuto costituzionale e i suoi principi supremi ed irrinunciabili.

Il compito affidato alla discrezionalità del legislatore è arduo e richiede costante attenzione, sensibilità e intelligenza nel cogliere le istanze che emergono dal sentire sociale e dalla sua evoluzione.

Purtroppo non sempre ciò avviene, come è dato rilevare in Italia, in tema di bioetica e di diritto di famiglia⁶³, ove sarebbe necessaria una riforma organica, in assenza della

⁶⁰ Quali la citata libertà d'associazione (*déc.* n. 71-44 DC, *cons.* 2), i diritti della difesa (*déc.* n. 76-70 DC, *cons.* 2), la libertà individuale (*déc.* n. 76-75 DC, *cons.* 1), la libertà d'insegnamento e la libertà di coscienza (*déc.* n. 77-87 DC, *cons.* 3 e 5), l'indipendenza dei professori universitari (*déc.* n. 83-165 DC, *cons.* 20), la protezione penale dei minori (*déc.* n. 2002-461 DC, *cons.* 26).

⁶¹ Per un esame dettagliato della decisione cfr. M. R. Donnarumma, *Le mariage homosexuel en France, la tradition républicaine et les questions de société*, in *Nomos*, Saggi, 2014, n. 1.

⁶² Cfr., ad es., *supra* nota 2.

⁶³ Nel mondo contemporaneo i concetti di famiglia e di matrimonio hanno subito dei profondi cambiamenti e i legislatori nazionali si aprono sempre più a un'applicazione rigorosa del principio di eguaglianza, assumendo un concetto di famiglia in senso pluralista ed escludendo ogni differenziazione basata sull'orientamento sessuale degli individui. In Europa il primo paese a riconoscere uno statuto giuridico (*registreret partnerskab*) alle coppie omosessuali, in nome del principio di eguaglianza, è stata la Danimarca (giugno 1989), mentre i Paesi Bassi sono stati i primi ad adottare una legge contemplante il matrimonio per le coppie omosessuali (aprile 2001).

quale si assiste sempre più sovente alla supplenza dei giudici di merito e del giudice di legittimità, e perfino degli ufficiali dello stato civile⁶⁴.

Del resto la stessa Corte costituzionale constata nelle sue sentenze gli orientamenti più avanzati della giurisprudenza di legittimità; non solo ma, nel riconoscere la correttezza del bilanciamento operato dal legislatore del 2004 (legge n. 40), aggiunge testualmente: «nel momento dato»⁶⁵.

L'interrogativo che, quindi, si pone è se esistano strumenti e quali, oltre quelli di sollecitazione da parte della stessa società civile, per intervenire sull'immobilismo del parlamento.

Precisiamo che le *"questions de société"*, proprio per la loro natura non cristallizzabile, trovano la fonte naturale di disciplina in uno strumento dinamico quale la legge, e non nella Costituzione, che, pur nella corretta lettura evolutiva del testo, "diritto vivente", può solo delimitare, alla luce dei principi supremi e irrinunciabili, le scelte legislative e il corretto bilanciamento tra più interessi e valori in giuoco.

La Corte costituzionale italiana giustamente fa presente nelle sentenze esaminate che nulla osta, rispetto alla vigente normativa, a «soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata»⁶⁶.

Poteva la Corte non limitarsi a constatare, ma sollecitare l'intervento del legislatore con una diversa tipologia di sentenze?

La giurisprudenza costituzionale ha dato vita nel suo esercizio a una vasta gamma di decisioni, tra cui quelle additive e quelle monitorie.

Escludendo le sentenze "additive", in quanto ammissibili solo se "a rime obbligate", cioè implicanti una soluzione imposta dalla Costituzione, e non in presenza di una molteplicità di opzioni⁶⁷, la Corte avrebbe potuto, a nostro avviso, prendere in considerazione lo strumento della sentenza "monitoria".

Con tale tipologia di decisioni la Corte indirizza, come dice il termine, un monito al legislatore, che può estrinsecarsi in due forme: a) mero invito a colmare profili di problematicità della normativa censurata, pur se non dichiarata incostituzionale; b) monito non escludente la possibilità, di fronte alla persistente inerzia del legislatore, di una declaratoria d'incostituzionalità.

Di tale tipo di pronunce la Corte ha fatto ampio uso, anche se per lo più in sentenze di rigetto, in cui l'*an* e il *quando* dell'effettività del monito sono affidati alla disponibilità del legislatore. Ciò stante il delicato rapporto tra poteri, anche se correttamente improntato

⁶⁴ Che talora indicano nell'atto di nascita sia la madre biologica che quella "intenzionale", indipendentemente dal fatto che il minore sia nato in Italia o all'estero.

⁶⁵ Cfr. sent. n. 230 del 2020, *considerato in diritto*, punto 8.

⁶⁶ *Idem*, punto 7.

⁶⁷ Cfr. legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 28.

alla collaborazione e, se del caso, all'impulso e stimolo da parte del giudice costituzionale, ma senza mai scalfire l'autonomia e la sovranità del parlamento, sconfinando nel merito politico.

Di fronte però all'immobilismo del legislatore, più volte sollecitato con sentenze monitorie del tipo *sub a*, la Corte non ha esitato a ricorrere a sentenze più incisive⁶⁸, enunciando criteri vincolanti per il legislatore al fine di non incorrere in future pronunce di incostituzionalità.

Ritornando al caso di specie e prescindendo per il momento dall'ipotesi *sub b*, adottata dalla Corte in presenza del vaglio di normative transitorie o di emergenza, o ove essa rilevi, come detto, l'inerzia del legislatore nel rimuovere problematicità già segnalate in precedenti sentenze monitorie, l'ipotesi *sub a* resta valida.

Nulla esclude, pertanto, che un tale strumento possa essere considerato dal giudice costituzionale, ove ancora interpellato in presenza di un perdurante immobilismo del legislatore di fronte all'evoluzione della coscienza sociale e al progresso della scienza, profilo quest'ultimo che la Corte non sottovaluta, ma sul quale anzi usa richiamare l'attenzione del legislatore nella sua giurisprudenza⁶⁹.

⁶⁸ Si pensi, ad es., alle sentenze in tema di norme sull'ordinamento penitenziario ed applicabilità ai detenuti minorenni (sent. n. 436 del 1999), di riforma del servizio radiotelevisivo (sent. n. 826 del 1988), di revisione della disciplina del contenzioso tributario (sent. n. 212 del 1986), etc.

⁶⁹ Cfr., ad es., le sentenze n. 282 del 2002, n. 151 del 2009, cit., n. 162 del 2014, cit., n. 274 del 2014, n. 5 del 2018.

Articolo

— The use of criminal law to fight Covid-19-related emergencies and the Danish case: *placebo* or *panacea*?*

L'uso del diritto penale nel contrasto alle emergenze legate al virus Covid-19 ed il caso danese: placebo o panacea?

di Alice Giannini

Abstract. *The purpose of this paper is to conduct an analysis of the role of criminal law in the fight of Covid-19-related emergencies in Denmark. By adopting reflections typical of the Italian criminal legal school on panpenalismo, i.e. the pathological expansion of the field of application of criminal law, the investigation will focus on how criminal sanctions have been used and portrayed as an efficient tool to contrast the pandemic in the Danish legal system, focusing on the role played by the media discourse. Interestingly so, it can be observed that often criminal tools and, in general, governmental responses to the virus have been associated with war-like metaphors: «Vi er i krig» stated the Justice Minister of Denmark Nick Hækkerup. Indeed, in early April the Danish Parliament adopted an urgent bill which reformed the Danish Criminal Code in response to the uproar emerged by the news of thefts of hand sanitizer and protective equipment from hospitals. The bill is characterized by an increase of criminal penalties for a number of offenses when committed in*

* Il contributo riprende e amplia il testo dell'intervento tenuto nel Workshop dottorale di eccellenza Freedom v. Risk? Social control and the idea of law face to Covid-19 emergencies – Università degli Studi di Firenze, 29 giugno 2020 – e destinato alla pubblicazione nell'omonimo volume della collana "Legal Dimension/Dimensione Giuridica", Giappichelli, Torino 2020. Si ringraziano gli organizzatori del Workshop per aver acconsentito alla pubblicazione su questa Rivista.

relation with the corona pandemic. Thus, the numbers of "corona-crimes" committed in Denmark never reached worrying numbers. So was there really an emergency situation calling for such urgent criminal legislation? Is "criminal maximalism" the solution or has it been used as a placebo to quiet concerned citizens? This paper will explore such questions, using Covid-19 emergency law as a paradigm for a broader investigation into the tangle of the idea of criminal law to face emergencies

Abstract. *Lo scopo di questo contributo è quello di condurre un'analisi del ruolo del diritto penale nel contrasto alle emergenze legate al Corona virus in Danimarca. Adottando le riflessioni tipiche della scuola giuridica penale italiana sul panpenalismo, ovvero l'espansione patologica del campo di applicazione del diritto penale, l'indagine si concentrerà su come le sanzioni penali sono state utilizzate e rappresentate come uno strumento efficace per contrastare la pandemia nel sistema giuridico danese, concentrandosi sul ruolo svolto dal media discourse. Spesso gli strumenti criminali e, in generale, le risposte dei governi al virus sono stati associati a metafore belliche: «Vi er i krig» ha dichiarato il ministro della Giustizia danese Nick Hækkerup. E infatti, all'inizio di aprile il Parlamento danese ha adottato un disegno di legge urgente che ha riformato il codice penale danese in risposta al clamore suscitato dalle notizie di furti di disinfettanti per le mani e di dispositivi di protezione negli ospedali. Il provvedimento è caratterizzato da un severo aumento delle pene per una serie eterogenea di fattispecie di reati nel caso in cui vengano commessi in relazione alla epidemia di Covid-19. Tuttavia, i numeri dei "corona-crimes" commessi in Danimarca non hanno mai raggiunto cifre preoccupanti." Quindi, si era davvero in presenza di una situazione di emergenza criminale tale da richiedere una legislazione penale così urgente? Il "criminal maximalism" è la soluzione o è stato usato come placebo per tranquillizzare i cittadini preoccupati? Questo contributo esplorerà tali quesiti, utilizzando il caso danese come paradigma per una più ampia indagine sull'idea di diritto penale come strumento per affrontare le emergenze.*

SUMMARY: 1. Introduction: on *panpenalismo*, populist criminal law and war-like metaphors. – 2. The legal framework for management of epidemics in Denmark. – 3. "Dropping the hammer": law n. 349/2020 - Increased punishment for offenses based on or committed in the context of Covid-19 (*Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven - Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19*). – 4. Conclusive remarks: placebo or panacea?

SOMMARIO: 1. Introduzione. Su *panpenalismo*, populismo penale e metafore belliche. – 2. Il quadro giuridico della gestione delle epidemie in Danimarca. – 3. "Dropping the hammer": la legge n. 349/2020 - Aumento delle pene per i reati basati su o commessi nel contesto di Covid-19 (*Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven - Skærpet straf per lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19*). – 4. Osservazioni conclusive: placebo o panacea?

1. Introduction: On *panpenalismo*, penal populism and war-like metaphors.

The purpose of this paper is to conduct an analysis of the role of criminal law in the fight of Covid-19-related emergencies in Denmark. By adopting reflections typical of the

Italian criminal legal scholars on *panpenalismo*¹, i.e. the pathological expansion of the field of application of criminal law, the investigation will focus on the interplay between how criminal sanctions have been used and portrayed as an efficient tool to contrast the pandemic in the Danish legal system and the role played by the **media discourse**².

To begin with, it is undoubted that the Covid-19 crisis poses unprecedented risks which lead to legal responses. Yet, when it comes to criminal law and its basic principles, certain questions arise: is “criminal maximalism” the way to go or has criminal law been used as a palliative to quiet concerned citizens? What was the role of media discourse in the depiction of the “criminal law vs. corona virus” conflict? This paper will explore such questions, using Danish Covid-19 emergency law as a paradigm for a broader investigation into the tangle of the idea of criminal law to face emergencies.

At the outset, it can be observed that many countries, including Italy, have adopted emergency law and regulations correlated with criminal sanctions in case of noncompliance, as a fast-response to compel people to conform with lockdown measures³. As a matter of fact, the spread of the virus has been accompanied by a more subtle – and likely characterized by longer-lasting side effects – expansion of a phenomenon referred to as *panpenalismo*: a distorted usage of criminal law as the cure-all in the fight towards new emerging issues⁴.

Indeed, *panpenalismo* is not something new. Italian academics, for example, have been denouncing for a long time now the tendency of the Italian legislator to regulate with

¹ The word is derived from attaching the Greek prefix “*pan-*”, which means “all, every, whole, all-inclusive” to “*penalismo*” which in Latin-derived languages means “inherent to the criminal area”, as in referring to that specific branch of law. It can be referred to as “criminal law hypertrophy” or “criminal maximalism”.

² «Media discourse refers to interactions that take place through a broadcast platform, whether spoken or written, in which the discourse is oriented to a non-present reader, listener or viewer» in A. O’Keeffe, *Investigating Media Discourse*, Routledge, 2006, p. 31.

³ The sanction in Italy was established by article 3, paragraph 4 of Decree Law no. 6 of 23 February 2020 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 in G.U. 9 marzo 2020, n. 61) and was later confirmed by article 4, paragraph 2 of Decree of the President of the Council of Ministers of 8 March 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* in GU Serie Generale n. 59 dell'8 marzo 2020). The application of article 650 of the Italian Criminal Code was then repealed and non-compliance with the containment measures is today punished with an administrative fine from 400 € to 3,000 € according to article 4 of Decree Law n. 19 of 25 March 2020 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, in GU Serie Generale n. 79 del 25 marzo 2020, available in English [at this link](#)). Afterwards, Decree Law n. 33 of 16 May 2020 was adopted (*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19* in GU Serie Generale n. 125 del 16 maggio 2020), providing provisions which implement Decree Law n. 19/2020. In the most recent months, Italy has been facing a stratification of new norms, nevertheless Decree Law n. 19/2020 and Decree Law n. 33/2020 still represent the core of the criminal response to the spread of the virus in Italy. See Decree law n. 125 of 7 October 2020 (*Misure urgenti concesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020* in GU Serie Generale n.248 del 07 ottobre 2020); Decree Law n.158 of 2 December 2020 (*Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID* in GU Serie Generale n. 299 del 2 Dicembre 2020) and Decree Law n. 172 of 18 December 2020 (*Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19* in GU Serie Generale n. 313 del 18 dicembre 2020).

⁴ D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema Penale*, 28 April 2020.

a populist sentiment, through norms directed at stimulating fear and uncertainty in citizens together as hate towards a common enemy⁵. In Denmark, the anti-terrorism legal packages introduced after 9/11 and subsequent terrorist attacks were defined as «far-reaching forms of criminalization with indeterminate scope», «pre-active in nature» with vague *actus reus* and *mens rea* requirements and therefore problematic from a rule of law point of view⁶. In the international arena, where a flourishing debate is taking place, concepts such as populist punitiveness and penal populism were coined⁷.

Moreover, it is undoubted that criminal law hypertrophy, penal populism and the media discourse are deeply intertwined⁸. In fact, if we focus on the last few months, this peculiar use of criminal law has been manifesting itself hand in hand with extensive media coverage of both Corona-related news and norms: a situation that has been described with a bright word play as «Communication Virus Disease»⁹. Interestingly, what can be noticed is that the combination of these factors has led to the creation of a new vocabulary of terms referring specifically to the interaction of criminal law and Covid-19 (an occurrence which is not new to languages of Germanic nature, which often, and pragmatically so, create new idioms through the pairing of existing words). For example, newspapers in Denmark started referring to «*corona-kriminelle*» and «*coronaregler*»¹⁰. Similarly, Dutch criminal courts started dealing with the first «*coronamisdrijven*»¹¹, in particular cases of life-threatening behavior with reference to acts of «*coronahoester*» and «*coronaspurger*»¹²⁻¹³.

⁵ «A criminal legislation which is employed in essence: a) more for its symbolic role than for its suitability to manage concrete problems; b) more for its ability to satisfy the expectations of the public than for its suitability to respond effectively to the social issues that are being raised; c) more for its suitability to spread an idea of order and security in the public than for its effective ability to control and repress criminal phenomena. [Author's translation]», R. Bianchetti, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Archivio Penale* n. 1, 2019, pp. 6 ss. For an overview on criminal populism in the Italian scene, see *ex multis*: G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 201, pp. 96 ss.; L. Ferrajoli, *L'illusione della sicurezza-Intervento al Festival del Diritto*, 26 september 2018.

⁶ J. Vestergaard, *Pre-Active Anti-Terrorism Legislation: The Case of Denmark*, in *Scandinavian Stud.*, vol. 60, 2015, p.408.

⁷ For an overall account of current crime policy, see J. Pratt, *Penal populism*, Routledge, 2007. For an analysis of transformations of criminal law in the main English-speaking countries, see: J. Pratt, M. Miao, *Risk, populism, and criminal law*, in *New Crim. L. Rev.*, vol. 22(4), 2019, pp. 391 ss. For a critical analysis of the scholarly debate on punitiveness and penal populism, see: R. Matthews, *The myth of punitiveness*, in *Theoretical Criminology*, vol. 9, 2005, pp. 175 ss.. Proposing a restricted definition of penal populism, R. Cornelli, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, vol. 4, 2019, pp. 128 ss.

⁸ R. Bianchetti, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale*, cit., p. 10. More on this theme: F. Palazzo, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Politica del Diritto*, vol. 2, 2009; R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, 2018; F. Palazzo, *Paura del crimine. rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, vol. 3, 2018, pp. 14 ss.

⁹ M. Papa, *Decreti e norme vaghe tradotti sui media: la comunicazione che inquina il diritto*, in *Il Dubbio*, 21 April 2020.

¹⁰ Respectively Danish for "corona criminals" and "corona rules".

¹¹ Dutch for "corona crimes".

¹² Literally translatable into "corona-spitting" and "corona-coughing".

¹³ For a categorization of "corona-crimes", see the [decision of the Rotterdam District Court \(Case number 10 / 077803-20\)](#), 30 march 2020 (in Dutch).

Likewise, it can be observed how often these criminal tools and, in general, governmental responses to the virus have been associated with war-like metaphors. «*Vi er i krig*» stated the Danish Justice Minister Nick Hækkerup¹⁴. As brilliantly expressed by a journalist, «The Covid-19 emergency is almost everywhere addressed with a war language: there is talk of a trench in hospitals, of the virus' front line, of war economy [...] according to the consolidated tradition of populists who thrive only when there is an external enemy to repel, possibly by force»¹⁵. As a consequence, citizens are led to blindly comply with norms posing as saviors of the society. Similarly, the combination of the new "Corona-vocabulary" with war metaphors leads us to isolate different enemies: first and foremost Covid-19, but also corona-criminals such as plague-spreaders and thieves of facemasks. This depiction of those who do not follow through with restrictions (or who take advantage of the emergency situation) as enemies of the state who should be punished with a criminal sanction could be nothing less than another example of "criminal law of the enemy"¹⁶. In the following paragraph, these reflections will be used to analyze Denmark's criminal response to corona-crimes.

2. The legal framework for management of epidemics in Denmark.

Before addressing the core of this analysis, it is relevant to briefly introduce the Danish legal framework¹⁷ with regards to health-related emergency situations. The management of epidemics in Denmark is disciplined by the *epidemiloven* (Act on Measures against Infectious and Other Communicable Diseases, in short Epidemic Act)¹⁸,

¹⁴ «We are at war» (Author's translation). R. F. Isaken, *Skal Danmark forandres på grund af coronavirus?* Ekstra Bladet, 28 March 2020.

¹⁵ D. Cassandro, *Siamo in guerra! Il coronavirus e le sue metafore*, in *Internazionale*, 22 March 2020.

¹⁶ The basis of this doctrine will not be analyzed in this paper, due to editorial restrictions. For a reconstruction of the international debate on criminal law of the enemy, see *ex multis*: M. Donini, M. Papa (Eds), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007.

¹⁷ According to the Danish Constitutional Act, a Bill must be read three times in the Chamber before it can be passed. The following procedure is typical. First reading: At this stage, the main principles of the Bill are discussed, and spokespersons of the various political parties present their party's position on the Bill. Most Bills are sent on to one of the Parliament's committees, where Members of Parliament (MPs) debate the Bill in detail and produce a report on the basis of their deliberations. Second reading: The Bill is debated in full and in detail. The contents of the committee report form part of the debate and, if amendments have been proposed, these will be discussed as well. Following the debate, MPs vote on any amendments proposed. After the second reading, a Bill can be referred back to a committee, but in most cases it goes straight to the third reading. Third reading: Initially, MPs debate and vote on proposed amendments. If an MP wishes to take the floor, the Bill will be debated in its entirety. If no amendments have been proposed, MPs debate and vote on the Bill immediately. For the vote to be valid, half of the MPs (i.e. at least 90) must be present and take part in the voting. Bills are passed by a simple majority, i.e. more MPs must vote for the Bill than against it. When a Bill has been passed, it must be signed by the Queen and a Minister and then published on the website www.lovtidende.dk. Once this has been done, the Bill becomes law. Folketinget, *The Tasks and Responsibilities of the Danish Parliament*, s.d.

¹⁸ *Lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare sygdomme* nr. 814 af 27. august 2009, med de ændringer, der følger af § 5 i lov nr. 656 af 8. juni 2016, jf. lovbekendtgørelse nr. 1026 af 1. oktober 2019, som ændret ved bekendtgørelse nr. 156 af 27. februar 2020, bekendtgørelse nr. 157 af 27. februar 2020, lov nr. 208 af 17. mars 2020 og lov nr. 359 af 4. April 2020.

which was modified by the Danish Parliament (*Folketinget*) first in March¹⁹ and then again in April²⁰.

The law, before the amendments, provided for a system based on five regional commissions (*epidemikommission*) which would come into being in case of the occurrence of an epidemic. These commissions comprise of police representatives (specifically, a police director appointed by the National Chief Police acting as chairman of the commission), health authorities and three local politicians elected by the regional council (§ 3). The *epidemiloven* granted a number of far-reaching powers (*Kapitel 3*) to the commission such as the possibility of ordering mandatory isolation, hospital observations and even forced hospitalization of individuals, or the banning of public events and of gathering of groups. The act also regulates crimes connected to the violation of its provisions in chapter 6. Article 29 provides for a punishment with a fine or up to six months of imprisonment – unless the act constitutes a more serious crime – for a series of actions including: violation of the duty to report to the police or to the doctor that a person suffers from a generally dangerous illness (§ 21); violation of the order of the Epidemic Commission to be examined by a doctor and/or admitted for observation at a hospital (§ 5, stk. 1); violation of the order of compulsory isolation and hospitalization by the Epidemic Commission (§ 6, stk. 1 and 3) and violation of the of the Epidemic Commission's order of lockdown of an area (§ 7)²¹. On this matter, it should also be noted that the Criminal Code of Denmark already incriminates the conduct of transmitting dangerous contagious diseases:

§ 192. Anyone who, in violation of the regulations given by law or pursuant to law to prevent or counteract a contagious disease, causes the danger that such a disease will gain entry or spread among humans, shall be punished by imprisonment for up to 3 years.

Stk. 2. If the illness is such that according to the law it must be subjected to, or at the time when the act is committed, is subject to public treatment, or if special measures against its introduction have been taken in the kingdom, the punishment shall be imprisonment for up to 6 years.

Stk. 3. Anyone who, in the manner specified, causes danger of a contagious disease finding its way into or spreading among livestock or cultivated plants, shall be punished by a fine or imprisonment for up to 2 years.

¹⁹ Lov om ændring af lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare sygdomme nr 208 af 13. mars 2020.

²⁰ Lov om ændring af lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare nr 359 af 4. april 2020.

²¹ «Kapitel 6 Straffebestemmelser m.v.

§ 29. Medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, straffes med bøde eller fængsel indtil 6 måneder den, der

1) overtræder § 21,

2) overtræder forbud eller unklarer at efterkomme påbud meddelt efter § 5, stk. 1, § 6, stk. 1 og 3, § 7, § 11, stk. 2 og 3, § 12, stk. 1, og § 16, stk. 1.

Stk. 2. I forskrifter, der udfærdiges i henhold til loven, kan der fastsættes straf af bøde eller fængsel indtil 6 måneder for overtrædelse af bestemmelserne i forskrifterne».

Lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare sygdomme nr. 814 af 27. august 2009, med de ændringer, der følger af § 5 i lov nr. 656 af 8. juni 2016, jf. lovbekendtgørelse nr. 1026 af 1. oktober 2019, som ændret ved bekendtgørelse nr. 156 af 27. februar 2020, bekendtgørelse nr. 157 af 27. februar 2020, lov nr. 208 af 17. marts 2020 og lov nr. 359 af 4. April 2020.

Stk. 4 If the crime is committed with negligence, punishment shall be a fine or imprisonment of up to 6 months²².

As the numbers of the spread of the infection started to rise, and as the criticism towards the more “liberal” approach adopted by its neighbor Sweden began to attract the eyes of international media²³, the Minister of Health (*Sundheds- og Ældreministeren*) proposed a bill to amend the Epidemic act. The “fast-tracked” amendments, which were approved unanimously²⁴, shifted a consistent number of powers (*rectius*: all) from the regional Epidemic Commissions to the Government and is characterized by a Sunset Clause, setting its expiration date on March 1st, 2021²⁵. The bill also repealed the economic compensation measures directed at individuals hurt by the restrictions to their individual rights as a consequence of the Epidemic Commissions’ decisions. As a remedy, the Government provided for a series of aid packages (*hjælpepakker*) directed at compensating both employers and employees which suffered economic damages from the sanitary emergence²⁶.

Lastly, on December 22, 2020 the Minister of Health (Magnus Heunicke) presented a proposal for a new Epidemic Act, which is currently undergoing consultation²⁷. The new law will replace the current epidemic law and the attached emergency laws (which, as mentioned above, will stop being applicable after the 1st of March 2021) and is meant to

²² «§ 192. Den, som ved overtrædelse af de forskrifter, der ved lov eller i medfør af lov er givet til forebyggelse eller modarbejdelse af smitsom sygdom, forvolder fare for, at sådan sygdom vinder indgang eller udbredes blandt mennesker, straffes med fængsel indtil 3 år.

Stk. 2. Er sygdommen en sådan, der ifølge lovgivningen skal undergives eller på den tid, da handlingen begås, er undergivet offentlig behandling, eller mod hvis indførelse i riget der er truffet særlige forholdsregler, er straffen fængsel indtil 6 år.

Stk. 3. Den, som på den angivne måde forvolder fare for, at smitsom sygdom finder indgang eller udbredes blandt husdyr eller nytte- eller kulturplanter, straffes med bøde eller fængsel indtil 2 år.

Stk. 4. Begås forbrydelsen uagtsomt, er straffen bøde eller fængsel indtil 6 måneder».

Straffeloven, lovbekendtgørelse nr. 976 af 17. september 2019, som ændret ved lov nr. 1425 af 17. december 2019, lov nr. 1426 af 17. december 2019 og § 31 lov nr. 1563 af 27. december 2019. For a comparative analysis of Criminal reaction to Covid-19 in Europe, see: Turanjanin V., Radulović D., *Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law Reaction in Europe: A Review*, in *Iran J Public Health*, Vol. 49, Suppl. 1, 2020, pp. 4-11.

²³ For an overall analysis of the legal foundations of the Swedish “Pragmatic Approach” to COVID-19 and its interaction with Swedish legal culture, see A. Simoni, *L'emergenza Covid-19 in Svezia: le basi giuridiche di un approccio pragmatico*, in *DPCE Online*, v. 43 n. 2, 2020.

²⁴ The expression “fast track” was used by the Danish Institute for Human Rights in the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) Report, *Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU. Fundamental Rights Implications*, 20th March 2020. As reported by K. Cedervall: «The Parliament adopted the amendments unanimously in just 12 hours. This is highly unusual. Both because unanimous decisions are rare in a parliament with 14 parties and a strong tradition for minority governments (we had only one very short-lived majority government since 1973), and because 12 hours to debate a step of this magnitude is far from normal (normal lawmaking procedure dictates 30 days», K. Cedervall, *Something is forgotten in the State of Denmark: Denmark's Response to the COVID-19 Pandemic*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 4 May 2020.

²⁵ Lov om ændring af lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare nr 359 af 4. april 2020. (Udvidelse af foranstaltninger til at forebygge og inddæmme smitte samt sikring af kapacitetsmæssige ressourcer m.v.) nr 133 af 13. marts 2020.

²⁶ For an overall overview of the economic measures adopted by the Danish Government see *inter alia*: M. Soested, N. Videbaek Munkholm, *COVID-19 and Labour Law: Denmark*, in *Italian Labour Law e-Journal*, v. 13 n. 1S, 2020.

²⁷ Sundheds- og Ældreministeriet, Forslag til lov om epidemier m.v. (epidemiloven) nr 134 af 22. december 2020.

change Denmark's general overall approach to handling of epidemics. Remarkably, in an early draft the Government had introduced an amendment imposing compulsory vaccination but the provision was quickly expunged after heated protests²⁸.

Amongst the most significant amendments in the version of the draft that is currently being discussed, it is worth mentioning the reinstatement of an Epidemic Commission (with an "advisory" role) and the establishment of mandatory parliamentary scrutiny before the government can implement a number of restrictions (§ 9). The latter will be carried out by a specific committee appointed in the Folketinget which will have to approve the most intrusive measures proposed by the Minister of Health (unless there is an imminent and acute danger or threat to public health, § 9 stk. 2). Notably, one of the newly introduced powers contained in the bill regards the possibility for the Minister to forcibly isolate and test groups of people who have participated to a specific event or assembly in case an infection is discovered (currently this is possible only with regards to individuals) (§ 28)²⁹. Positively so, the draft provides for the right to judicial review of injunctions measures resulting in deprivation of liberty of individuals (§64, stk. 1) and the establishment of a Board of Appeal competent for judging decisions taken under the Epidemic Act (§61).

Thus, this analysis will not focus on the constitutional and human rights aspects raised by the modifications of the Epidemic Act, or on the adoption of the following lockdown measures by the Danish Prime Minister, Mette Frederiksen³⁰. Rather, the emphasis will be placed on a connected piece of urgent legislation which did not attract the spotlight – yet – of the academic scene adopted on April 2, 2020. The law is titled "Increased punishment for offenses based on or committed in the context of Covid-19" and amended the Danish Criminal Code, the Danish Code of Criminal Procedure and the

²⁸ Sundheds- og Ældreministeriet, *Udkast til Forslag til Lov om epidemier m.v. (epidemiloven)*, §5. See also O. Batchelor, A. F. Scheel, *Tvangsvaccination slettet i aftale om ny epidemilov, der giver mere magt til Folketinget*, DR, 18 December 2020.

²⁹ For an efficient summary of the main concerns raised regarding the new draft raised by the civil society, M. Borre, *Høringssvar viser stribevis af indsigelser mod ny epidemilov: »Der er tale om vidtgående indgreb i den enkelte borgers privatliv og frihed«*, Berlingske, 19 January 2021. For criticism on the introduction of the power to isolate and test groups of people, J. Schneider, *Ét smittetilfælde vil kunne tvinge en hel forsamling i isolation: »Jeg vil opfordre til, at man ikke vedtager den her lov«*, Berlingske, 18 January 2021. For a more in-depth analysis of the relevant legal questions, see Justitia-Danmarks uafhængige juridiske tænketank, *Høringssvar til forslag til lov om epidemier m.v. (epidemiloven)*, 15 January 2021; Institut for Menneskerettigheder, *Høringssvar til ny Epidemilov*, 15 January 2021; Institut for Menneskerettigheder, *Høringssvar vedr. udkast til Forslag til lov om epidemier m.v. (epidemiloven)*, 12 November 2020.

³⁰ For a general overview of COVID-19 Constitutional challenges in Denmark see; K. Cedervall, *Something is forgotten*, cit.; M. Mazza, *Alcune osservazioni su diritto costituzionale, fonti primarie e contrasto al Coronavirus nell'esperienza danese*, in *DPCE Online*, [S.I.], v. 43, n. 2, Luglio 2020. For a global analysis of key legal certainty and human rights challenges in connection with the Danish Government initiatives' to prevent the spread of COVID-19 in Denmark see: Advokatsamfundet-Institut for Menneskerettigheder, *COVID-19-tiltag i Danmark – retssikkerhedsmæssige og menneskeretlige konsekvenser*, 5 June 2020. For an overview of global legal responses to the pandemic in a comparative perspective, *inter alia*: *Comparative Covid Law – Osservatorio Covid Diritto Comparato*; DPCE Online, [S.I.], v. 43, n. 2, Luglio 2020. ISSN 2037-6677.

Aliens Act in a pursuit to contrast the so-called *corona-kriminelle*³¹ (corona criminals)³². The following paragraph will focus on the provisions of law n. 349/2020 as well as with the process leading to its adoption in a criminal policy perspective. Specifically, special attention will be paid to the question of whether there was in fact the need of new criminal legislation to contrast a threat of public interest, or whether we can characterize this event as a prong of the general *panpenalismo* phenomenon as untangled earlier.

3. "Dropping the hammer": law n. 349/2020 - Increased punishment for offenses based on or committed in the context of Covid-19 (*Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven - Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19*).

Just as the news about the Epidemic act started being the object of vast media coverage, Danish national newspapers started picking up local news on thefts of hand sanitizer and other protection equipment from hospitals. Words like "corona-criminality", "corona-crimes" started surfacing in the media discourse. Consequently, on the 26th of March Danish Justice Minister Nick Hækkerup proposed an urgent bill to increase existing punishments in the criminal code for offenses based on or committed in the context of COVID-19. The urgent law was adopted by the Folketinget on 2 April 2020 and it consists of 4 articles which introduce modifications to the Criminal Code³³, the Code of Criminal Procedure³⁴ and the Aliens Act³⁵. The law was not adopted through the normal legislative process (which mandates three readings and a minimum processing time of 30 days in the Folketinget) but through the emergency procedure (*hastelovgivningsproces*). This procedure entails that the bill is subject to a shorter processing time and interested stakeholders (such as organizations) are not consulted³⁶. As with the law amending the Epidemic Act, law n. 349/2020 is subject to a sunset clause (providing that it will be repealed on the 1st March 2021) and it provided that the Minister of Justice had submit by the 30th November 2020 a proposal for its revision (§4, stk. 3). For these reasons, on the 25th of November the Danish Minister of Justice proposed a draft bill to repeal the

³¹ The words "corona-kriminelle" and "corona-kriminalitet" were coined by the press after the minister of Justice, Nick Hækkerup, announced the proposal of the bill. See, *inter alia*: L. Dalsgaard, N. S. Nielsen, *OVERBLIK: Sådan har corona-kriminelle udnyttet krisen i Danmark*, DR, 25 March 2020. L. K. Skov, *Minister advarer coronakriminelle: Højere straffe på vej*, TV 2, 25 March 2020; A. S. Allarp, *Folketinget sviner straffeloven til med dets coronastraffe*, Information, 8 April 2020.

³² *Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven ((Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19) nr 349 af 02. april 2020.*

³³ *Straffeloven*, lovbekendtgørelse nr. 976 af 17. september 2019, som ændret ved lov nr. 1425 af 17. december 2019, lov nr. 1426 af 17. december 2019 og § 3 i lov nr. 1563 af 27. december 2019.

³⁴ *Retsplejeloven*, LBK nr 938 af 10/09/2019 med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 1540 af 18. december 2018, § 2 i lov nr. 1541 af 18. december 2018, lov nr. 1544 af 18. december 2018, § 15 i lov nr. 1711 af 27. december 2018, § 2 i lov nr. 1719 af 27. december 2018, § 2 i lov nr. 329 af 30. marts 2019, lov nr. 370 af 9. april 2019, § 1 i lov nr. 463 af 29. april 2019, lov nr. 485 af 30. april 2019, § 5 i lov nr. 497 af 1. maj 2019 og § 2 i lov nr. 505 af 1. maj 2019.

³⁵ *Udlændingeloven*, jf. lovbekendtgørelse nr. 1022 af 2. oktober 2019, som ændret senest ved lov nr. 1591 af 27. december 2019.

³⁶ For an in depth analysis of concerns raised by the adoption of the bill through the emergency procedure, see: Advokatsamfundet-Institut for Menneskerettigheder, *COVID-19-tiltag i Danmark – retssikkerhedsmæssige og menneskeretlige konsekvenser*, cit., pp. 23-24.

aforementioned art. 4 paragraph 3³⁷, and subsequently, on the 13th of January 2021, it presented a second draft bill to extend the validity of the sunset clause until the 1st of January 1, 2022³⁸.

The core of law n. 349/2020 is contained in § 1. Art. 1 creates a new article § 81-d made of 4 paragraphs in the 10th chapter of the Danish Criminal Code, which is dedicated to the determination of the penalty (*straffens fastsættelse*). The first comma of the newly born § 81-d provides that punishment for a considerable number of crimes (theft and robbery, of course, but also falsification of official documents, unauthorized access to computer or data, extortion, violence and threats against public officials, to name a few) may be increased up to double if the crime was based on or committed in connection to the Covid-19 epidemic in Denmark. In the general remarks delivered when presenting the proposal, Justice Minister Nick Hækkerup provided the following practical example of application of the law: the theft of hand sanitizer from a pharmacy or a hospital for a total worth of 200 DKK (roughly 27 €) before the adoption of the bill would have been sanctioned with a fine of minimum 500 DKK (roughly 86€) ex § 276 of the Criminal Code. After law n. 349/2020, the same conduct could be punished with a prison sentence, which as a starting point, should be unconditional³⁹.

The second paragraph of §81-d provides for a further aggravation of the aforementioned circumstance, establishing that when one of the crimes listed in the first paragraph takes place in such circumstances that it results in an unjustifiable seeking or obtainment of one of the governmental *hjælpepakker*⁴⁰ (loan, credit, aid, subsidy or similar compensation from aid packages to counteract the harmful effects of the Covid-19 epidemic), punishment may be increased up to four times.

The third paragraph of § 81-d dictates that the judge, when deciding whether to impose a fine as an additional punishment to another type of punishment ex § 50 co.2 of the Criminal Code to the conducts prescribed for in § 1 para 2 of law n. 349/2020, must place emphasis on the obtained or intended financial gain of the accused. Lastly, the fourth paragraph of § 81-d establishes that the judge must always include as an aggravating circumstance for **any** offense (i.e. not just the one mentioned in art. 1 para 1 l. n. 349/2020) the fact that the conduct took place with a background or in connection to the Covid-19 epidemic in Denmark.

³⁷ Justitsministeren, *Forslag til Lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven-Ophævelse af revisionsbestemmelse nr. 110*, 25 november 2020. The proposed bill n. 110 has undergone its first reading. For an overview on the Danish legislative process, see n. 17.

³⁸ Justitsministeren, *Forslag til lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven nr. 136*, 13 January 2021.

³⁹ «Som et eksempel kan fremhæves den situation, hvor en person stjæler håndsprit fra f.eks. en lægepraksis eller et hospital til en værdi af i alt 200 kr. Et sådant tilfælde vil udgøre tyveri efter straffelovens § 276 og vil som udgangspunkt skulle sanktioneres med en bøde på 500 kr., som er mindstebøden efter straffelovens § 287. Med lovforslaget forudsættes det, at der fremover for en sådan overtrædelse som udgangspunkt vil skulle fastsættes en kortere fængselsstraf, der som udgangspunkt bør være ubetinget». Justitsminister Nick Hækkerup, *Almindelige bemærkninger- Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven*, 26 March 2020.

⁴⁰ V. *supra*, par. 2.

With regards to the code of criminal procedure, the law (§ 2) extends the scope of § 791-d, which regulates the blocking of websites through which certain criminal offenses are committed, to crimes based on or committed in connection to the Covid-19 epidemic in Denmark. Finally, the law (§ 3) modifies the rules regarding deportation of immigrants which have had a legal residence in Denmark for more than 8 years, providing that such individuals can be expelled from the country in case they are sentenced to an unconditional custodial punishment determined in application of the aggravated circumstance prescribed by § 81-d of the Criminal Code.

At the time the bill was proposed, the Danish police districts had received 45 reports of fraud committed in connection to the corona epidemic and 16 reports of burglary, theft or attempted theft of protective equipment⁴¹. Interestingly so, after the sensational news titles which created the figure of the “corona-criminal” character, calling for harsher punishments, not much was said after the bill was adopted. «One can safely say that the Folketing has found the **big hammer** and drops it on those who deceive and swindle» stated the Danish Justice Minister Nick Hækkerup⁴². When asked what were the reasons which justified the urgency behind the bill, the response of the Justice Minister was «[...] there are cases where exceptional situations entail that the general due process of a bill cannot be awaited. Recent weeks have brought several examples of criminals exploiting the serious and extraordinary situation, we as a country find ourselves in, for their own personal gain. Among other things, we have seen examples of criminals exploiting the citizens’ trust in the authorities. It is absolutely crucial that we put an end to these forms of crime, as citizens’ trust is essential in a time of crisis like this one [...]. If we do not act now and act quickly, there is a risk that we as a society will subsequently be able to state that we should have imposed and tightened the penalties. That is a situation in which the government does not want to be»⁴³.

⁴¹ L. Dalsgaard, N. S. Nielsen, *OVERBLIK: Sådan har corona-kriminelle udnyttet krisen i Danmark*, DR, 25 March 2020.

⁴² «Så man kan roligt sige, at Folketinget har fundet den store hammer frem og svunget den over for dem, som snyder og svindler», Nick Hækkerup, *Speech during the second reading of Bill No. 157*, 2 April 2020.

⁴³ «Der er dog tilfælde, hvor ekstraordinære situationer medfører, at den almindelige behandling af et lovforslag ikke kan afventes. De seneste uger har bragt flere eksempler på, at kriminelle udnytter den alvorlige og ekstraordinære situation, vi som land befinder os i, for deres egen vindings skyld. Der er bl.a. set eksempler på kriminalitet, som udnytter borgernes tillid til myndighederne. Det er helt centralt, at vi kommer disse for- 3 mer for kriminalitet til livs, da borgernes tillid er afgørende i en krisetid som den foreliggende [...]Hvis vi ikke handler nu og handler hurtigt, er der en risiko for, at vi som samfund efterfølgende vil kunne konstatere, at vi burde have sat ind og skærpet straffene». *Spørgsmål nr. 102 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til lov om ændring af straffeloven (Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19) (L 157/2019)*, 1 April 2020. As observed by the Danish Bar Council and the Danish Institute for Human rights, «Denmark is undoubtedly in a health crisis situation, where it may have been necessary within reasonable limits to legislate in an urgent manner with the errors and shortcomings that this may entail. One can, however, raise the question of whether there has been an extraordinary situation in relation to the crime picture, which has been able to justify a urgent implementation of the changes. When the government and the Folketing later evaluate the process, one should therefore reflect on whether all the changes that § 81 d, para. 1, entailed, was so urgent that they should be dealt with immediately, or whether a larger proportion of the changes should have been subject to the ordinary legislative procedure; with associated deadlines and better legal quality - and thus more long-term sustainable legislation as a result [author’s translation]». Advokatsamfundet-Institut for Menneskerettigheder, *COVID-19-tiltag i Danmark – retssikkerhedsmæssige og menneskeretlige konsekvenser*, cit., p. 24

Concerns were raised, especially by those who will be directly involved with the practical consequences of the application law: the Danish Bar Council (*Advokatsamfundet*)⁴⁴, the Danish Institute for Human Rights⁴⁵ and the Association of Danish Judges (*Dommerforeningen*)⁴⁶. In a letter sent by the Danish Bar Council to Parliamentary Legal Affairs Committee on March 31st, the council underlined how «the bill challenges some important principles for the **Danish rule of law**» since «there is a big difference in the necessity of adopting emergency legislation to prevent theft of alcohol and face masks from a hospital and to counteract the exploitation of NemID access information [common log-in internet credentials to all Danish banks and other governmental services] on the Internet, where the damage is not a matter of life and death»⁴⁷.

Similar concerns were raised by the Danish Judges Association, which labelled the law as an expression of an inappropriate form of criminal «detail-regulating» (*detailregulering*)⁴⁸ also referred to as «**criminal justice micromanagement**» (*strafferetlig micromanagement*) by Vestergaard⁴⁹. Specifically, they pointed out how the Danish Criminal Code already offers the tools for judges to adjust penalties to the specific case through a system of mitigating and aggravating circumstances. In other words, courts could have imposed harsher penalties on corona-criminals even without an *ad hoc* aggravating circumstance. One must not forget that modern criminal codes are organized («fine meshed»⁵⁰) systems where norms are intertwined and follow a logical scheme. As a consequence criminal norms, by nature, have a tendency of being closed towards external influences⁵¹.

⁴⁴ The Danish Bar Association (*Advokatsamfundet*) submitted comments on the law proposal to the Committee on Legal Affairs of the Parliament. *Advokatsamfundet, Bemærkninger til forslag til lov om ændring af straffeloven (Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19)*, Retsudvalget 2019-20, L 157, bilag 11, 31 March 2020.

⁴⁵ *Advokatsamfundet-Institut for Menneskerettigheder, COVID-19-tiltag i Danmark – retssikkerhedsmæssige og menneskeretlige konsekvenser*, cit.

⁴⁶ The Judges' Association had expressed its concerns on the content of the bill with a letter to the Justice Minister (*Dommerforeningen, Brev til Justitsministeren i forbindelse med coronarelateret hastelov*, 26 March 2020, and was then officially requested by Committee on Legal Affairs (*Retsudvalget*) of the Parliament to make comments to the draft (*Dommerforeningen, Dommerforeningens bemærkninger til hastelov om corona-smitte*, Retsudvalget 2019-20, L 157, bilag 3, 28 March 2020).

⁴⁷ «Lovforslaget udfordrer imidlertid nogle vigtige principper for den danske retsstat [...] er er dog efter Advokatrådets vurdering stor forskel på nødvendigheden i at vedtage hastelovgivning for at modvirke tyveri af håndsprit og mundbind fra et hospital og for at modvirke udnyttelse af ex NemID-oplysninger på internettet, hvor skaden alt andet lige ikke er et spørgsmål om liv og død». *Advokatsamfundet-Institut for Menneskerettigheder, COVID-19-tiltag i Danmark – retssikkerhedsmæssige og menneskeretlige konsekvenser*, cit.

⁴⁸ *Lovforslaget er efter Dommerforeningens opfattelse udtryk for en uhensigtsmæssig form for strafferetlig detailregulering, som i praksis risikerer at give anledning til besværlige fortolkningsproblemer*, *Dommerforeningen, Dommerforeningens bemærkninger til hastelov om corona-smitte*, Retsudvalget 2019-20, L 157, bilag 3.

⁴⁹ J. Vestergaard in U. Dahlin, *Jurister om Hækkerups hastelov: Overlad strafudmålingen til domstolene*, Information, 27 March 2020.

⁵⁰ «Her vil jeg blot pege på, at straffeloven og de deri indeholdte strafferammer udgør et finmasket system, hvor strafferammerne hænger indbyrdes sammen. Hæver man strafferammen meget i en bestemmelse for særlige forhold, skal man holde sig ikke mindst proportionaliteten for øje. Hvordan ser straffen ud for stort set lignende tilfælde bare i andre sammenhænge?» *Dommerforeningen, Dommerforeningens bemærkninger til hastelov om corona-smitte*, cit.

⁵¹ For a reflection on criminal legal systems as “networks” of norms and the impact of decodification, see: M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giuffrè, 2^{ed.}, Torino, 2019, pp. 159 ss.

With regards to the content of the bill, the Bar Council noted how the wording crime «based on or in the context of» is too broad and vague, therefore threatening the principle of legality. This is enhanced by the fact that the remarks accompanying the bill state that such condition implies «that the offense in question must have been wholly or partly motivated by or aimed at exploiting the situation in the country», therefore calling for a difficult assessment of an offender's interior motives⁵².

Moreover, according to the Justice Minister, the violation of § 81-d, hence the realization of the aggravating circumstance of having committed a crime «based on or in the context of the Covid-19 Epidemic in Denmark», should be presumed when the violation regards aid packages to counteract the harmful effects of the Covid-19 epidemic or protective equipment such as hand sanitizer and bandages or other scarce resources in the current situation. Similarly, «[...] it should generally be assumed that the violation is based on or has been committed in the context of the covid-19 epidemic in Denmark if the defendant, under the pretext of the covid-19 epidemic, pretends to represent the health authorities or other similar subjects, in order to gain access to a citizen's home, social security number, NEM-ID and other similar information»⁵³. On this matter, the President of the Danish Judges' association, Mikael Sjöberg, enucleates an interpretation problem: if, on the one hand, the expression «based on or in the context of the COVID-19 Epidemic in Denmark» entails that there must have been an element of exploitation of the situation by the defendant, then the newly introduced § 81-d would be punishing a specific deplorable conduct. On the other hand, whether it would only be necessary that crimes are motivated by the situation in Denmark as a consequence of Covid-19, then the application would be challenging. Think of the trivial case of a person stealing a small number of facemasks in order to be able to care for his or her infected mother without risking to infect his or her family⁵⁴. Finally, the *Dommerforeningen* addressed the fact that the Ministry of Justice

⁵² «Betingelsen om, at overtrædelsen »har baggrund i eller sammenhæng med covid-19-epidemien i Danmark« indebærer, at den pågældende lovovertrædelse helt eller delvis skal have været motiveret af eller have til formål at udnytte den situation i landet, som covid-19-epidemien i Danmark har medført». Justitsminister Nick Hækkerup, *Almindelige bemærkninger- Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven*, 26 March 2020.

⁵³ «Det må dog i almindelighed antages, at en overtrædelse af de i den foreslåede § 81 d, stk. 1, nævnte bestemmelser har baggrund i eller sammenhæng med covid-19-epidemien i Danmark, hvis overtrædelsen vedrører hjælpepakker til imødegåelse af skadevirkninger ved covid-19-epidemien eller værnemidler såsom håndsprit og mundbind eller andre knappe ressourcer i den aktuelle situation. Ligeledes må det i almindelighed antages, at overtrædelsen har baggrund i eller sammenhæng med covid-19-epidemien i Danmark, hvis den tiltalte under påskud af covid-19-epidemien udgiver sig for at repræsentere sundhedsmyndighederne eller lignende med henblik på at få adgang til en borgers hjem, CPR-nummer, NemID eller lignende». Justitsminister Nick Hækkerup, *Almindelige bemærkninger- Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven*, cit..

⁵⁴ «Hvis bemærkningen derimod kan læses sådan, at den også går på forbrydelser, der er motiveret af, menso ikke har karakter af ud yttelse, " helt eller delvis skal have været otiveret af...den situation i landet, som covid-19-epidemien i Danmark har medført) kan man overveje, om den ikke kommer til at rammeskævt. For eksempel kunne man forestille sig, at en person, hvis 85-årige mor er Coronasyg, begår et tyveriaf (et mindre antal) værnemidler for at kunne pleje moderen uden risiko for at selv at blive smittet eller forat risikere at smitte sin egen familie. Tilsvarende kunne man forestille sig, at to personer i et supermarkedkom op at slås om at få fat i den sidste flaske håndsprit eller lignende. I sådanne situationer, hvor denstrafbare handling ikke begås for at udnytte Covid 19-situationen, men ikke desto mindre er motiveret afsituationen, nemlig den desperation, den forårsager, forekommer det umiddelbart mindre rimeligt atanvende de så stærkt forhøjede strafferammer. Omvendt kan man også i disse tilfælde sige, at der tale ombeskyttelse af knappe ressourcer i en særlig situation». *Dommerforeningen, Dommerforeningens bemærkninger til hastelov om corona-smitte*, cit.

accompanied the proposal of the bill with a list of very specific examples⁵⁵, an action regarded «**pedagogically perhaps very good, but a somewhat inappropriate way of legislating**» since examples are not adequate to reflect daily life as they do not allow for reasonable exceptions⁵⁶.

As of the 22nd of July 2020, the Danish Police communicated that out of 50 total reports of theft of hand sanitizer and protective masks filed since March, they charged 29 subjects, with the vast majority of cases taking place in March and April⁵⁷. In the period from the 2nd of April 2020 to the 14th of November 2020, according to the statements of the Danish Attorney General (*Rigsadvokaten*), 30 judgments have been handed down where the penalty was determined according to the increased penalties provided in § 81-d, stk.2⁵⁸. Likewise, the Special Prosecutor for Exceptional Economic and International Crime (*Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet, SØIK*) stated that, as of the 8th December 2020, it had received 178 reports of fraud relating the Covid-19 relief packages. In the Ministry of Justice's view, «the Danish society is still looking at a crime picture that corresponds to what, in the spring of 2020, called for the adoption of law n. 349/2020»⁵⁹. Interestingly so, the main argument in the bills' proposals of the Justice Minister justifying the request to extend the application of the sanctions contained in law n. 349/2020 is the continuation of the covid-19 epidemic in Denmark, rather than the furtherance of a worrisome criminal scenario (which, as some argued, never existed in the first place)⁶⁰. As it was stated by Kristian Hegaard, spokesperson of Danish Social Liberal Party (*Radikal Venstre*): «It makes no sense. Denmark is in a health crisis – not a crime crisis. The infection rates are high – not the number of crimes. Hand alcohol has not been a scarce resource for months, so the basis on which the law was introduced no longer exist»⁶¹.

⁵⁵ Nick Hækkerup, *Almindelige bemærkninger- Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven*, cit.

⁵⁶ «Forslaget er så vidt jeg ved - for dommerne har ikke set det - fyldt med eksempler. Det er pædagogisk måske meget godt, men en noget uhensigtsmæssig måde at lovgive på. Eksempler kan aldrig dække dagligdagens virkelighed. Med eksempler risikerer man at snævre, hvor det er utilsigtet, og åbner ikke for rimelige undtagelser. Lad mig give et eksempel på det sidste: Hvordan stiller man sig til den sygeplejerske, der fra sin arbejdsplads – hospitalet – tager en flaske håndsprit med hjem for at beskytte sig og familien ? Skal hun for dette arbejdspladstyveri – for det er det – idømmes en fængselsstraf?». Dommerforeningen, *Brev til Justitsministeren i forbindelse med coronarelateret hastelov*, cit.

⁵⁷ A. Hecklen, E. Søndergård Ingvorsen, *Politiet har fået 50 anmeldelser om tyveri af håndsprit og værnemidler: 'Kan give straf som ved knivvold'*, DR, 22 July 2020.

⁵⁸ «Under covid-19-epidemien i Danmark er der desværre set en række eksempler på kriminalitet, som har baggrund i eller sammenhæng med epidemien. Det gælder ikke mindst svigagtig udnyttelse af hjælpepakkerne, hvor myndighederne modtager et stadigt stigende antal anmeldelser. Dette indebærer efter Justitsministeriets opfattelse, at det danske samfund grundlæggende stadig ser ind i et kriminalitetsbillede, som svarer til det, der i foråret 2020 nødvendiggjorde lov nr. 349 af 2. april 2020». Justitsministeren, *Forslag til Lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven- Bemærkninger til lovforslaget*, 13 January 2021,1.

⁵⁹ Justitsministeren, *Forslag til lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven*, cit., 2.1.2.

⁶⁰ «Vi har ikke en kriminalitetskrise, vi har en sundhedskrise, og lad os stå sammen om at løse den», Simon Emil Ammitzbøll-Bille (UFG), *Speech during the second reading of Bill no. 157*, 4 April 2020.

⁶¹ «Det giver ingen mening. Danmark står i en sundhedskrise - ikke en kriminalitetskrise. Smittedallene er høje - ikke antallet af forbrydelser. Håndsprit har ikke været en knap ressource i månedsvi, så grundlaget, loven blev indført på, er der ikke længere» in Ritzau, *Regeringen vil have hårde coronastraffe året ud*, Policy Watch,15 January 2021.

We are then left with the following question: was there really an emergency situation calling for such urgent criminal legislation?

4. Conclusive remarks: placebo or panacea?

After having examined the contents of the most recent amendments to the Danish Criminal Code, it is now possible to formulate final observations of a wider scope. As it was cleverly claimed, the use of criminal law by national legal systems during the pandemic has been shifting between opposite poles: from a pathological (*panpenalistic*) or symbolic expansion of criminal punishment, on one hand, to an approach based on a modulation of the offenses⁶² on the other. One could argue that it is reasonable for any legal system to introduce norms directed at ensuring that lifesaving equipment (such as respirators, hand sanitizer and face masks) is available to the community. Similarly, legislators could be justified in attaching a specific stigma, through the tightening of sanctions, to those who took advantage of the Covid-19 emergency situation. Nevertheless, such decisions can be justified only in situations of actual criminal crisis, especially when the tool used to affect the criminal legal system is a fast-track legislative process. When this factual factor is missing, the result is a maximalist use of criminal law.

Italy, as a matter of fact, bounced from one extreme to the other in a matter of twenty days: from expressly tying violations of the lockdown norms imposed by the Decrees of the President of the Council of Ministers⁶³ to article 650 of the Italian Criminal Code⁶⁴ (failure to comply with an authority's provision), to prescribing, unless the fact constitutes a criminal offence, an administrative fine⁶⁵. In the Danish case, it could be claimed that prescribing a specific aggravating circumstance in relation to corona-crimes is an adequate tool to fulfill both general prevention and retribution as purposes of punishment. Nonetheless, it is possible to conclude that the criminal scenario in Denmark from the beginning of the Covid-19 emergency did not give rise in the first place to the need of fulfilling them. In other words, there was no criminal emergency, hence there was no need for emergency criminal law.

In conclusion, it is possible to formulate the following reflections. *Panpenalismo* is nothing new, it is just changing form. The diffusion of this phenomenon is indeed worldwide, as the pandemic, and the fact that the risk is a common one leaves a very

The representatives of the Red-Green Alliance party (*De Rød-Grønne-Enhedslisten*) and of the Danish Social Liberal Party (*Radikal Venstre*) voted against the adoption of law n. 249/2020 and are against the extension of its validity. See also Kristian Hegaard, *Speech during the first reading of draft Bill no. 110*, 11 December 2020.

⁶² «Il ricorso alla sanzione "punitiva" si mostra, inoltre, oscillante tra una risposta sanzionatoria panpenalistica o simbolico-espressiva e una più equilibrata valorizzazione della scalarità dell'offesa (da noi, questa seconda via è stata imboccata almeno dal d.l. n. 19 del 2020) ». D. Castronuovo, *Il diritto penale "al tempo della peste"*, in *Diritto Virale. Scenari ed interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, p. 70.

⁶³ Decree Law no. 6 of 23 February 2020 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 in G.U. 09/03/2020, n. 61); Decree of the President of the Council of Ministers of 8 March 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* in GU Serie Generale n.59 del 08-03-2020).

⁶⁴ Misdemeanor which can be punished with detention up to 3 months or with a fine up to € 206,00.

⁶⁵ For a more in depth analysis with regards to Italy, see *ex multis*: A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Diritto penale e processo* n. 4/2020, pp. 441-451.

fertile ground for legal comparisons. At the same time, politicians and consequently the media around the globe depict criminal law as the adequate and fast tool to ensure public safety in a criminal emergency: criminal law as the **panacea** for gaining the consensus from the worried citizens. Although there is no real criminal emergency, criminal punishment is portrayed as the way to eradicate the fear of corona crimes – without any attention to the tools provided by existing criminal legal frameworks, which are the result of a democratic process⁶⁶. The result? A **placebo** effect.

Bibliography.

Primary sources

Italy

Decree Law no. 6 of 23 February 2020 ([*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*](#), d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 in G.U. 09/03/2020, n. 61)

Decree of the President of the Council of Ministers of 8 March 2020 ([*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*](#) in GU Serie Generale n. 59 dell'8 marzo 2020).

Decree Law no. 19 of 25 March 2020 ([*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*](#), d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, in GU Serie Generale n. 79 del 25 marzo 2020).

Decree Law n. 33 of 16 May 2020 was adopted ([*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*](#) in GU Serie Generale n. 125 del 16 maggio 2020),

Decree law n. 125 of 7 October 2020 ([*Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuita'*](#)

⁶⁶ «The tendency of criminal lawmakers to obtain social consensus by flattening themselves on media representation is at the origin of the well-known phenomenon of symbolic criminal legislation, i.e. lacking a real rationality of a safeguard purpose [...]. First of all, given the "instantaneousness" of the media representation and its "wave-like" progress, the legislator is always struggling to keep up with the solicitations coming from the media system: numerous legislative initiatives flock, rarely well pondered in their premises, in their development and in their consequences [...]. First of all, given the "instantaneousness" of the media representation and its "wave-like" progress, the legislator is always struggling to keep up with the demands of the media system: many legislative initiatives are crowded, rarely well considered in their premises, their development and their consequences [...]. But beyond that I would like to emphasize another consequence produced by the media system on criminal legislation. We are alluding to the phenomenon [...] of the so-called "photocopy laws": that is those laws that provide for new criminal cases built so to speak in the image and likeness of concrete criminal cases that have had a particular media resonance. These are cases that, far from filling in non-existent legislative gaps, have as their only intent to achieve the immediate conversion of the media representation in normative representation of crime, photographing normatively those particular criminal manifestations to which the media have given greater prominence [*Author's translation*] ». F. Palazzo, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, cit. p. 208

[operativa del sistema di allerta COVID, nonche' per l'attuazione della direttiva \(UE\) 2020/739 del 3 giugno 2020](#) in GU Serie Generale n.248 del 07 ottobre 2020).

Decree Law n.158 of 2 December 2020 ([Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID](#) in GU Serie Generale n. 299 del 2 Dicembre 2020).

Decree Law n. 172 of 18 December 2020 ([Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19](#) in GU Serie Generale n. 313 del 18 dicembre 2020).

Denmark

[Straffeloven](#), lovbekendtgørelse nr. 976 af 17. september 2019, som ændret ved lov nr. 1425 af 17. december 2019, lov nr. 1426 af 17. december 2019 og § 3 i lov nr. 1563 af 27. december 2019.

[Retsplejeloven](#), LBK nr 938 af 10/09/2019 med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 1540 af 18. december 2018, § 2 i lov nr. 1541 af 18. december 2018, lov nr. 1544 af 18. december 2018, § 15 i lov nr. 1711 af 27. december 2018, § 2 i lov nr. 1719 af 27. december 2018, § 2 i lov nr. 329 af 30. marts 2019, lov nr. 370 af 9. april 2019, § 1 i lov nr. 463 af 29. april 2019, lov nr. 485 af 30. april 2019, § 5 i lov nr. 497 af 1. maj 2019 og § 2 i lov nr. 505 af 1. maj 2019.

[Udlændingeloven](#), jf. lovbekendtgørelse nr. 1022 af 2. oktober 2019, som ændret senest ved lov nr. 1591 af 27. december 2019.

[Lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare sygdomme](#) nr. 814 af 27. august 2009, med de ændringer, der følger af § 5 i lov nr. 656 af 8. juni 2016, jf. lovbekendtgørelse nr. 1026 af 1. oktober 2019, som ændret ved bekendtgørelse nr. 156 af 27. februar 2020, bekendtgørelse nr. 157 af 27. februar 2020, lov nr. 208 af 17. mars 2020 og lov nr. 359 af 4. April 2020.

[Lov om ændring af lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare sygdomme](#) nr 208 af 13. mars 2020.

[Lov om ændring af lov om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare](#) nr 359 af 4. april 2020.

Justitsministeren, [Forslag til Lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven-Ophævelse af revisionsbestemmelse](#), nr. 110 af 25. november 2020.

Sundheds- og Ældreministeriet, [Forslag til lov om epidemier m.v. \(epidemiloven\)](#) nr 134 af 22. december 2020.

Justitsministeren, [Forslag til lov om ændring af lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven](#) nr 136 af 13. January 2021. [Lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven \(\(Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19\)](#) nr 349 af 02. april 2020.

Secondary Sources

A. Bernardi, [Il diritto penale alla prova del Covid-19](#), in *Diritto penale e processo* n. 4/2020, pp. 441-451.

A. Hecklen-E. Søndergård Ingvorsen, [Politiet har fået 50 anmeldelser om tyveri af håndsprit og værnemidler: 'Kan give straf som ved knivvold'](#), DR, 22 July 2020.

A. O'Keefe, *Investigating Media Discourse*, Routledge, 2006.

- A. S. Allarp, [Folketinget sviner straffeloven til med dets coronastraffe](#), Information, 8 April 2020.
- A. Simoni, [L'emergenza Covid-19 in Svezia: le basi giuridiche di un approccio pragmatico](#), in DPCE Online, v. 43 n. 2, 2020.
- Advokatsamfundet, [Bemærkninger til forslag til lov om ændring af straffeloven \(Skærpet straf for lovovertrædelser med baggrund i eller sammenhæng med covid-19\)](#), Retsudvalget 2019-20, L 157, bilag 11, 5 June 2020.
- Advokatsamfundet, Institut for Menneskerettigheder, [COVID-19-tiltag i Danmark – retssikkerhedsmæssige og menneskeretlige konsekvenser](#), 5 June 2020.
- D. Cassandro, [Siamo in guerra! Il coronavirus e le sue metafore](#), Internazionale, 22 March 2020.
- D. Castronuovo, [Il diritto penale "al tempo della peste"](#), in *Diritto Virale. Scenari ed interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, pp. 67 ss.
- D. Pulitanò, [Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale](#), in *Sistema Penale*, 28 Aprile 2020.
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) Report, [Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU, Fundamental Rights Implications](#), 20th March 2020.
- Dommerforeningen, [Brev til Justitsministeren i forbindelse med coronarelateret hastelov](#), 26 March 2020.
- Dommerforeningen, [Dommerforeningens bemærkninger til hastelov om coronasmitte](#), Retsudvalget 2019-20, L 157, bilag 3, 28 March 2020.
- F. Palazzo, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Politica del Diritto*, vol. 2, 2009
- F. Palazzo, [Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale \(a proposito di un recente volume\)](#), in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, vol. 3, 2018.
- G. Fiandaca, [Populismo politico e populismo giudiziario](#), in *Criminalia*, 2013, pp. 95 ss.
- Institut for Menneskerettigheder, [Høringssvar vedr. udkast til Forslag til lov om epidemier m.v. \(epidemiloven\)](#), 12 November 2020.
- Institut for Menneskerettigheder, [Høringssvar til ny Epidemilov](#), 15 January 2021.
- J. Pratt, M. Miao, *Risk, populism, and criminal law*, in *New Crim. L. Rev.*, vol. 22(4), 2019, pp. 391 ss.
- J. Pratt, *Penal populism*, London: Routledge, 2007.
- J. Schneider, [Ét smittetilfælde vil kunne tvinge en hel forsamling i isolation: »Jeg vil opfordre til, at man ikke vedtager den her lov«](#), Berlingske, 18 January 2021.
- J. Vestergaard, *Pre-Active Anti-Terrorism Legislation: The Case of Denmark*, in *Scandinavian Stud.*, vol. 60, 2015.
- J. Vestergaard in U. Dahlin, [Jurister om Hækkerups hastelov: Overlad strafudmålingen til domstolene](#), Information, 27 March 2020.
- Justitia-Danmarks uafhængige juridiske tænketank, [Høringssvar til forslag til lov om epidemier m.v. \(epidemiloven\)](#), 15 January 2021.
- K. Cedervall, *Something is forgotten in the State of Denmark: Denmark's Response to the COVID-19 Pandemic*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*. Available at: <https://verfassungsblog.de/something-is-forgotten-in-the-state-of-denmark-denmarks-response-to-the-covid-19-pandemic/>.
- L. Dalsgaard, N. S. Nielsen, *OVERBLIK: Sådan har corona-kriminelle udnyttet krisen i Danmark*, DR, 25 March 2020. Available (in Danish) at:

<https://www.dr.dk/nyheder/indland/overblik-saadan-har-corona-kriminelle-udnyttet-krisen-i-danmark>.

L. Dalsgaard-Nicolas S. Nielsen, *OVERBLIK Sådan har corona-kriminelle udnyttet krisen i Danmark*, DR, 25 March 2020. Available (in Danish) at: <https://www.dr.dk/nyheder/indland/overblik-saadan-har-corona-kriminelle-udnyttet-krisen-i-danmark> (Accessed 14 September 2020).

L. Ferrajoli, *L'illusione della sicurezza-Intervento al Festival del Diritto*, 26 settembre 2018. Available (in Italian) at: <http://www.festivaldeldiritto.it/2008/pdf/interventi/ferrajoli.pdf>.

L. K. Skov, *Minister advarer coronakriminelle: Højere straffe på vej*, TV 2, 25 March 2020.

M. Borre, *Høringssvar viser stribevis af indsigelser mod ny epidemilov: »Der er tale om vidtgående indgreb i den enkelte borgers privatliv og frihed«*, Berlingske, 19 January 2021.

M. Donini, M. Papa (Eds), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007.

M. Mazza, *Alcune osservazioni su diritto costituzionale, fonti primarie e contrasto al Coronavirus nell'esperienza danese*, in *DPCE Online*, [S.I.], v. 43, n. 2, Luglio 2020.

M. Papa, *Decreti e norme vaghe tradotti sui media: la comunicazione che inquinata il diritto*, in *Il Dubbio*, 21 April 2020

M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giuffrè, 2°ed., Torino, 2019.

M. Soested , N. Videbaek Munkholm, *COVID-19 and Labour Law: Denmark*, in *Italian Labour Law e-Journal*, v. 13 n. 1S, 2020.

Nick Hækkerup, *Almindelige bemærkninger- Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og udlændingeloven*, 26 March 2020.

O. Batchelor, A. F. Scheel, *Tvangsvaccination slettet i aftale om ny epidemilov, der giver mere magt til Folketinget*, DR, 18 December 2020.

Ritzau, *Regeringen vil have hårde coronastraffe året ud*, Policy Watch, 15 January 2021.

R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018.

R. Bianchetti, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine qualitativa in tema di legislazione penale compulsiva* in *Archivio Penale* n.1, 2019.

R. Cornelli, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, vol. 4, 2019, 128-142.

R. Matthews, *The myth of punitiveness*, in *Theoretical Criminology*, vol. 9, 2005.

R. F. Isaken, *Skal Danmark forandres på grund af coronavirus?*, Ekstra Bladet, 28 March 2020.

Riflessione

— Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena

Prefazione

*The impulsive components of the conduct. Between imputability, (pre)guilt and punishment**Preface**di Francesco Palazzo*

Testo della Prefazione del volume di Daniele Piva, [Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, \(pre\)colpevolezza e pena](#), Jovene Editore, 2020, pp. XVII–XX.

In questi ultimissimi tempi la letteratura penalistica si sta incrementando di sempre più numerosi contributi, anche monografici, dedicati allo studio delle componenti emotive o impulsive della condotta criminosa: giunge ora, ad arricchire significativamente il panorama, l'ampio e corposo volume di Daniele Piva. Ed a me pare che questa fioritura di studi costituisca un segnale culturale inconfondibile di quell'ampio fenomeno che ho chiamato "sentimentalismo sociale", volendo con ciò alludere al fatto che, in presenza di una crescente insoddisfazione per le capacità esplicative della ragione, si tende ad accentuare la dimensione affettiva ed emotiva dei rapporti interpersonali per decifrarne il senso più autentico e profondo. Il diritto penale risente marcatamente di tale fenomeno culturale soprattutto quando si potenziano le componenti – più o meno consapevolmente – vendicative della pena mettendo in ombra le geometrie razionalistiche del vecchio diritto

penale "liberale". Ma l'indirizzo sentimentalistico, per dirlo così, ha anche una direzione di marcia quasi opposta, perché orientata all'arricchimento e all'approfondimento della conoscenza dell'uomo che delinque con lo scandagliare le aree più difficilmente decifrabili della sua psiche e, conseguentemente, del suo comportamento criminale. E certamente la monografia di Piva reca un contributo positivo in questa nuova ed affascinante direzione degli studi penalistici. Il tema è arduo non solo perché mette a dura prova le capacità di penetrazione nel più riposto senso di concetti quali volontà, libertà, responsabilità, ma anche perché l'irrinunciabile intento "scientifico" della trattazione presuppone conoscenze accurate di discipline che vanno ben oltre il recinto della riflessione penalistica, come è puntualmente dimostrato dalla imponente letteratura maneggiata dall'Autore.

Questo meritorio lavoro di svecchiamento del nostro diritto penale era, ed è (poiché non può dirsi certo esaurito), necessario finanche nelle sue proiezioni ormai non più futuribili ma già attuali verso gli inquietanti lidi delle neuroscienze. Ed invero, nonostante qualche coraggiosa ma necessariamente circoscritta apertura della giurisprudenza, il nostro sistema normativo rimane asfitticamente stretto tra una norma compromissoria e sostanzialmente irrazionale, qual è quella sul vizio parziale di mente, e una norma di ottuso sbarramento, qual è quella sugli stati emotivi e passionali, nella convinzione di riuscire così a tener fuori dal magma della responsabilità penale tutta la complessità – certo spesso indecifrabile – del reale processo motivazionale dell'autore: un tributo pagato sull'altare della finzione di un uomo incondizionatamente "libero" perché astratto. Oggi, tra i frutti positivi di quel "sentimentalismo" di cui dicevo dianzi, c'è la generosa e ormai irrefrenabile spinta a spingere lo sguardo nell'oscurità del processo motivazionale allo scopo di rendere sempre più reale la colpevolezza e, dunque, la giustificazione stessa della pena. Opere che vanno in questa direzione marciano dunque nel senso di un'umanizzazione del diritto penale, di un arricchimento umanistico delle sue categorie centrali anche a costo di correre il rischio di scuotere le rigorose e rigide architetture del passato. Ne è un esempio significativo, fra gli altri, la valorizzazione di un nuovo utile strumento concettuale: la cosiddetta "pre-colpevolezza", quale momento in cui il soggetto possa ancora esercitare una sorta di controllo preventivo sul successivo svilupparsi o scatenarsi degli impulsi. Dunque, la valorizzazione delle componenti impulsive, così accuratamente operata da Daniele Piva, non porta necessariamente ad una sorta di generalizzato "buonismo" nei confronti del criminale impulsivo, ma ottiene invece una doverosa – perché imposta dall'art. 27 Cost. – personalizzazione della colpevolezza.

L'ampiezza dell'articolazione tematica ed argomentativa del libro è tale per cui è impossibile qui darne conto riassuntivamente, e del resto ciò sarebbe inutile oltre che inappropriato. Però, mi parrebbe necessario sottolineare alcuni punti di approdo della ricerca condotta in questo impegnativo volume. Come già detto, la valorizzazione delle componenti impulsive della condotta non significa aprire una pericolosa breccia nella colpevolezza (che, tra parentesi, viene qui autonomizzata dall'imputabilità e con ciò incarnata in una sua più ricca e propria consistenza motivazionale), poiché occorrerà pur sempre distinguere tra impulsi "normali" e "contenibili" da un lato e, dall'altro, impulsi "irresistibili": e solo questi ultimi sono idonei a giustificare ricadute di esclusione o attenuazione della colpevolezza/responsabilità. Ora, nell'affrontare questa delicata opera di separazione e distinzione della qualità condizionante degli impulsi, Piva è del tutto consapevole della necessità di non perdere il contatto col mondo dei valori, dei giudizi normativi per non correre il rischio di annegare in quello dei fatti, immergendosi totalmente

nello psichismo del processo motivazionale per cercarne una (impossibile forse) ricostruzione che, "spiegando" psicologicamente senza vuoti la decisione criminosa, conduca ad un determinismo fuori del tempo. Muovendo da questa premessa, l'attenzione si concentra dunque sugli impulsi irresistibili, preoccupandosi di fornire una serie di preziose indicazioni operative per l'accertamento – in qualche modo indiziario ma non certo arbitrario – della loro esistenza e della loro natura "normalmente" invincibile. È, infatti, elencata tutta una serie di indicatori degli impulsi irresistibili che un domani potrebbero costituire l'oggetto di ipotetiche linee guida sul modello delle codificazioni americane, nel presupposto che il legislatore si decida un giorno a inserire nel sistema norme espresse di riconoscimento di queste cause di attenuazione o esclusione della colpevolezza e ad espungere, nel contempo, il divieto di perizia psicologica. Ma questi indicatori potrebbero forse essere abbastanza agevolmente maneggiati fin d'ora dal giudice volenteroso (attraverso l'onnicomprensivo art. 133 c.p.) sol che ci si decida a dare carne e sangue alla colpevolezza, abbandonando la strada che sempre più sembra portarci verso paradigmi e prassi di giustizia sommaria.

Nel complesso, un libro certo di frontiera ma saldamente radicato nel terreno di un diritto penale che prenda le cose sul serio: soprattutto l'uomo che infrange la legge.

Riflessione

— Relazioni pericolose nel “terzo spazio”

The dangerous liaisons in the “third space”*di Vincenzo Scalia*

Abstract. L'irrompere della cibernetica nelle interazioni sociali ha fatto sì che si creasse il cosiddetto “terzo spazio”, ovvero il network relazionale all'interno del web. In questo contesto, oltre all'opportunità di nuove forme di relazione, si sovrappone l'occasione di nuove forme di criminalità e di controllo sociale, che mettono a rischio lo spazio per l'esercizio delle libertà civili. Questa riflessione si prefigge di analizzare queste contraddizioni tra nuove opportunità interattive da un lato e controllo dall'altro.

Abstract. As cybernetics break into social relation, the so-called “third space” is created. The opportunities for new forms of relation, within this domains, overlaps with new forms of crime and social control. Both of the latter are a threat to civil liberties. This work aims to both describe and discuss these contradictions between new interactive opportunities and social control.

SOMMARIO: 1. Definire il “terzo spazio” e le sue ambiguità. – 1.1. Cybercrime o bazaar? – 1.2. Pattugliare il web: cybercrimes di Stato? – 2. La sorveglianza relazionale: dalle piattaforme all'autocontrollo.

SUMMARY: 1. Defining the “third space” and its ambiguities. – 1.1. Cybercrime or bazaar? – 1.2. Patrolling the web: State cybercrimes? – 2. Relational surveillance: from the platforms to self-control.

1. Definire il “terzo spazio”.

A partire dagli anni Ottanta, l’affermazione prorompente della rete telematica ha modificato i rapporti sociali, tanto che alcuni studiosi hanno iniziato a considerare l’esistenza di un «terzo spazio»¹. Come l’ambiente naturale e sociale, la rete si connota come un contesto regolato da norme peculiari, attraversato da dinamiche specifiche, caratterizzato da conflitti peculiari, che sfociano nella produzione di rappresentazioni e identità del tutto inaspettate.

Se dovessimo volgere il nostro sguardo in direzione della criminalità, potremmo scorgere anche il lato oscuro del “terzo spazio”. La rete infatti apre anche a nuove opportunità per la commissione di reati. Infatti, alle truffe online, come quelle della clonazione delle carte di credito e della violazione dei conti bancari, si sovrappongono la pedopornografia e il cosiddetto «cyberterrorismo». Inoltre, è grazie all’utilizzo del *Deep Web* che si creano le catene di comunicazione tra i pedofili ed è sempre grazie a questa sorte di rete parallela che le organizzazioni criminali, quale l’ISIS, riescono a reclutare e ad addestrare i propri membri eludendo ogni controllo superficiale.

In altre parole, l’utilizzo di internet, da un lato, aumenta e modifica le possibilità relazionali: si pensi all’obsolescenza delle cabine telefoniche e alla perdita di importanza della telefonia fissa di fronte all’irrompere delle *chat lines* e dei *social network* utilizzabili in tempo reale. Dall’altro lato, l’utilizzo della rete comporta anche che la fluidità, la volatilità delle relazioni virtuali, l’anonimità e l’impersonalità dello schermo, l’impossibilità di verificare l’identità dei nostri interlocutori al di là del video, sortiscano altresì l’effetto di generare nuovo panico morale.

Howard Becker e Stanley Cohen, tra criminologi contemporanei più importanti², sottolineano il ruolo dei nuovi imprenditori morali pronti ad agitare lo spauracchio di inedite minacce, da esorcizzare con l’implementazione di misure speciali, che finiscono il più delle volte per essere lesive nei confronti delle libertà civili. Le ricadute di questa deriva che potremmo definire “cyber-securitaria” finiscono per farsi sentire anche sul piano politico.

Il “terzo spazio” si struttura sin dall’inizio come un’arena pubblica, a cui hanno accesso una pluralità di attori individuali e collettivi. Al suo interno si producono due tipologie di lotte politiche. La prima è quella relativa all’utilizzo di internet per creare e diffondere pratiche politiche alternative. Non è casuale che molti dei movimenti recenti, come *Occupy Wall Street* e le primavere arabe³, trovino nella rete un *habitat* fertile per diffondersi. L’utilizzo della rete ha permesso di aggirare la censura e la repressione esistenti nei paesi arabi facendo uso dei *social network*. Nel caso di *Occupy*, un uso

¹ D. Geer (a cura di), *Cybercrime. Digital Cops in a Network Environment*, New York University Press, 2015.

² H. Becker, *Outsiders*, Free Press, 1963; S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panic*, Routledge, 1974.

³ *Occupy Wall Street* fu un movimento che si sviluppò nella primavera del 2011 negli USA per protestare contro le crescenti disuguaglianze create dallo strapotere del capitale finanziario. Si veda in proposito D. Harvey, *Città Ribelli. I Movimenti Urbani dalla Comune di Parigi a Occupy Wall Street*, Il Saggiatore, 2011. La cosiddetta “Primavera araba” fu un susseguirsi di proteste che ebbero luogo in Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, Siria nella primavera del 2011 contro i governi di questi paesi. Si veda in proposito D. Quirico, *Primavere Arabe. Le Rivoluzioni dall’Altra Parte del Mare*, Bollati Boringhieri, 2014.

analogo a quello arabo è servito per convocare le assemblee e le manifestazioni, oltre che per diffondere documenti politici, rivendicazioni e *slogan*.

La seconda tipologia di lotta politica riguarda la resistenza e l'insubordinazione nei confronti di un potere che si manifesta anche sotto forme cibernetiche. A questa tipologia vanno iscritti molti gruppi *hacker* o mediattivisti⁴, o i casi di Julian Assange ed Edward Snowden.

Il primo è il giornalista australiano fondatore di *Wikileaks*, un gruppo di giornalisti che si avvale degli *hackers* per recuperare materiali dei servizi di sicurezza delle principali potenze. Le attività di *Wikileaks* sono state giudicate una minaccia per la sicurezza dei paesi occidentali⁵, tanto che Assange, dopo essersi rifugiato per 7 anni presso l'ambasciata ecuadoriana a Londra, è stato arrestato nell'aprile 2019 e attende il processo di estradizione negli USA, dove rischia centinaia di anni di carcere.

Il secondo, ex-ingegnere elettronico di una ditta affidataria della [National Security Agency \(NSA\)](#), l'agenzia statunitense per la sicurezza interna, dopo avere svelato al *Guardian* la capillare rete di controllo dispiegata sui cittadini dei principali paesi di lingua inglese, è stato costretto a rifugiarsi a Mosca, dove gli è stata concessa la cittadinanza russa⁶.

Si crea dunque un'ulteriore prospettiva sulla sicurezza in rete, dove le strategie di controllo e il panico morale si intrecciano direttamente con la prevenzione e la repressione della nascita di discorsi e pratiche alternative, sfociando in un vero e proprio securitarismo cibernetico.

1.1. Cybercrime e bazaar.

Quanto è reale la minaccia del *cybercrime*? Come si distingue dagli altri tipi di criminalità? Come si articola la dialettica tra libertà e sicurezza? I criminologi conservatori, come Peter Gottschalk, rispondono tracciando l'*identikit* del cybercriminale: si tratterebbe di un individuo dotato di abilità specifiche, geloso della propria identità illegale, che utilizza la rete per i propri scopi illeciti, e agisce all'interno di reti criminali: ne consegue la necessità di controllare e limitare l'uso della rete, attraverso la creazione di una cyberpolizia che si avvalga della tecnologia più sofisticata⁷.

A questa interpretazione si contrappone quella proposta da James Treadwell, Goldsmith e Brewers. Questi autori si preoccupano di criticare l'impostazione che ritiene la rete un luogo di costanti pericoli e minacce, mettendone in rilievo i limiti.

⁴ K. Steinmetz, *Hackers*, New York University Press, 2017.

⁵ V., in proposito, A. Blake, *CIA 'working to take down' WikiLeaks threat, agency chief says*, in *The Washington Times*, 20 ottobre 2017.

⁶ G. de Lagasnerie, *L'Arte della Rivolta. Snowden, Assange, Manning*, Stampa Alternativa, 2016.

⁷ P. Gottschalk, *Policing Cybercrime*, Bookboon, 2010.

Il primo⁸ sottolinea come la rete costituisca un vero e proprio *bazaar*: è possibile trovarvi gli attori più svariati, che operano in ambiti diversi. Internet, sostiene infatti Treadwell, si connota proprio per la sua fluidità: non soltanto è possibile adottare identità multiple, ma allo stesso tempo è possibile operare contemporaneamente nell'ambito di domini legali e illegali, approfittando della protezione fornita dell'anonimato.

La fluidità delle relazioni e delle interazioni vale anche per le attività illegali. I reati commessi su internet, come quelli che si verificano nello spazio reale, si connotano per essere per la maggior parte reati di lieve entità. I perpetratori, come mostra uno studio su alcuni operai dell'East End di Londra⁹, non sono criminali abituali, né posseggono sofisticate abilità. Pianificano e commettono frodi di piccolo calibro quando si trovano in difficoltà economiche e in maniera intermittente, oltre che singolarmente.

La fluidità e l'occasionalità, ad un'accurata riflessione, non riguardano soltanto i cosiddetti *street crimes*, seppure trasposti in un'arena virtuale. Da molte parti, ad esempio, trapela l'allarme in relazione a nuovi tipi di reato commessi attraverso l'uso della rete e delle tecnologie, e che spesso risultano lesivi per la dignità delle donne o per la stabilità psicofisica dei minori. Ci riferiamo al *revenge porn* o al *cyberbullying*¹⁰. È recente, per esempio, il caso della maestra d'asilo torinese¹¹ licenziata in seguito a sue foto *sexy* e a un suo video pornografico diffusi dall'ex-fidanzato tra gli amici, che poi hanno mostrato questi materiali alle loro *partner*, una delle quali ha identificato l'insegnante e ha portato il materiale alla Preside.

Se da un lato ci troviamo in presenza di un vero e proprio *network* relazionale che si estende dagli amici dell'ex-fidanzato al corpo insegnante della scuola, dall'altro lato non si può certo affermare di trovarsi in presenza di una rete criminale. Addirittura, i soggetti coinvolti della vicenda mostrano di non avere contezza della gravità dei loro comportamenti, pensando di muoversi tra l'attività ludica e la richiesta di licenziamento da parte dei genitori degli studenti nei confronti di una giovane donna rea di vivere, al di fuori della propria sfera professionale, la propria sessualità in modo libero.

Il comportamento della Preside e dei genitori degli studenti coinvolti nella vicenda è cioè indicativo di un mancato riconoscimento dell'altrui diritto alla *privacy* e alle libertà individuali, probabilmente veicolata dalle forme di giustizialismo mediatico che vengono regolarmente elargite al pubblico attraverso trasmissioni televisive di largo consumo.

⁸ J. Treadwell, *From the car boot to booting it up? eBay, online counterfeit crime and the transformation of the criminal marketplace*, in *Criminology & Criminal Justice*, 12, 2, 2012, pp. 175-194.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Il *cyberbullying* consiste nella commissione di abusi nei confronti di un'altra persona all'interno dello spazio cibernetico. Gli insulti, le minacce, la diffamazione commesse in rete rappresentano i principali atti di *cyberbullying*. Il *revenge porn* è la diffusione di materiale erotico, quali foto o video, precedentemente fornito dalla vittima in modalità private e senza il consenso di quest'ultima.

¹¹ Per ragguagli si veda S. Lorenzetti, *La maestra d'asilo licenziata per un video hard: «Tradita dal mio ex: mi fidavo»*, in *Il Corriere della Sera*, 18 novembre 2018.

Goldsmith e Brewers si muovono sullo stesso solco di Treadwell, parlando dell'esistenza di una vera e propria «deriva digitale»¹². I fruitori della Rete, secondo loro, perseguono una molteplicità di comportamenti, che attuano in modo non strutturato, e seguono finalità spesso strumentali. Ne consegue che i legami formatisi all'interno del web denotano un certo livello di caducità, in seguito alla quale diviene difficile teorizzare o dimostrare l'esistenza di *network* criminali.

Questo discorso vale anche nel caso di terrorismo e pedo-pornografia. In questi casi, spiegano gli autori, spesso ci troviamo di fronte o a individui isolati o a reti che hanno una durata temporale limitata, non sempre composte dalle stesse persone. Ad esempio, i cosiddetti VPN (*Virtual Private Network*), utilizzati dai pedo-pornografi, rischierebbero di attirare troppo l'attenzione, qualora la loro esistenza si prolungasse nel tempo. Per questa ragione, la loro durata è limitata nel tempo. In seguito si formano altri *network*, con altre modalità, e altri membri.

Queste due interpretazioni del *cybercrime*, per quanto importanti, tralasciano però due aspetti della criminalità informatica tanto cruciali quanto speculari al dibattito sulla criminalità che attraversa la sfera pubblica non virtuale:

1. Quanta sicurezza bisogna garantire ai fruitori della rete?
2. Chi deve garantirla?

Il tema non è affatto secondario, se si pensa quanto i discorsi sulla sicurezza, intesa come incolumità psicofisica protetta attraverso la mediazione degli apparati preventivi e repressivi, abbia egemonizzato l'agenda politica a partire dagli anni Novanta¹³.

In particolare, per quanto riguarda la seconda delle domande proposte, la risposta si pone nel solco di una tendenza al progressivo ampliamento degli apparati di controllo e di repressione, tendenza che, nel tempo, ha finito per prevalere sulle ragioni di tutela delle garanzie individuali.

Infatti, sotto questo profilo, lo Stato, in quanto attore principe della prevenzione e della repressione della devianza e della criminalità, finisce per rientrare in gioco, mettendo sul piatto le tematiche relative al controllo sociale e al rapporto tra libertà e sicurezza. Da questi aspetti scaturiscono implicazioni direttamente politiche: come nel secondo spazio, ovvero lo spazio sociale¹⁴, il discorso «securitario» ha catalizzato la repressione del dissenso, così, nel «terzo spazio», la minaccia cybercriminale può trasformarsi in un corpo contundente da brandire verso tipologie sempre più ampie di comportamenti non conformi al circuito intrattenimento-produzione-consumo. All'interno di questa dinamica, finiscono per essere penalizzati sempre sia gli individui che i gruppi sociali marginali o non-conformisti.

¹² A. Goldsmith, R. Brewer, *Digital drift and the criminal interaction order*, in *Theoretical Criminology, Theoretical Criminology*, 19, 1. 2015, pp. 112-128.

¹³ M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, FrancoAngeli, 2002.

¹⁴ Così definito da D. Geer (a cura di), *Cybercrime. Digital Cops*, cit.

Attivisti politici, minoranze etniche, gruppi di volta in volta individuati come “a rischio”, rischiano di finire per rappresentare le nuove minacce contro le quali progettare e implementare misure repressive.

La regolamentazione statale della rete presenterebbe un problema qualitativamente rilevante, che Daniel Geer mette in relazione con la cosiddetta «fisica digitale»¹⁵. A differenza dello spazio materiale, il “terzo spazio” si caratterizza per la sua fluidità, volatilità ed imprevedibilità, nonché per l’anonimato legato alla tutela della *privacy*. Queste caratteristiche si incrociano con la tutela delle libertà civili e del libero mercato. Da questa sovrapposizione consegue la riottosità da parte degli individui e degli attori economici a fornire informazioni vitali per la loro esistenza e i loro interessi agli attori del controllo sociale, il che renderebbe problematico implementare ogni tipo di misure di sicurezza in rete.

In realtà, secondo quanto afferma Lee Tien¹⁶, la lettura della rete come flusso libero e incontrollato di relazioni e informazioni si rivela, ad uno sguardo più accurato, limitata, nella misura in cui la rete funziona secondo il principio della regolamentazione architettonica. Come una casa orienta e determina i nostri movimenti secondo la sua conformazione, così la rete orienta i nostri percorsi digitali, creando le condizioni per un controllo *ex ante*, vale a dire imperniato sulla pre-determinazione della navigazione telematica. A differenza dell’ambiente fisico-sociale, dove le sanzioni vengono comminate *ex post*, il computer limita e dirige fin dall’inizio la nostra deriva nello spazio digitale.

Di conseguenza, volendo realizzare una riflessione più accurata, le possibilità che si formi e si radichi una cybercriminalità organizzata sono residue. Laddove nel secondo spazio le organizzazioni criminali riescono a fare leva sul controllo del territorio e sul loro potenziale militare, all’interno della rete debbono muoversi all’interno di spazi pre-determinati, con la possibilità da parte dei diversi attori di dotarsi di strumenti preventivi che ne annullano il potenziale militare. La regolazione architettonica, dunque, finisce per aumentare le possibilità di controllo da parte dello Stato, ma sotto nuove forme.

1.2. Pattugliare il web: cybercrimes di Stato?

Infatti, è proprio all’interno di questa cornice pre-regolamentata che si crea lo spazio per una nuova forma di sorveglianza: orizzontale, impercettibile, pervasiva; in altre parole, come la definisce lo studioso canadese David Lyon¹⁷, «relazionale», che analizzeremo più in dettaglio nel prossimo paragrafo.

I social *network* all’interno dei quali interagiamo, le persone con cui chattiamo, i siti che visitiamo, vengono costantemente monitorati da sistemi digitali di controllo, che si avvalgono di una domanda di sicurezza a più ampio raggio per monitorare sia gli attori che le comunicazioni “a rischio”. È questo il caso del progetto *Carnivore*, un programma di

¹⁵ D. Geer (a cura di), *Cybercrime. Digital Cops*, cit., p. 72.

¹⁶ L. Tien, *Architectural Regulation and the evolution of the social norms*, in D. Geer (a cura di), *Cybercrime. Digital Cops*, cit., pp. 37-58.

¹⁷ D. Lyon, *Theorizing Surveillance: The Panopticon and Beyond*, Willan, 2006.

sorveglianza predisposto dall'FBI e approvato dal Congresso Usa all'indomani dell'11 settembre¹⁸.

Le forze dell'ordine sono autorizzate a tenere sotto controllo, in seguito all'approvazione da parte della procura distrettuale, e per periodi di tempo limitati, quegli individui e quelle porzioni della rete sospettate di terrorismo. L'autorizzazione a proseguire con la sorveglianza può essere concessa qualora dalle indagini emergano degli indizi che inducano a ritenere fondati i sospetti, quindi a richiedere necessari ulteriori supplementi di indagine. Il progetto *Carnivore* nel corso degli anni è stato duramente contestato dalle organizzazioni attive nella difesa dei diritti civili, come la [American Civil Liberties Union \(ACLU\)](#), non soltanto perché la sua attuazione si traduce in una violazione della *privacy* e della libertà di espressione, ma anche perché l'attenzione degli inquirenti si rivolge soprattutto verso i cittadini americani di origine araba o di religione musulmana, favorendo la criminalizzazione a priori di interi strati della popolazione.

A fianco del progetto *Carnivore*, come ha svelato l'ingegnere elettronico americano Edward Snowden al *Guardian* nel 2013¹⁹, esistono altri programmi di controllo della rete, elaborati ed implementati dalla [NSA](#), che si connotano per essere molto più sofisticati e articolati. L'agenzia di sicurezza interna, infatti, rappresenta l'attore principale della sorveglianza relazionale, in quanto i suoi programmi di controllo non riguardano solo i presunti terroristi musulmani, bensì l'intera popolazione statunitense.

Il lavoro di sorveglianza che si svolge all'interno della rete si prefigge, dunque, di monitorare ogni forma di comunicazione, relazione e pratiche che vanno in senso contrario alla regolamentazione architettonica, quindi di monitorare le attività di gruppi non conformisti e reti alternative.

In questo contesto, figure del calibro di Snowden e Julian Assange, da un anno e mezzo detenuto in condizioni disumane nella prigione londinese di Belmarsh e a rischio di estradizione negli USA²⁰, risultano pericolose. Non soltanto, infatti, con la loro attività disvelano le filiere che sottostanno agli intrecci di potere correnti, ma dimostrano altresì la possibilità di ribaltare il flusso securitario attraverso un utilizzo della rete che si muove in direzione contraria a quello convenzionale, che vuole creare un utente docile, controllabile e addomesticabile.

Nello spazio materiale il panico morale attorno ad alcuni reati di piccola entità fornisce la sponda a coloro che mirano all'attuazione di misure repressive che passano attraverso la criminalizzazione di settori specifici della società. Nella rete, allo stesso modo, l'allarme sociale che si costruisce attorno ai *cybercrimes*, amplificato dalla paura del terrorismo, finisce per divenire il cavallo di Troia per l'implementazione di misure repressive e per la messa in atto di nuove forme di controllo sociale, nonché per la repressione di nuove forme del dissenso.

¹⁸ H. Ventura, J. Mitchell, H. Deflem, *Governmentality and the War on Terror: FBI Project Carnivore and the Diffusion of Disciplinary Power*, in *Critical Criminology Journal*, 13, 2005, pp. 55-69.

¹⁹ [Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations](#), in *The Guardian*, 9 giugno 2013.

²⁰ [Julian Assange 'has chronic lung condition'](#), in *BBC News*, 29 novembre 2012.

Dall'altro lato, è la stessa fluidità della rete a permettere la produzione e la diffusione di saperi e pratiche dissenzienti, sia attraverso azioni individuali, come quelle di Snowden, sia attraverso la creazione di esperienze più strutturate, come *Wikileaks*. Sembra che ci troviamo di fronte alla formazione di un contro-potere telematico. In realtà, le contraddizioni della rete, come vedremo nel paragrafo successivo, fanno sì che si aprano nuovi spazi e nuove tipologie di sorveglianza.

2. Sorveglianza relazionale. Tra piattaforme ed auto-controllo.

La sorveglianza si connota per essere una delle attività cardinali del controllo sociale, ovvero di tutte quelle pratiche che ogni società implementa con lo scopo di convogliare i comportamenti dei suoi componenti verso aspettative, stili di vita e valori condivisi, secondo una tendenza ordinata, regolare e prevedibile. Osservare il comportamento degli individui, ci insegna Foucault²¹, favorisce l'accumulazione di saperi da utilizzare per produrre nuovi dispositivi di potere.

Lo sviluppo e la diffusione di internet hanno permesso alle pratiche e ai saperi della sorveglianza di compiere un salto qualitativo in avanti. Alla sorveglianza verticale, esercitata a livello informale dalle agenzie di controllo sociale come famiglia, scuola, gruppo dei pari, classe, confessione religiosa, e a livello formale dagli apparati statuali, si è sovrapposta la sorveglianza orizzontale, quella che David Lyon definisce come di "tipo relazionale"²², che utilizza le interazioni di ognuno all'interno della rete.

La sorveglianza relazionale si caratterizza per i suoi connotati di sorveglianza leggera, dal momento che non si avvale dell'utilizzo di mezzi di coercizione fisica. È invisibile, in quanto non è identificabile, come quella della polizia, attraverso segni come le divise, il presidio del territorio o il possesso di armi. Inoltre, si tratta di una sorveglianza di tipo partecipato: se nel contesto della sorveglianza verticale gli individui sopportano il controllo loro malgrado, nell'ambito della sorveglianza orizzontale di tipo relazionale siamo noi stessi partecipi e produttori delle strategie e delle pratiche di controllo²³.

Le rivelazioni di Edward Snowden, ex funzionario della NSA, in seguito ingegnere informatico della *Booz Allen Hamilton*, contractor del governo di Washington, che nel 2013 diffuse i segreti dell'apparato di sorveglianza della *National Security Agency*, hanno rappresentato uno spartiacque. L'ex funzionario americano, oggi rifugiato in Russia, ha spiegato il mutamento qualitativo registrato dalle pratiche di sorveglianza. In passato si dava la priorità alle pratiche di prevenzione e di repressione esterne, che vedevano contrapposti i cittadini da un lato e gli apparati statali dall'altro. Adesso il punto focale del controllo si è spostato nella rete, con miliardi di individui, attivisti, organizzazioni e attori governativi risucchiati in una pratica che diventa sempre più invasiva e minacciosa nei confronti delle libertà civili.

²¹ M. Foucault, *Difendere la Società*, Ponte alle Grazie, 1996.

²² D. Lyon, *Theorizing Surveillance*, cit.

²³ D. Lyon, *Surveillance after Snowden*, Polity Press, 2015; *Id.*, *The Culture of Surveillance*, Polity Press, 2018.

Man mano che la matassa si dipana, si delinea l'esistenza di un sistema sempre più articolato e insidioso che coinvolge una pluralità di attori e che si espande fin negli interstizi più reconditi dell'individualità. Gli attori della sorveglianza si connotano per non essere un soggetto singolo, bensì una rete ibrida, all'interno della quale i confini tra pubblico e privato si fanno sempre più sfumati. Se da un lato NSA, CIA ed FBI rappresentano il punto nodale della sorveglianza relazionale, dall'altra parte non la portano a compimento in maniera diretta. Lo Stato, primo polo della sorveglianza relazionale, ne subappalta la messa in atto.

In un contesto socio-economico caratterizzato dal culmine del capitalismo postfordista, a fornire i *software* necessari, a elaborare le strategie sono le ditte subappaltanti. Lo dimostra il caso dello stesso Snowden, che era un tecnico della *Booz Allen Hamilton*. I *contractors* rappresentano quindi il secondo polo della sorveglianza relazionale.

La terza polarità della rete del controllo è rappresentata dalle *corporations*: non soltanto quelle che operano all'interno del mercato informatico, ma anche ditte come *Amazon*.

Le imprese private hanno istaurato col governo statunitense un rapporto di mutualità, in seguito al quale la loro disponibilità a fornire dati relativi ai loro clienti le mette nelle condizioni di acquisire importanti fette di mercato. Questo discorso vale per le banche, ma, soprattutto, per i *social network*. *Facebook* e *Twitter*, fin dalla loro nascita, sono sorvegliati con il loro consenso dal programma *Prism*²⁴.

Questo aspetto rappresenta un passaggio fondamentale per entrare all'interno del secondo punto qualitativamente rilevante della sorveglianza relazionale. Si tratta della partecipazione attiva di tutti gli utenti del *web* alla sorveglianza. Aprirsi un *account* su *Facebook*, prenotare un volo, effettuare un pagamento online, twittare, rappresentano attività tutt'altro che neutrali, in quanto vengono immediatamente sottoposte a monitoraggio da parte degli apparati di sorveglianza.

Attraverso l'utilizzo dei *software* prodotti dalle principali ditte informatiche e dalle loro *sub*-appaltanti, come *Upstream*²⁵, che controlla i flussi cablati di informazioni, *XKeyscore*²⁶, che funge da *database*, e *Dishfire*²⁷, che intercetta gli sms di 200 milioni di cittadini, è possibile per le agenzie governative statunitensi appropriarsi dei metadati di milioni di persone, vale a dire di informazioni sensibili a largo raggio, che spaziano dal numero di conto in banca al luogo di residenza.

I dati acquisiti vengono poi condivisi con le agenzie governative (ovvero i servizi di sicurezza) dei paesi con cui gli USA hanno stipulato accordi di cooperazione in questo campo, come la britannica [Government Communications Headquarters \(GCHQ\)](#), la canadese [Canadian Securities Exchange \(CSE\)](#), l'australiana [Australian Signals Directorate](#)

²⁴ È il programma di sorveglianza utilizzato da agenzie di sicurezza statunitensi e britanniche, come la NSA e l'MI5 (sul tema, cfr. B. Gellman, L. Poitras, *U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program*, in *The Washington Post*, 7 giugno 2013).

²⁵ Per ulteriori informazioni, si veda [questo articolo](#).

²⁶ Si veda, in proposito, quanto spiegato da Edward Snowden nell'intervista pubblicata [a questo link](#).

²⁷ Ulteriori informazioni sono disponibili [a questo indirizzo](#).

(ASD). La condivisione dei dati costituisce un passaggio cruciale del processo di sorveglianza, in quanto trasforma i metadati in *Big Data*, vista la mole delle informazioni accumulata. Dall'accumulo, si effettua poi il passaggio successivo della scrematura dei dati ottenuti, con lo scopo principale, dall'11 settembre in poi, di prevenire azioni terroristiche.

Ci troviamo così di fronte al livello preventivo della sorveglianza relazionale, che si articola in tre fasi distinte. La prima è quella dell'automazione, ovvero lo stadio durante il quale, attraverso l'uso di algoritmi e di altri apparati informatici, si creano i profili dei potenziali sovversivi, terroristi e oppositori, scandagliando meticolosamente la rete col fine di delineare l'*identikit* del terrorista medio: in questa fase, tutti gli oppositori delle politiche governative, dai *no-global* agli anti-abortisti, dai fondamentalisti musulmani ai gruppi femministi, vengono scandagliati. Nel caso del governo britannico, la legislazione *Prevent*²⁸, varata dall'esecutivo di David Cameron nel 2011, allarga le maglie della sorveglianza, nella misura in cui vengono catalogati dalla legge come estremisti tutti gli individui e i gruppi che si oppongono alla politica promossa dal governo in carica. Questo passaggio prepara la seconda fase, vale a dire quella dell'anticipo.

Approdiamo finalmente al secondo passaggio, ovvero l'aspetto qualitativamente più rilevante del nuovo tipo di sorveglianza.

Se prima le indagini venivano effettuate basandosi sui precedenti penali degli individui e dei gruppi da sorvegliare, adesso si lavora sulle potenzialità delle minacce, praticando una sorveglianza ossessiva e invadente nei confronti dei soggetti interessati. Tuttavia, prima di adottare misure di contrasto, si tenta una strategia di adattamento, cioè si filtrano le informazioni per stabilire le aree di intervento e i soggetti da monitorare. Come la criminologia attuariale, che ha importato il modello delle assicurazioni nelle strategie preventive, lavorando sulle aree «a rischio»²⁹, così l'*intelligence* opera una sorveglianza meticolosa e pervasiva su tutto il bacino dei potenziali sovversivi.

L'esito è quello della violazione delle libertà fondamentali, che porta a etichettare come potenziale minaccia tutti coloro che non si allineano al nuovo ordine mondiale, senza fare distinzioni, e finendo per produrre e diffondere panico morale.

Soprattutto, però, la sorveglianza relazionale, per quanto protetta dalla cornice legale del *Foreign Intelligence Surveillance Act*³⁰, che autorizza la sorveglianza senza il permesso della Corte, in particolare nella sezione 1802, produce nuovi errori giudiziari. Lo testimoniano le centinaia di casi che³¹, dal 2001, hanno riguardato cittadini americani e

²⁸ V. *Prevent duty guidance for England, Scotland and Wales*, 12 marzo 2015.

²⁹ Branca della criminologia contemporanea, incentrata sulla riduzione del rischio di criminalità a partire dall'analisi delle probabilità che specifiche tipologie di individui o gruppi, sulla base di fattori come precedenti penali, fattori genetici, caratteristiche socio-culturali, condizioni economiche, siano coinvolti nella commissione di atti criminali. Si veda in proposito D. Robert, *Actuarial Justice*, In M. Bosworth (a cura di), *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, vol. I, Sage, 2005, pp. 201-227.

³⁰ Cfr. il titolo 50 del Codice delle leggi federali degli Stati Uniti d'America, cap. 36, sub-cap. I, "*Electronic surveillance*".

³¹ A. Worthington, *The Guantanamo Files*, Polity Press, 2007.

stranieri la cui unica colpa era quella di essere musulmani, che ha comportato lunghe detenzioni illecite in luoghi come Guantanamo.

Tuttavia, se si analizza l'aspetto partecipato della sorveglianza relazionale, è possibile scorgervi un aspetto che spiazza le interpretazioni tradizionali del controllo sociale. Non ci troviamo, infatti, in un contesto orwelliano, dal momento che, se la sorveglianza relazionale è possibile, lo è perché si basa su di una cultura della sorveglianza profondamente radicata. Non soltanto in riferimento al panico morale, ma, soprattutto, relativamente alle modalità con cui navighiamo sul *web*.

Innanzitutto, la disponibilità da parte degli utenti a fornire i propri metadati senza utilizzare troppe precauzioni li porta a favorire ogni sorta di controllo, anche in seguito alla convinzione ingenua di essere naturalmente protetti da truffe e da invasioni del proprio cyberspazio.

Inoltre, i sorvegliati sono loro stessi dei sorveglianti: quando si crea un *blog* o una pagina *web*, quando si agisce da *stakeholder* filtrando i commenti e i *post* sulla propria pagina di *Facebook*, quando si vanno a leggere i profili delle persone nei *social networks*, si svolge attività di sorveglianza. E non si tratta sempre di esercitare contro-sorveglianza, che pure, in una certa misura, è utile, come nel caso di *Wikileaks*. La via d'uscita, in questo contesto, probabilmente consiste nel prendere sul serio la sorveglianza relazionale. In altre parole, bisogna creare una sorta di auto-disciplina, che educi gli utenti della rete ad usare il *web* criticamente. L'ambiguità della rete è un dato di fatto.

L'approccio binario del "vota chi vuoi eliminare" e del "sì o no", utilizzato dai *reality show* e riprodotto da piattaforme politiche come la piattaforma Rousseau, dietro la partecipazione diretta cela l'intento di catturare, elaborare e orientare la volontà individuale e collettiva. In periodi di populismo imperante, vero e presunto, è un rischio che, rispetto alle libertà civili, alla presunzione di innocenza, e alle criminalizzazioni individuali e di massa, non ci si può permettere di correre. Per questo l'auto-disciplina è importante.

Bibliografia.

- H. Becker, *Outsiders*, Free Press, 1963.
S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panic*, Routledge, 1974.
M. Foucault, *Difendere la Società*, Ponte alle Grazie, 1996.
D. Geer (a cura di), *Cybercrime. Digital Cops in a Network Environment*, New York University Press, 2015.
P. Gottschalk, *Policing Cybercrime*, Bookboon, 2010.
A. Goldsmith, R. Brewer, *Digital drift and the criminal interaction order*, in *Theoretical Criminology*, 19, 1. 2015, pp. 112-128.
G.de Lagasnerie, *L'Arte della Rivolta. Snowden, Assange, Manning*, Stampa Alternativa, 2016.
D. Harvey, *Città Ribelli. I Movimenti Urbani dalla Comune di Parigi a Occupy Wall Street*, Il Saggiatore, 2011.
S. Lorenzetti, *La maestra d'asilo licenziata per un video hard: «Tradita dal mio ex: mi fidavo»*, in *Corriere della Sera*, 18 novembre 2018.
D. Lyon, *Theorizing Surveillance: The Panopticon and Beyond*, Willan, 2006.

- D. Lyon, *Surveillance after Snowden*, Polity Press, 2015.
- D. Lyon, *The Culture of Surveillance*, Polity Press, 2018.
- M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, FrancoAngeli, 2002.
- D. Quirico, *Primavera Arabe. Le Rivoluzioni dall'Altra Parte del Mare*, Bollati Boringhieri, 2014.
- D. Robert, *Actuarial Justice*, in M. Bosworth (a cura di), *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, vol. I, Sage, 2005, pp. 201-227.
- K. Steinmetz, *Hackers*, New York University Press, 2017.
- L. Tien, *Architectural Regulation and the evolution of the social norms*, in D. Geer (a cura di), *Cybercrime. Digital Cops in a Network Environment*, 2015, pp. 37-58.
- J. Treadwell, *From the car boot to booting it up? eBay, online counterfeit crime and the transformation of the criminal marketplace*, in *Criminology & Criminal Justice*, 12, 2, 2012, pp. 175-194.
- H. Ventura, J. Mitchell, H. Deflem, *Governmentality and the War on Terror: FBI Project Carnivore and the Diffusion of Disciplinary Power*, in *Critical Criminology Journal*, 13, 2005, pp. 55-69.
- A. Worthington, *The Guantanamo Files*, Polity Press, 2007.

Fonte storica

— È reato il c.d. crimine del “colletto bianco”?

Is “White Collar Crime” Crime?

di Edwin H. Sutherland

*(rielaborazione a cura di Raffaele Bianchetti)**

1. Si è discusso se certi comportamenti di professionisti e di uomini d'affari siano da considerarsi comportamenti delinquenti¹.

Per dimostrare l'alta incidenza dei delitti dei “colletti bianchi” furono studiate le decisioni adottate dai tribunali e dalle commissioni incaricate nei confronti delle 70 più importanti società degli Stati Uniti d'America operanti nel campo industriale e commerciale, relativamente alle violazioni delle leggi *antitrust*, alla concorrenza sleale in campo pubblicitario, alle violazioni in materia di diritto del lavoro, alle violazioni delle discipline inerenti ai brevetti, ai *copyright* e ai marchi di fabbrica. Risultò che le decisioni prese nei confronti delle suddette 70 società furono 547, con una media di 7,8 decisioni per ognuna, e che **nessuna società** ne era stata completamente **indenne**. Sebbene fossero tutte decisioni che qualificavano il comportamento preso in esame come illecito, **solo 49**

* Il presente saggio di E.H. Sutherland, rielaborato e con l'omissione di alcuni passaggi, viene qui riproposto al pubblico italiano nell'ambito del [Programma DPU](#) in quanto ritenuto utile e significativo, anche nel momento attuale, per porsi domande, sollecitare riflessioni e stimolare nuove indagini sull'argomento che auspichiamo possano essere condotte nell'ambito del Cantiere di DPU [“Criminalità, economia e potere”](#). Il testo originale, pubblicato in *American Sociological Review*, X, 2, 1945, pp. 132-139, può essere consultato [qui](#). Ad Adolfo Ceretti e a Isabella Merzagora si deve il grande merito di averlo per la prima volta reso disponibile ai lettori italiani: v. A. Ceretti, I. Merzagora (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti*, Edizioni Unicopli, 1986, pp. 75-89; in particolare, la traduzione in italiano del saggio effettuata da Adolfo Ceretti è risultata essere assai preziosa per procedere alla rielaborazione della versione dello scritto di Sutherland qui proposta.

¹ Sutherland fa riferimento alla discussione aperta e da lui trattata all'interno di altri scritti: E.H. Sutherland, *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, V, 1, 1940, pp. 1-12; Id., *Crime and Business*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 217, 1941, pp. 112-118.

di esse, cioè **il 9% del totale**, furono prese da giudici penali e possono considerarsi quindi, *ipso facto*, delle decisioni sulla **rilevanza penale del comportamento**.

Non ogni comportamento contrario alla legge è reato; se però riuscissimo a dimostrare che anche nei rimanenti 498 casi si fosse trattato di comportamenti penalmente rilevanti, allora potremmo dare una maggiore **misura** alla dimensione del comportamento delinquenziale in questo ambito².

2. Questo, allora, è un **problema di definizione giuridica di reato**, e questo produce due ordini di quesiti:

1) il termine "reato" può essere riferito ai comportamenti che furono oggetto di quelle decisioni?

2) Se così fosse, perché non lo si usa solitamente in questo ambito e perché i criminologi non hanno considerato il delitto del "colletto bianco" un reato simile agli altri reati?

Il primo quesito, evidentemente, è una mera **questione semantica**; il secondo, invece, implica **problemi di interpretazione** e richiede una spiegazione.

3. Perché si possa parlare di reato, i giuristi considerano necessario il ricorrere di due criteri astratti, vale a dire, a) la definizione da parte della legge di un atto come socialmente dannoso e b) la previsione, per esso, di una pena³.

Se applichiamo il criterio della definizione legale di danno sociale alle 547 decisioni, possiamo concludere che tutte qualificano i **comportamenti** esaminati come **socialmente dannosi dal punto di vista giuridico**. Ciò appare evidente quando la legge usa termini come "delitto" o "contravvenzione"⁴, contrapponendoli a "scorrettezza", "parzialità" e "trasgressione".

Relativamente al danno subito, si possono poi distinguere due gruppi di persone:

– il primo, non molto vasto, è composto da coloro che svolgono la stessa professione del reo o una professione a quella correlata;

² In questo scritto, Sutherland sviluppa alcuni concetti introdotti con il suo saggio intitolato *White-Collar Criminality* (in *American Sociological Review*, V, 1, 1940, pp. 1-12) che in questa rivista è stato, di recente, riproposto.

³ Per un'analisi molto accurata di questi aspetti Sutherland rinvia a J. Hall, *Prolegomena to a Science of Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, LXXXIX, 1941, pp. 549-580; Id., *Interrelations of Criminal Law and Torts*, in *Columbia Law Review*, XLIII, 1943, pp. 735-739, 967-1001; Id., *Criminal Attempts. A Study of the Foundations of Criminal Liability*, in *Yale Law Review*, XLIX, 1940, pp. 789-840.

⁴ In realtà Sutherland distingue tra "crime" e "misdemeanor", che sono reati meno gravi.

– il secondo, è composto dal cittadino qualunque, sia in quanto consumatore sia in quanto appartenente al corpo sociale.

Le leggi *antitrust* hanno lo scopo di proteggere i concorrenti ed anche quello di difendere il principio della libera concorrenza che regola il sistema economico; tutto ciò significa tutelare i consumatori da prezzi arbitrari e proteggere il sistema democratico dai pericoli di grandi concentrazioni di ricchezza da parte di monopoli. Le leggi contro la pubblicità menzognera servono a salvaguardare da una concorrenza scorretta e tutelano i consumatori dalle frodi. La *National Labor Relation Law* è designata a proteggere i lavoratori dipendenti, ma anche a tutelare tutti i cittadini dai danni economici causati da scioperi e serrate. Le leggi contro la contraffazione di brevetti sono utilizzate per la difesa di chi ha ottenuto un brevetto o ha registrato un marchio, ma anche per proteggere l'istituto dei brevetti, ideato al fine di promuovere il progresso delle scienze e delle tecniche.

Le violazioni di queste norme sono giuridicamente definite dannose per coloro che sono stati direttamente danneggiati. Ciascuna di queste leggi si iscrive nella logica della *common law* e costituisce un adattamento di questa alla moderna organizzazione sociale. La pubblicità menzognera si correla alla frode, come è prevista e contemplata dalla *common law*, così come la contraffazione si correla al furto. Le norme a protezione dei lavoratori, che si oppongono ad ogni forma di coercizione, sono da porsi in relazione alla proibizione di restrizioni alla libertà personale attuate con metodi violenti [...].

4. Ebbene, ciascuno dei quattro gruppi di leggi prima esaminati – le leggi *antitrust*, quelle a difesa dei lavoratori, quelle contro la pubblicità menzognera e quelle sulla violazione di marchi e brevetti – prevede una sanzione penale, soddisfacendo pertanto il secondo requisito per il quale un fatto può essere definito reato; i provvedimenti di condanna in base a questi gruppi di leggi, eccettuati alcuni sui brevetti [...], sono pronunce sulla rilevanza penale del comportamento [...].

4.1. Di conseguenza, le sanzioni che provano che siamo in presenza di un reato sono [...] la **multa**, l'**arresto** e il **risarcimento addizionale di carattere punitivo** (*punitive damages*). Oltre a queste, vanno considerate punizioni anche la *stipulation*, il *cease-and-desist order* e l'*injunction*, che infatti risultano afflittive per le imprese e che sono state dal legislatore appositamente studiate per essere tali [...].

La *stipulation* implica la minima pubblicità e la minima afflittività ed è usata, infatti, per violazioni meno gravi e di carattere meramente tecnico.

Si ricorre al *cease-and-desist order* quando la *stipulation* è disattesa o quando la violazione della legge è valutata dolosa e più grave [...]. Questa sanzione implica una maggiore pubblicità negativa [...].

Ancora più infamante, per un'impresa, è l'*injunction* disposta dal giudice. La pubblicità negativa che ne deriva è talvolta mitigata, a tutela del buon nome dell'impresa, per mezzo di un provvedimento giudiziario emesso sul consenso delle parti (*consent*

decree)⁵ che permette altresì all'impresa di sostenere che il provvedimento non implica l'ammissione di aver violato la legge⁶ [...].

Ad ogni modo, la sequenza di *stipulation*, *cease-and-desist order* e *injunction* non ha solo la funzione di procurare una crescente pubblicità negativa, ma anche quella di porre rimedi a certe situazioni e di chiarire il dettato della legge in casi particolarmente complessi.

In definitiva, con questa mia esposizione [...] si è dimostrato che 473 dei 547 provvedimenti presi contro le imprese americane hanno riguardato fatti di rilevanza penale.

Questa conclusione potrebbe essere messa in discussione sulla base del fatto che per questi provvedimenti non vennero usate quelle cautele, relativamente alle prove e ai mezzi di prova, che debbono essere usate nel processo penale in rapporto ad altri tipi di reati e, in particolare, che gli organi che adottarono i provvedimenti non verificarono l'esistenza del dolo e non rispettarono la presunzione d'innocenza.

Tuttavia, bisogna ricordare che la necessità di provare il dolo e la presunzione di innocenza non si applicano a tutta la procedura penale e che, anzi, le eccezioni vanno via via aumentando [...].

4.2. Pertanto, i criteri usati per definire i reati dei "colletti bianchi" non sono diversi da quelli usati nel definire altri reati, poiché le norme procedurali sopra citate non sempre sono applicate, sia che si tratti dei delitti dei "colletti bianchi", sia che si tratti di altri tipi di delitti che, a volte, sono anche più gravi.

Il numero di provvedimenti adottati nei confronti delle imprese senza le cautele procedurali di cui si è detto è probabilmente più rilevante di quello dei giudizi emessi in altri ambiti, ma una differenza nella quantità non colloca le violazioni di legge delle imprese in una categoria diversa rispetto a quella dei reati commessi da altri autori.

Inoltre, per il modo di operare dell'attuale sistema procedurale, questa **differenza quantitativa** non è grande. Se da un lato molti imputati di reati "convenzionali" non sono in grado, per le loro condizioni economiche, di avvalersi di una valida difesa, e quindi non ottengono un grande beneficio dalle norme poste a loro tutela, d'altro lato, nei giudizi riguardanti le imprese, queste norme procedurali sulla prova e sul mezzo di prova sono applicate persino quando esse non sono richieste [...].

⁵ Si tratta, in estrema sintesi, di un accordo tra le parti stipulato davanti al giudice che vincola solo le parti fra di loro (n.d.C.).

⁶ Il *consent decree* viene preferito anche per altri motivi, soprattutto perché non può essere usato come prova in altri procedimenti.

Per tutti questi motivi è evidente che queste 70 imprese hanno commesso reati, come si evince dalle 473 pronunce esaminate, e che la rilevanza criminale del loro comportamento non era stata evidenziata dalle procedure penali ordinarie, ma piuttosto era stata celata ed occultata dall'impiego di procedure speciali.

Di conseguenza, questa **differenziata applicazione della legge sui reati societari elimina o quantomeno minimizza lo stigma del crimine** [...].

Infatti, come si è dimostrato, le violazioni di queste leggi costituiscono dei veri e propri reati, ma tali violazioni vengono trattate come se non lo fossero, con l'effetto e probabilmente con l'intento di evitare lo stigma del crimine.

Questa situazione è ben rappresentata dall'affermazione di Wendell Berge, al tempo vice-direttore della Divisione *antitrust* del Dipartimento della Giustizia [...]:

«Le sanzioni civili riescono ad essere severe, con i loro effetti economici, quanto quelle penali, ma esse non comportano lo stigma che accompagna il rinvio a giudizio e la condanna. Molti di coloro che sono accusati della violazione di una legge *antitrust* non sono delinquenti nel senso che comunemente si dà a questo termine. Non c'è quindi un motivo intrinseco per stigmatizzarli in tal modo attraverso la legge *antitrust*»⁷.

Di fatto, anche se si sostituisse alla sanzione pecuniaria penale una sanzione pecuniaria civile, **il reato rimarrebbe**; quel che viene eliminato, invece, è lo stigma del crimine. Per cui, lo stigma del crimine è diventato una sanzione a sé stante, che può essere in connessione con altri tipi di sanzioni o che può essere del tutto evitato, proprio come si possono applicare insieme la reclusione e la pena pecuniaria, oppure come si può applicare l'una senza l'altra. Perciò, lo stigma del crimine imposto come sanzione pone l'imputato nella categoria dei "delinquenti", rendendolo un criminale secondo il diffuso stereotipo del "delinquente" [...].

5. Tuttavia, il punto in questione è e resta questo: il diverso modo di applicare la legge nei confronti dei colletti bianchi.

Tre fattori concorrono a spiegare l'applicazione differenziata della legge:

- 1) lo *status* dell'uomo d'affari;
- 2) l'orientamento non punitivo nei suoi confronti;
- 3) la mancanza di un'organizzata reazione di sdegno da parte dei cittadini.

⁷ W. Berge, *Remedies Available to the Government under the Sherman Act*, in *Law and Contemporary Problems*, VII, 1, 1940, p. 111.

Passerò ora ad analizzare nel dettaglio ciascuno di questi fattori.

5.1. Primo fattore (lo *status* dell'uomo d'affari).

I metodi usati nell'applicazione di ogni legge dipendono dalle **caratteristiche** degli eventuali violatori, o almeno dalla visione che il legislatore e chi opera nella giustizia hanno di tali caratteristiche.

Gli uomini d'affari, che sono gli eventuali violatori delle leggi in esame, sono visti con una combinazione di **timore riverenziale** e di **ammirazione**. Chi opera all'interno del sistema della giustizia penale è intimorito dal confronto, o magari dall'antagonismo, con gli uomini d'affari. Tra le conseguenze di tale antagonismo ci può essere la riduzione dei contributi per le campagne elettorali.

Probabilmente ciò che più ha influenza è l'**omogeneità culturale** tra legislatori, giudici e amministratori con gli uomini d'affari. I legislatori ammirano e rispettano gli uomini d'affari e non riescono a concepirli come delinquenti: ciò significa che gli uomini d'affari non rientrano nello stereotipo del criminale. I legislatori confidano nel fatto che una lieve pressione sarà sufficiente perché questi soggetti si conformino alla legge.

Questa interpretazione non è accettata da parte di chi ritiene che siamo in una società in cui tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge [...].

5.2. Secondo fattore (l'*orientamento non punitivo nei loro confronti*).

Un secondo fattore nella spiegazione dell'applicazione differenziata della legge ai "colletti bianchi" riguarda la tendenza a tenerli lontani dall'ambito penale. Questa tendenza è particolarmente evidente per i reati compiuti dai "colletti bianchi", che, essendo regolati da leggi di più recente introduzione, sono meno vincolati ai precedenti giudiziari.

La tendenza in questione si concreta nel completo abbandono delle pene più severe, ad esempio la pena di morte o le torture, e nel fatto che:

1) al posto dei **metodi penali** convenzionali vi sono quelli **non convenzionali**, come il *probation* e il *case work*⁸ che accompagna il *probation*;

2) i **metodi penali** si integrano con quelli **non penali**, come – ancora – l'applicazione del *case work* e delle politiche rieducative alla pena detentiva.

Questi mutamenti di politica penale sono motivati da una serie di **cambiamenti sociali**, quali: a) il crescente potere della classe socio-economica "inferiore", su cui precedentemente gravava la maggior parte delle pene; b) l'attenzione rivolta, dalle leggi

⁸ Vale a dire, al lavoro svolto dagli assistenti sociali sul singolo caso (n.d.C.).

penali, anche ai componenti della classe “superiore”, ad esempio con le norme che regolamentano il commercio; c) l’aumentata permeabilità tra le classi sociali, che è sfociata anche in maggiore comprensione tra i loro membri; d) il fallimento dei metodi penali tradizionali nel ridurre la criminalità; e) il cambiamento apportato, anche tra gli operatori della giustizia, da un atteggiamento psicologico individualistico ed edonista, che sottolinea l’afflittività dei metodi di controllo del comportamento.

Inoltre, a questi fattori si aggiunge il fatto che la **punizione**, che costituiva nel passato il **cardine del controllo sociale** nella famiglia, nella scuola e nella chiesa, **sta scomparendo**, lasciando lo Stato privo del supporto culturale necessario per applicare i suoi metodi penali⁹.

Per certi versi, il **delitto del “colletto bianco”** è **assimilabile** alla **delinquenza giovanile**, almeno relativamente all’applicazione differenziata della legge. In entrambi i casi le procedure del diritto penale sono modificate, in modo da non stigmatizzare gli autori del reato. Tuttavia, lo **stigma del crimine** sopravvive ancora in misura maggiore nei confronti dei giovani delinquenti, perché nel loro caso le procedure penali si sono meno scostate da quelle tradizionali, perché la maggior parte dei giovani delinquenti proviene da una classe socio-economica “inferiore” e perché questi giovani non si sono preoccupati di tutelare il loro buon nome. Dato che lo stigma del crimine sopravvive nei confronti dei giovani, le teorie criminologiche sono state in larga parte costruite su dati forniti dalla delinquenza giovanile; mentre i delinquenti dal “colletto bianco”, liberati da questo stigma, sono rimasti esclusi dagli interessi dei criminologi.

5.3. Terzo fattore (la mancanza di un’organizzata reazione di sdegno da parte dei cittadini).

Un terzo fattore che spiega l’applicazione differenziata della legge consiste nella particolare relazione che lega il diritto e i costumi, per quanto concerne i delitti dei “colletti bianchi”. Le leggi che li riguardano sono di recente introduzione e non hanno una solida base nell’etica comune o nell’etica degli affari; addirittura, alcuni principi che regolano il mondo degli affari sono in conflitto con la legge.

I reati dei “colletti bianchi” **non sono di immediata percezione**, come l’aggressione violenta o le percosse, e possono essere identificati solo da chi è esperto nel campo. Capita spesso che un’impresa violi una legge per una decina d’anni, o anche più a lungo, prima che si venga a conoscenza di tale violazione, che nel frattempo può diventare prassi comune anche per altre imprese.

Gli **effetti** dei reati dei “colletti bianchi” si fanno sentire per periodi molto lunghi e su moltissime persone, senza però colpire un soggetto specifico in un momento preciso.

⁹ L’indirizzo verso l’abbandono dei metodi penali suggerisce che la sanzione penale possa non essere più un criterio completamente adeguato per definire il crimine.

I **mezzi di comunicazione di massa** non si fanno portavoce del biasimo della collettività nei confronti dei delinquenti dal “colletto bianco”, sia perché i loro reati sono difficili da individuare e comprendere, e quindi da riferire come notizia, ma soprattutto perché questi mezzi di comunicazione di massa sono di proprietà o sono controllati proprio dagli uomini d'affari che hanno violato le leggi, quando addirittura non le hanno violate direttamente gli organi di stampa [...].

A volte, si afferma che i delitti dei “colletti bianchi” sono delle mere violazioni tecniche, e non sono trasgressioni di norme morali. Infatti, questi reati, e non solo questi, sono distribuiti lungo un *continuum* in cui i *mala in se* si collocano ad un estremo e i *mala quia prohibita* ad un altro estremo.

Nessuna delle norme che puniscono i delitti dei colletti bianchi è puramente arbitraria, come lo è la regola che bisogna tenere la destra guidando, che potrebbe benissimo essere sostituita dall'obbligo di tenere la sinistra [...].

La **reazione emotiva** di fronte ad un delitto del “colletto bianco” è certamente diversa da quella suscitata da altri reati, ma questa differenza è spesso esagerata, specialmente per quanto concerne le grandi città. La reazione caratteristica del cittadino medio in una moderna metropoli davanti ad un furto è di apatia, a meno che la vittima sia lui od un suo amico, o a meno che il caso sia particolarmente eclatante. Il cittadino medio, leggendo sul giornale che la casa di uno sconosciuto è stata svaligiata da un altro sconosciuto, non ne rimane sconvolto [...].

Infine, anche se sono state emanate molte leggi per regolamentare professioni diverse da quella dell'imprenditore [...], le procedure previste da queste leggi non si discostano molto da quelle convenzionali e proteggono meno dallo stigma del crimine di quanto non facciano le leggi che si occupano degli uomini d'affari.

La **relazione tra la legge e i costumi tende ad essere circolare**: i costumi sono cristallizzati nella legge, ed ogni concreta applicazione della legge tende a rafforzare i costumi.

Le leggi riguardanti i delitti dei “colletti bianchi”, nascondendo la rilevanza criminale del comportamento, sono state meno efficaci di altre nel rafforzare i costumi.

Riflessione

— Il cervello, il criminale e i tribunali

Gli stati mentali che interessano al sistema giuridico – la memoria, la responsabilità e maturità intellettuale – sono stati per molto tempo difficili da descrivere in termini oggettivi, ma i neuroscienziati stanno oggi iniziando a individuarne i connotati. Prossimamente nei vostri tribunali?

The brain, the criminal and the courts

States of mind that the legal system cares about – memory, responsibility and mental maturity – have long been difficult to describe objectively, but neuroscientists are starting to detect patterns. Coming soon to a courtroom near you?

di Eryn Brown

Traduzione dell'articolo [The brain, the criminal and the courts](#), pubblicato sulla Rivista *Knowable Magazine from Annual Reviews*, 30 agosto 2019.

Il 30 marzo 1981, il venticinquenne John W. Hinckley Jr. sparò al presidente Ronald Reagan e ad altre tre persone. L'anno successivo, fu stato processato per i suoi delitti.

I suoi difensori hanno sostenuto che Hinckley era pazzo e hanno indicato una serie di prove a sostegno della loro affermazione. Il loro cliente aveva una storia personale di problemi comportamentali. Era ossessionato dall'attrice Jodie Foster ed escogitò un piano per assassinare un presidente allo scopo di impressionarla. Aveva dapprima perseguitato Jimmy Carter. Poi prese di mira Reagan.

Durante una discussione in aula, la difesa di Hinckley ha anche chiesto l'assunzione di prove scientifiche: una tomografia assiale computerizzata (CAT) che indicava che il cervello del loro cliente aveva dimensioni "ridotte", era atrofizzato. Inizialmente, il giudice non voleva ammettere la prova. La scansione non dimostra che Hinckley era affetto da schizofrenia, hanno affermato gli esperti, ma questo tipo di atrofia cerebrale era più comune tra gli schizofrenici che nell'ambito della popolazione generale.

Questa osservazione contribuì a convincere la giuria a dichiarare Hinckley non colpevole per ragioni di infermità mentale.

Quasi 40 anni dopo, la neuroscienza che ha influenzato il verdetto nel caso Hinckley ha fatto passi da gigante, in particolare grazie ai progressi della risonanza magnetica (MRI) e alla nascita della risonanza magnetica funzionale (fMRI), che consente agli scienziati di esaminare i flussi sanguigni e l'ossigenazione nel cervello in modo non invasivo. Oggi i neuroscienziati possono vedere cosa accade nel cervello quando un soggetto si relaziona con una persona cara, sperimenta un fallimento o sente dolore.

Nonostante questo enorme sviluppo della conoscenza neuroscientifica, e nonostante il successo della strategia della difesa di Hinckley, il "neurodiritto" non ha ancora avuto un impatto significativo nelle aule di tribunale. Ma ci stiamo arrivando. Gli avvocati impegnati nei procedimenti civili fanno ricorso sempre più spesso all'*imaging* cerebrale per sostenere che un cliente ha o non ha subito un danno. Anche gli avvocati penalisti talvolta sostengono che una determinata condizione cerebrale è motivo di attenuazione della responsabilità del cliente. Avvocati e giudici partecipano a programmi di formazione continua per conoscere l'anatomia cerebrale e ciò che le MRI, gli elettroencefalogrammi e tutti gli altri esami cerebrali sono oggi in grado di mostrare.

La maggior parte di questi avvocati e giudici vuole chiarire questioni come, ad esempio, se l'*imaging* cerebrale può aiutare a stabilire l'età mentale di un imputato, se può rappresentare un metodo affidabile di rilevazione della menzogna, o se può rivelare in modo definitivo quando una persona sta realmente soffrendo e quando invece sta solo simulando (il che è estremamente utile nell'ambito dei processi per danni). I ricercatori nel campo delle neuroscienze non sono ancora arrivati a questo punto, ma sono impegnati nella ricerca delle correlazioni che potrebbero essere rilevanti a tale scopo – cercando di capire quali aree del cervello si attivano in determinate situazioni.

I progressi sono stati gradualmente ma costanti. Sebbene l'ingresso della neuroscienza nei tribunali rimanga cosa rara, «oggi se ne vede molta di più di quanto non accadesse in passato», afferma il giudice Morris B. Hoffman, della seconda corte distrettuale giudiziaria del Colorado. «E credo che sia un processo destinato a continuare».

Un numero crescente di casi

Il diritto penale si è interessato alla mente umana e agli stati mentali a partire dal diciassettesimo secolo, afferma la studiosa di diritto Deborah Denno della Fordham University School of Law. Nei secoli precedenti, le corti attribuivano il comportamento deviante al "diavolo" – e solo più tardi, a partire dall'inizio del XX secolo, iniziarono a attribuire rilevanza ai *deficit* cognitivi e alle diagnosi formulate attraverso l'analisi freudiana e altri approcci.

La neuroscienza rappresenta un passo successivo intrigante: un insieme di prove riguardanti direttamente il cervello in senso fisico e le sue funzioni misurabili.

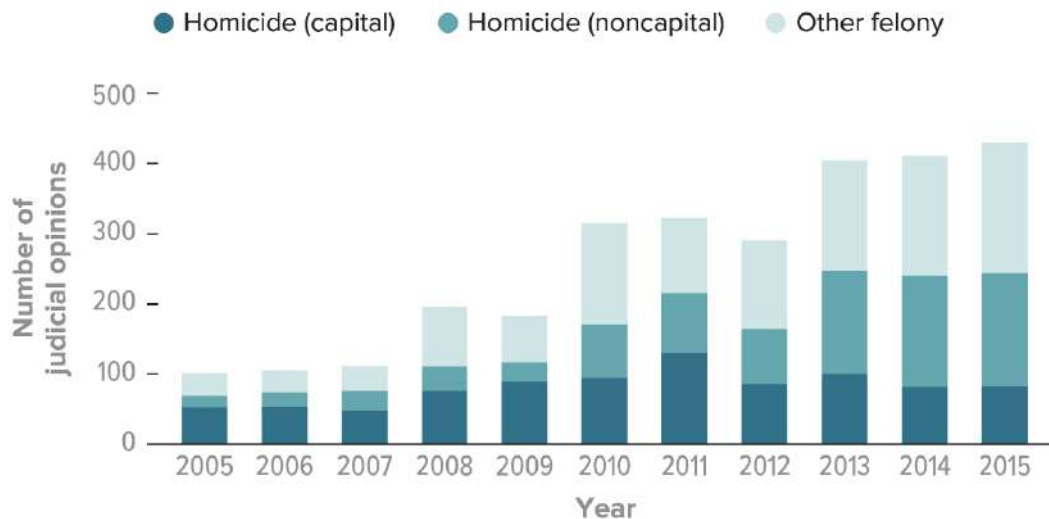
Non abbiamo un resoconto sistematico di tutti i casi, civili e penali, in cui sono state introdotte prove neuroscientifiche come le scansioni cerebrali. Quasi sicuramente, accade più di frequente nei procedimenti civili, afferma Kent Kiehl, neuroscienziato dell'Università del New Mexico e principale ricercatore del *Mind Research Network*, ente *no profit* che si occupa primariamente dell'applicazione delle tecniche di *neuroimaging* allo studio delle malattie mentali. Nei procedimenti civili, spiega Kiehl, che spesso si interfaccia con gli avvocati per aiutarli a comprendere la scienza del *neuroimaging*, si fa comunemente ricorso alla risonanza magnetica in presenza di lesioni cerebrali e se il processo è di particolare importanza.

Nei procedimenti penali, la risonanza magnetica viene spesso utilizzata per valutare le lesioni o i traumi cerebrali nell'ambito dei casi capitali (per i quali è applicabile la pena di morte) «allo scopo di garantire che non ci sia una disfunzione neurologica evidente, che potrebbe incidere sulla soluzione del caso», afferma Kiehl. Come nel caso della scansione del cervello di una persona accusata di omicidio che mostra la presenza di un tumore nel lobo frontale, ad esempio, o una forma di demenza frontotemporale, che potrebbero instillare dubbi sufficienti a rendere arduo, per il tribunale, affermare la colpevolezza del reo (come è accaduto con riguardo all'atrofia cerebrale riscontrata nel caso Hinckley). Tuttavia, questi test sono costosi.

Alcuni studiosi hanno cercato di quantificare la frequenza con cui la neuroscienza ha fatto ingresso nei procedimenti penali. Un'analisi del 2015 di Denno ha [identificato 800 casi criminali in cui è stato fatto ricorso alle neuroscienze](#), in un arco temporale di vent'anni. Ha anche registrato un incremento nell'uso delle prove neuroscientifiche di anno in anno, in linea con quanto emerso in [uno studio del 2016](#) di Nita Farahany, studiosa di etica e diritto alla Duke University.

L'ultima ricerca di Farahany, descritta in [un articolo in materia di neurodiritto pubblicato nell'Annual Review of Criminology e di cui è stata coautrice](#), ha permesso di individuare oltre 2.800 opinioni giudiziarie, tra il 2005 e il 2015, formulate nell'ambito di procedimenti penali negli Stati Uniti in cui gli imputati avevano fatto ricorso alla neuroscienza – in varie forme, dalle cartelle cliniche ai test neuropsicologici alle scansioni cerebrali – a scopo di difesa. Circa il 20% degli imputati che hanno presentato prove neuroscientifiche ha ottenuto un risultato favorevole, che spazia dalla concessione di un termine più ampio per la presentazione di documenti, alla fissazione di una nuova udienza, all'annullamento della sentenza.

The growing use of neuroscience in criminal cases



SOURCE: H.T. GREELY AND N.A. FARAHANY / *AR CRIMINOLOGY* 2018

KNOWABLE MAGAZINE

Sebbene le prove delle neuroscienze non siano spesso utilizzate nei procedimenti penali, si assiste a un trend crescente, come mostra questo grafico riguardante le opinioni dei giudici statunitensi che hanno avuto a oggetto il ricorso alle evidenze neuroscientifiche da parte di un imputato.

Ma anche i migliori studi, come quelli citati, prendono in considerazione solo i casi registrati, che rappresentano «una piccola, minuscola frazione» di tutti i procedimenti, spiega Owen Jones, studioso di legge e scienze biologiche alla Vanderbilt University (Jones è anche direttore della *MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience*, che unisce neuroscienziati e giuristi per condurre ricerche in tema di neurodiritto e aiutano il sistema giuridico a rapportarsi con la scienza). La maggior parte dei casi, afferma, si concludono con un patteggiamento o con una transazione e non arrivano a processo, rendendo così difficile comprendere in che misura la neuroscienza venga utilizzata in tali casi.

La scienza degli stati mentali

Anche se, ad opera di alcuni avvocati, la neuroscienza sta già varcando la soglia delle aule di tribunale, i ricercatori stanno cercando di aiutare il sistema giuridico a distinguere il grano dalla pula, attraverso esperimenti di scansione cerebrale e analisi giuridica. Queste attività contribuiscono a identificare in quali casi e in quale misura le neuroscienze possono, o non possono, rivelarsi utili nei processi. Si tratta di un lavoro che procede lentamente, ma con passo deciso.

Un gruppo di lavoro del *MacArthur Network* di Stanford, guidato dal neuroscienziato Anthony Wagner, ha esaminato i possibili modi [di impiegare il machine learning \(una particolare forma di intelligenza artificiale\) per analizzare le scansioni fMRI](#), al fine di individuare quando un soggetto, che osservi alcune fotografie, riconosca qualcuno di sua conoscenza. I partecipanti al test sono stati posti all'interno di uno

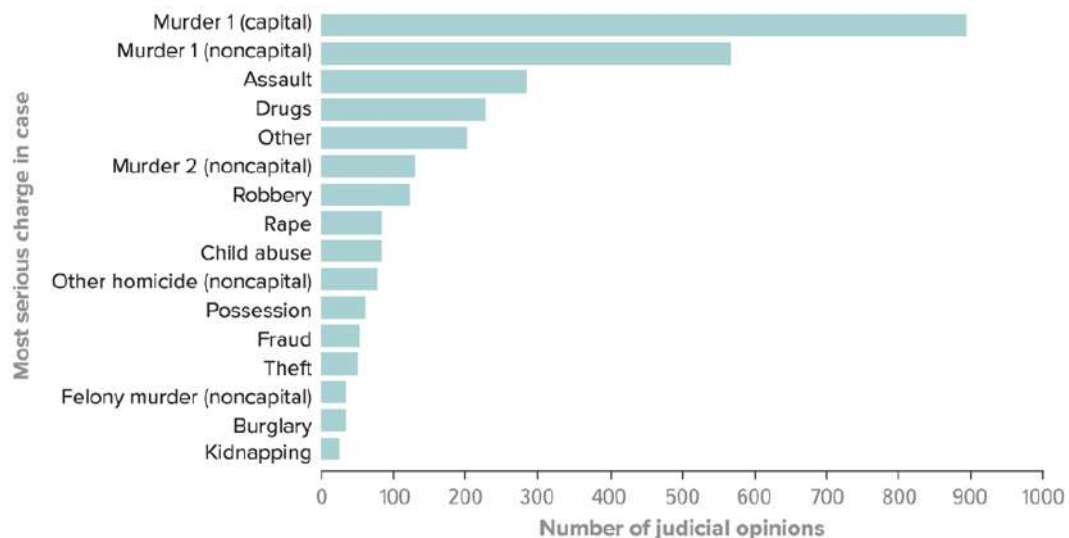
scanner e sono state mostrate loro una serie di immagini, scattate alcune dalla macchina fotografica che portavano al collo, altre dalle macchine assegnate agli altri.

Attraverso l'analisi delle variazioni del livello di ossigenazione del sangue – un indicatore usato per valutare l'attivazione dei neuroni – gli algoritmi di *machine learning* sviluppati dal *team* hanno identificato correttamente i casi in cui i soggetti stavano guardando immagini della propria vita, o di quella di qualcun altro, in più del 90% dei rilievi.

«Si tratta, in questa fase, di una mera dimostrazione di fattibilità, ma in teoria rappresenta un biomarcatore del riconoscimento», afferma Jones. «Potremmo immaginare molteplici implicazioni legali», ad esempio, un giorno, tali indicatori potrebbero contribuire a valutare l'accuratezza e l'affidabilità della memoria dei testimoni oculari.

Altri ricercatori stanno utilizzando la risonanza magnetica per cercare di identificare le differenze nel cervello in presenza di una condizione mentale di consapevolezza o di imprudenza, che sono entrambi concetti giuridici importanti, suscettibili di produrre effetti significativi sulla gravità delle condanne penali.

Types of criminal cases invoking neuroscience, 2005–2015



SOURCE: H.T. GREELY AND N.A. FARAHANY / *AR CRIMINOLOGY* 2018

KNOWABLE MAGAZINE

I casi in cui la difesa penale ha fatto ricorso alla neuroscienza sono più numerosi nell'ambito di procedimenti per omicidio di primo grado, ma non si limitano a queste categorie di reati, come mostra questo grafico di sintesi delle opinioni dei giudici statunitensi rese tra il 2005 e il 2015. (I casi di omicidio di capitale sono casi di omicidio di primo grado in cui, per la presenza di circostanze speciali, può essere comminata all'autore la pena di morte)

Per approfondire la questione, Gideon Yaffe della Yale Law School, il neuroscienziato Read Montague della Virginia Tech e alcuni colleghi hanno usato la risonanza magnetica [per sottoporre a scansione cerebrale i partecipanti al proprio studio](#) mentre si trovavano a dover decidere se oltrepassare la dogana con una valigia. A

tutti era stato detto – con diversi gradi di certezza – che la valigia poteva contenere merce di contrabbando. Quelli a cui l'informazione era stata prospettata come certa al 100% furono considerati come mentalmente consapevoli; diversamente, coloro ai quali l'informazione era stata presentata come meno sicura, vennero ricondotti alla categoria "imprudenti". Tramite il ricorso ad algoritmi di apprendimento automatico per interpretare i risultati delle scansioni fMRI, gli scienziati sono stati in grado di distinguere in modo affidabile i due stati mentali.

I neuroscienziati auspicano di poter arrivare a comprendere meglio anche i correlati biologici della recidiva – Kiehl, ad esempio, ha analizzato migliaia di scansioni RMF e di risonanza magnetica strutturale effettuate sui detenuti nelle carceri ad alta sicurezza negli Stati Uniti per verificare se il cervello delle persone che hanno commesso un nuovo reato (o che sono state nuovamente arrestate) appaia diverso da quello dei soggetti non recidivi. Poter quantificare la probabilità che un criminale commetta un nuovo reato in futuro è fondamentale per il successo della riabilitazione dei detenuti, afferma.

Altri ricercatori stanno studiando il concetto di età mentale. Un team guidato dal neuroscienziato BJ Casey del *Yale and Weill Cornell Medical College* ha usato la fMRI per verificare [se, in circostanze diverse, il funzionamento del cervello dei giovani adulti risulta più simile a quello dei minori o a quello delle persone di età più avanzata](#) – e ha scoperto che, spesso, la differenza dipendeva dallo stato emotivo. Una maggiore comprensione del processo di maturazione cerebrale potrebbe avere rilevanza nell'ottica di una riforma della giustizia minorile, affermano gli studiosi di neurodiritto, oltre che per il modo in cui consideriamo oggi i giovani adulti, che si trovano in una fase di transizione.

La giuria resta esclusa

Resta da capire se tutte queste ricerche produrranno risultati attuabili. Nel 2018, Hoffman, che è stato uno dei maggiori studiosi di neurodiritto, [ha scritto un articolo](#) in cui ha passato in rassegna le potenziali scoperte future, dividendole in tre categorie: a breve termine, a lungo termine e «che non avverranno mai». Ha predetto che, probabilmente, i neuroscienziati disporranno nel prossimo futuro di strumenti migliori, rispetto a quelli esistenti, per rilevare il dolore cronico; ha inoltre ritenuto che nei prossimi 10-50 anni saranno in grado di rilevare in modo affidabile i ricordi e la menzogna e di determinare la maturità del cervello.

Tuttavia, la neuroscienza non arriverà mai alla piena comprensione del fenomeno della dipendenza, ha aggiunto, né indurrà mai i tribunali ad abbandonare le nozioni di responsabilità o di libero arbitrio (una prospettiva che fa fermare molti filosofi e studiosi di diritto).

Sono in molti a riconoscere che, per quanto i neuroscienziati possano essere bravi a suggerire l'esistenza di legami tra la neurobiologia e il comportamento umano, far confluire le prove neuroscientifiche nel contesto legale sarà sempre molto difficile. Una preoccupazione è che gli studi sul cervello effettuati a reato già commesso potrebbero non consentire di fare luce sulle motivazioni e sul comportamento dell'imputato al momento della condotta illecita – che è ciò che conta in tribunale. Un'altra

preoccupazione è che gli studi sul funzionamento cerebrale dell'individuo medio non sempre forniscono informazioni affidabili su come funziona il cervello di un individuo specifico.

«La domanda più importante è se le prove sono giuridicamente rilevanti. Vale a dire, esse contribuiscono a rispondere a una precisa domanda in ambito legale?» afferma Stephen J. Morse, studioso di diritto e psichiatria all'Università della Pennsylvania. Egli fa parte di coloro che ritengono che la neuroscienza non rivoluzionerà mai il diritto, perché «le azioni dicono più delle immagini» e perché, in un contesto legale, «se c'è un contrasto tra ciò che la neuroscienza mostra e ciò che il comportamento mostra, devo tenere conto del al comportamento». Egli è preoccupato della prospettiva del "*neurohype*" e della possibilità che gli avvocati sopravvalutino le prove scientifiche.

Alcuni sostengono che la neuroscienza non sposterà nulla con riguardo ai problemi fondamentali di cui il diritto si occupa – «le fondamentali domande che ci poniamo da duemila anni», come dice Hoffman – domande sulla natura della responsabilità umana o sullo scopo della punizione.

Ma nella prassi quotidiana delle aule di tribunale, queste grandi preoccupazioni filosofiche potrebbero non avere importanza, osserva Kiehl.

«Se ci sono due o tre articoli che sostengono che l'evidenza ha una solida base scientifica, pubblicati all'interno di riviste prestigiose, da parte di illustri accademici, allora gli avvocati vorranno farne uso».

— **Angie e Patience (caso n. 4)**

Angie and Patience (case no. 4)

di Paolo Oddi

Il caso: le difficoltà ad acquisire la cittadinanza italiana preoccupano i britannici ai tempi di Brexit.

La questione giuridica: il procedimento di acquisto della cittadinanza italiana, anche per i cittadini europei, presenta alcuni nodi burocratici non sempre di facile soluzione e, di recente, ha subito modifiche peggiorative in ordine a condizioni e durata.

Dopo l'annuncio dell'avvio dell'uscita della Gran Bretagna dalla UE¹ ricevo le chiamate di cittadini britannici residenti in Italia da molti anni, i quali sono molto preoccupati per il futuro e desiderano acquisire al più presto la cittadinanza italiana².

¹ Il 23 giugno 2016 i cittadini britannici con *referendum* votano a favore dell'uscita dalla UE (su tutto il processo di Brexit si v. quanto pubblicato [a questo link](#)). La Gran Bretagna ha lasciato la UE il 31 gennaio 2020 e da quel momento è iniziato un periodo transitorio che dovrebbe durare fino al 31 dicembre 2020.

² La legge sulla cittadinanza attualmente in vigore è la [l. 5 febbraio 1992, n. 91](#). La cittadinanza italiana è, prima di tutto, *jure sanguinis*, cioè si diventa cittadini se si nasce da cittadini italiani (art. 1). Gli stranieri che risiedono in Italia da un certo numero di anni possono chiederla, a determinate condizioni, per naturalizzazione: gli extracomunitari dopo almeno 10 anni di ininterrotta residenza, i cittadini europei dopo almeno 4 anni [(art. 9, c. 1, lett. f) e d)]. Si tratta, in questi casi, di una vera e propria "concessione" da parte dello Stato e l'atto si caratterizza per una forte discrezionalità, poiché qui, indipendentemente dal possesso dei requisiti formali, l'Amministrazione effettua una valutazione di opportunità che persegue l'interesse pubblico (atti c.d. di alta amministrazione).

Altre fonti rilevanti sono il [D.P.R. 12 ottobre 1993, n. 572](#) (il regolamento di esecuzione) e il [D.P.R. 18 aprile 1994, n. 362](#) (regolamento dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana), oltre a una serie di circolari ministeriali. Negli ultimi due anni il [decreto sicurezza n. 113/2018](#) e la sua recentissima riforma ([d.l. 130/2020](#) in corso di conversione) hanno modificato la l. 91/92 introducendo (il primo) una ipotesi di revoca della cittadinanza a seguito di condanna per taluni reati e riguardante (ovviamente) i soli "naturalizzati" – disposizione abrogata dal d.l. 130/2020 –; nonché circa la durata del procedimento amministrativo passando dai 2 anni originariamente previsti (termine ordinatorio comunque mai rispettato), ai 4 anni (decreto sicurezza c.d. Salvini), sino ai 3 anni del d.l. 130/2020. Detto termine scatterà però solo a partire dalla conversione in legge del decreto stesso. Una più complessiva e moderna riforma della legge, che recepisce le trasformazioni della società italiana, e che si proponeva di introdurre nel nostro ordinamento un c.d. *jus soli* temperato e il

Detto traguardo è di grandissima importanza perché ciò significa per loro continuare a essere cittadini anche dell'Unione europea³.

Temono che il loro paese possa rimanere isolato, tagliato fuori da quell'importante conquista rappresentata dalla libera circolazione delle persone in Europa. Si sentono più continentali che isolani, più cittadini del mondo che cittadini di piccole patrie, e non vogliono essere considerati cittadini di paesi terzi⁴.

Patience e Angie sono due signore che, da tempo, hanno scelto l'Italia come luogo dove vivere e che mi affidano la loro pratica.

Patience, da più di vent'anni, ha stabilito la residenza nel nostro paese, cambiando molte città e, infine, approdando a Milano. In Italia ha avuto un figlio, oggi trentenne. Ha un compagno, ma non intende sposarsi, ed ha maturato ben più dei quattro anni di residenza ininterrotta necessari per chiedere la cittadinanza italiana per naturalizzazione⁵. Fino a ieri non ci pensava proprio a diventare italiana ma ora è ansiosa di esserlo.

Angie è una quarantenne che lavora nella moda. In Italia ha sposato un cittadino argentino e con i loro figli vivono in provincia di Como.

Entrambe hanno viaggiato molto. I loro passaporti sono pieni di timbri.

Entrambe non sono pienamente consapevoli delle complessità della nostra legislazione in materia di cittadinanza e dei meandri nei quali bisogna addentrarsi, oltre ai lunghi tempi di attesa della risposta.

Per tutti, europei e non europei, sono necessari due fondamentali documenti per partire con la domanda: il certificato di nascita⁶ e il certificato penale emessi dal paese di origine, legalizzati e tradotti per l'uso in Italia⁷.

Se prima si è risieduto in altri paesi sarà necessario allegare anche i certificati penali emessi da queste autorità.

c.d. *jus culturae*, promossa dalla società civile (si veda la campagna "[L'Italia sono anch'io](#)"), è ferma per veti politici.

³ La cittadinanza europea, che si aggiunge a quelle nazionali, è il grande portato del Trattato di Maastricht sull'Unione Europea (UE) del 1992. Essa dà accesso ad alcuni importanti diritti (si veda in proposito quanto pubblicato [qui](#)).

⁴ Hanno ben chiaro che essere cittadini extracomunitari rappresenta una condizione deteriore in termini di diritti. È evidente constatare come lo slittamento da una condizione più garantita (quella di europei) ad una foriera di incertezza e precarietà sia fonte di preoccupazioni.

⁵ Art. 9, c. 1, lett. d), l. 91/92.

⁶ Ha una validità illimitata nel tempo, come tutti i certificati che comprovano stati, qualità personali e fatti non soggetti a modificazioni nel tempo. Una volta ottenuto esso non scade.

⁷ Finalmente, con l'entrata in vigore del [Regolamento 2016/1191](#) il 16 febbraio 2019, viene introdotto un regime agevolato per l'utilizzo dei documenti pubblici rilasciati da uno Stato membro della UE ai cittadini europei; documenti che devono essere accettati come autentici in un altro paese membro senza necessità di legalizzazione e di Apostille. Questo importante regolamento promuove la circolazione delle persone,

Va prestata particolare attenzione al fatto che mentre il certificato di nascita non scade i certificati penali esteri hanno una validità di sei mesi⁸, trascorsi i quali bisogna rifarli.

Tutta l'attività è, dunque, una corsa contro il tempo. Ed è una corsa contro il tempo solo per poter presentare la domanda ed avviare il procedimento.

Sia per Patience che per Angie contatto gli uffici britannici, e di alcuni altri paesi dove hanno vissuto, per ottenere i certificati necessari. Ho così modo di constatare che la burocrazia britannica è di un'efficienza notevole. Dalla Gran Bretagna, infatti, i "*criminal records*" di Patience e Angie arrivano velocemente e non presentano alcuna iscrizione a loro carico.

Poi c'è la questione dei redditi. Secondo una prassi consolidata e disciplinata attraverso circolari ministeriali va documentato un reddito minimo, per ciascuno degli ultimi tre anni precedenti all'inoltro della domanda, non inferiore a circa ottomila e duecento euro⁹.

Da alcuni anni i redditi si autocertificano, così come il casellario penale italiano (che è l'altro elemento richiesto), ma ovviamente bisogna fare molta attenzione a quello che si scrive, pena una denuncia per false dichiarazioni¹⁰.

Mentre per Angie non ci sono problemi, Patience, che ha fatto lavori più discontinui, ha maggiori difficoltà a dimostrare questo parametro. Decidiamo così di indicare anche i redditi del figlio con il quale convive.

L'inoltro della domanda si fa per via telematica, caricando sul sistema del Ministero dell'interno tutti i documenti scannerizzati.

Ad Angie viene subito attribuito un codice di protocollo associato alla sua pratica.

Codice che per tutti inizia sempre con la lettera K.

⁸ Perché sono certificati che riguardano una situazione variabile nel tempo. Anche il certificato di matrimonio o dello stato di famiglia, rilasciati dal paese d'origine, hanno una validità massima di sei mesi per la medesima ragione.

⁹ Sul punto si veda la [circolare del Ministero dell'Interno prot. K.60.1 del 5 gennaio 2007](#), dove si precisa; 1) che la valutazione del limite di reddito è riferita non solo alla posizione strettamente individuale del richiedente ma in relazione al reddito dell'intero nucleo familiare; 2) che valgono i redditi dichiarati nella domanda anche se il momento di perfezionamento del relativo iter avviene «decorso un considerevole lasso di tempo allo scopo di consentire che i tempi procedurali necessari per la concessione della cittadinanza operino, ove possibile, in senso favorevole al richiedente». La circolare ribadisce che l'acquisto della cittadinanza italiana per naturalizzazione (art. 9, l. 91/92) è «per concorde opinione della giurisprudenza di natura "squisitamente discrezionale" [...] L'accertamento è altresì rivolto all'esistenza dell'interesse pubblico generale, nonché alla capacità dell'interessato di disporre di mezzi adeguati a garantirgli l'autosufficienza economica e il soddisfacimento degli obblighi di solidarietà». Per quanto concerne quest'ultimo aspetto il ministero sottolinea che «il parametro assunto da questo Dicastero, sulla base del consolidato orientamento del Consiglio di Stato è, per il singolo individuo, quello previsto dal d.l. n. 382 del 25/11/1989, convertito con legge 25 gennaio 1990, n. 8, per l'esenzione della partecipazione alla spesa sanitaria, pari a circa 8.300 euro».

¹⁰ Consiglio di farsi sempre consegnare gli ultimi tre CUD o dichiarazioni dei redditi per verificare gli importi propri e/o dei propri familiari; nonché di verificare copia del certificato del casellario penale.

Con Patience l'amministrazione procede più lentamente ma anche a lei, infine, viene attribuito il codice K.

Ulteriore e fondamentale passaggio è la convocazione in prefettura per la consegna dei documenti in originale, che avviene per entrambe non molto tempo dopo l'avvio dei rispettivi procedimenti.

Da questo punto in poi il richiedente ed il suo legale possono seguire l'evolversi della domanda, inserendo le credenziali, tramite il sito del ministero, anche se – per lungo tempo – comparirà la laconica scritta "istruttoria in corso". Qualora l'amministrazione, durante l'istruttoria, verificasse delle ragioni impeditive alla concessione sarà tenuta a notificare un preavviso di rigetto per consentire al richiedente di chiarire la sua posizione¹¹.

Se tutto filerà liscio Angie e Patience, in quattro anni, diventeranno finalmente italiane.

E saranno delle anglosassoni orgogliose di essere ancora cittadine dell'Unione europea.

Post scriptum.

Nel frattempo Angie è diventata cittadina italiana mentre Patience è in attesa di definizione della sua pratica¹².

Con l'entrata in vigore del d.l. 113/2018, convertito con modifiche nella legge 1 dicembre 2018, n. 132, per le domande presentate a decorrere dal 4 dicembre 2018, dovrà essere verificato il requisito della conoscenza della lingua italiana, pena la declaratoria di inammissibilità dell'istanza. All'art. 9 della l. 91/92 è stato, infatti, aggiunto un comma (9.1) secondo il quale «la concessione della cittadinanza italiana ai sensi degli articoli 5 e 9 è subordinata al possesso, da parte dell'interessato, di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro Comune Europeo di Riferimento per le Lingue (QCER)».

A ciò sono esonerati solo coloro che sono in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o che abbiano sottoscritto l'accordo di integrazione.

Non rientrano dunque, in questa categoria, i cittadini europei, ai quali per soggiornare oltre i tre mesi è richiesta la sola iscrizione anagrafica, oltre alla dimostrazione

¹¹ È l'avviso di avvio del procedimento amministrativo volto al rigetto ex art. 10 *bis* della l. 241/90.

¹² Grazie alla dott.ssa **Irene Pavlidi** dello Studio Incipit che ha condiviso con me questo e molti altri casi, nel suo ruolo prezioso di consulente legale esperta di *immigration law*.

dell'attività lavorativa svolta (o del possesso di risorse economiche sufficienti al soggiorno) e la titolarità di una polizza di assicurazione sanitaria¹³.

Con [circolare del 22 marzo 2019](#) il Ministero dell'Interno ha ulteriormente informatizzato tutta la procedura e da settembre 2020 ogni soggetto che presenta la domanda dovrà essere dotato del c.d. SPID.

La recente prassi, in applicazione di detta circolare, è che a seguito dell'invio della domanda (attestato da relativa ricevuta) la Prefettura effettua un previo controllo strettamente formale circa la ricevibilità della stessa. Se ritenuta irricevibile essa viene rifiutata. Se accettata verrà attribuito il codice K e successivamente il richiedente convocato per la consegna dei documenti.

A Milano, a causa della pandemia Covid, gli appuntamenti per la consegna stanno subendo forti ritardi.

¹³ Sul tema v. ampiamente A. Lang, *Il soggiorno del cittadino dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org