

Febbraio 2021

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
1/2021

Conversazione

1 ANCORA SU LIBERO ARBITRIO, IMPUTABILITÀ E RESPONSABILITÀ PENALE – CH. 1

«Il diritto penale è l'inferno».
Spunti a partire dall'intervista di DPU
con Massimo Cacciari.
Conversazione con Carla Bagnoli,
Mario De Caro e Pietro Pietrini

Carla Bagnoli, Mario De Caro,
Pietro Pietrini (conduzione di
Susanna Arcieri, Raffaele Bianchetti)

Conversazione

7 LINGUA DEL DIRITTO E LINGUAGGI DI GENERE – CH. 2

Il diritto come metalinguaggio

Alessandro Rudelli, Emanuela
Abbatecola, Angela Condello

Riflessione

12 IMPUTABILITÀ, COLPEVOLEZZA E LIBERO ARBITRIO. LE LINEE DIRETTRICI DEL CANTIERE

Susanna Arcieri, Fabio Basile,
Raffaele Bianchetti, Luca Santa Maria

Riflessione

19 METAMORFOSI DI UN DELITTO: LA RISCrittURA DELLA STRAGE DI ERBA

Recensione del volume di Stefania
Panza (Tralerighe Editore, 2020)

Piergiorgio Strata

*Riflessione***44 BISOGNA
AVER VISTO**

Redazione

*Riflessione**Riflessione***25 AMIANTO/7: IL NUOVO
DIRITTO PENALE
SI DEVE MISURARE
CON L'INCERTEZZA
DELL'EVENTO (COSÌ
COME LO ABBIAMO
CONSIDERATO
FINORA)**

Luca Santa Maria

**47 MINORI CONTESI:
CAUSE E ORIGINI
DEL DISAGIO GIOVANILE**

Genitori in conflitto e disagio scolastico. Uno sguardo alla prassi del tribunale per i minorenni

Francesco Provinciali

*Riflessione***29 CONOSCERE PER
POTER MEGLIO
RIFORMARE**

Giovanni Fiandaca

*Riflessione***63 DIFENDERE I MIGRANTI,
PROTEGGERE I DIRITTI.
DIALOGO CON CATERINA
BOVE E ANNA BRAMBILLA**

Un dialogo tra avvocati immigrazionisti a proposito dell'ordinanza del Tribunale di Roma – Sezione diritti della persona e immigrazione N.R.G. 56420/2020, del 18 gennaio 2021

Paolo Oddi

*Riflessione***35 IL CASO SAN PATRIGNANO
A GIUDIZIO DEI POSTERI**

Il difficile rapporto fra diritto e concretezza

Paola Bonora

Conversazione

66 TROPPI SOLDI IN PARADISO? A PROPOSITO DI RICICLAGGIO, EVASIONE FISCALE E RICCHEZZE NASCOSTE

Conversazione con Piergiorgio
Valente

Elisa Padoan, Piergiorgio Valente

Riflessione

102 AMIANTO/8: QUANTO POCO VALE LA VITA DI UN UOMO PER IL DIRITTO PENALE

Luca Santa Maria

Riflessione

72 EREDITARIETÀ DELLA VENDETTA E DELLA RIPARAZIONE

Rilettura di "Un racconto di
campagna" di Karen Blixen

Marco Bouchard

Conversazione

104 ANCORA SU LIBERO ARBITRIO, IMPUTABILITÀ E RESPONSABILITÀ PENALE – CH. 2

Un diritto penale incoerente?
Conversazione con Carla Bagnoli,
Mario De Caro e Pietro Pietrini

Carla Bagnoli, Mario De Caro,
Pietro Pietrini (conduzione di
Susanna Arcieri, Raffaele Bianchetti)

Riflessione

84 UN'ALTERNATIVA NON PUNITIVA ALLA PUNIZIONE RETRIBUTIVA

Gregg D. Caruso, Derk Pereboom
(a cura di Susanna Arcieri)

Conversazione

111 **LA CRIMINALITÀ
DEI POTENTI**

Una conversazione con
Vincenzo Ruggiero

Raffaele Bianchetti, Vincenzo Ruggiero

Riflessione

118 **CANNABIS OGGI:
POSSO O
NON POSSO?**

I Gli orientamenti giurisprudenziali
italiani riguardo le principali
questioni controverse sul tema

Alessandra Ferrazzi Portalupi

Riflessione

133 **«AIUTIAMOCI A CASA LORO»**

Di immigrazione, società civile
e coscienza morale

Antonio Salvati

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, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

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



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

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

ISSN 2704-6516

Via T. Salvini 10 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

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

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



Conversazione

— Ancora su libero arbitrio, imputabilità e responsabilità penale – Ch. 1

«Il diritto penale è l'inferno». Spunti a partire dall'intervista di DPU con Massimo Cacciari.

Conversazione con Carla Bagnoli, Mario De Caro e Pietro Pietrini

Again on free will, imputability and criminal responsibility – Ch. 1

«Criminal law is hell». Taking the cue from DPU's interview with Massimo Cacciari. Conversation with Carla Bagnoli, Mario De Caro e Pietro Pietrini

di Carla Bagnoli, Mario De Caro, Pietro Pietrini (conduzione di Susanna Arcieri, Raffaele Bianchetti)

Di recente, in questa rivista, abbiamo intervistato il Prof. Massimo Cacciari, con il quale abbiamo parlato di colpevolezza, imputabilità e libero arbitrio¹.

Vorremmo iniziare proponendovi alcune delle sue riflessioni.

«Non c'è, nella scienza, alcuno spazio per poter accogliere l'idea che la mia parte noetica venga da fuori di me. Noi siamo parte della natura e quindi niente affatto liberi».

¹ Cfr. M. Cacciari, S. Arcieri, F. Basile, R. Bianchetti, P.E. Cicerone, *Alla radice dell'imputabilità e della colpevolezza penali. Conversazione con Massimo Cacciari – pt. 1*, in questa rivista, 16 dicembre 2020.

In particolare, ha detto Cacciari, «sarebbe necessario riconoscere, scientificamente, che ogni azione conscia è solo la punta dell'iceberg di un immenso inconscio. Il giudice che commina la pena che cosa sa di tutta questa parte? Egli giudica esclusivamente la parte visibile dell'iceberg, ma è totalmente ignorante dell'inconscio».

Il "libero arbitrio" sarebbe dunque solo un'illusione, dal momento che l'essere umano non può né potrà mai essere libero dalla sua base biologica. Anche per questo, secondo Cacciari, il diritto penale «puzza tremendamente d'inferno».

Qual è la vostra opinione in proposito? Esiste il libero arbitrio? C'è qualcuno al "timone" della nostra mente? E se sì, chi?

Carla Bagnoli

La metafora platonica del capitano "unico" della nave è spesso utilizzata in modo polemico nella discussione della plausibilità dei modelli filosofici di deliberazione razionale. Recentemente, per esempio, viene ripresa da Simon Blackburn in *The Ruling Passions* per criticare il modello di deliberazione kantiano².

A mio avviso, questa critica è inappropriata, poiché il modello kantiano è alternativo a quello della metafora del capitano. Anziché un capitano unico, che domina la ciurma, Kant propone un modello dialogico di "co-legislazione", dove ogni agente ragiona dal punto di vista di una pluralità di agenti finiti, interdipendenti, limitati ma capaci di finalità proprie soprattutto capaci di immaginarsi in un rapporto di reciprocità con i loro simili (altrettanto finiti, interdipendenti, limitati eppure capaci di reciprocità). Una tale pluralità di agenti, dai fini eterogenei e potenzialmente confliggenti, non trova una coordinazione "naturale". Il modello kantiano riconosce dunque l'origine della normatività (in generale, ma soprattutto quella del diritto) come la soluzione ad un problema di coordinazione tra agenti, finiti e limitati, che agiscono nel tempo e quindi in un mondo deterministico. In *The Sources of Normativity*, Christine Korsgaard sostiene che l'etica kantiana dell'autonomia è l'unica plausibile in una visione naturalistica dell'universo³. È quindi particolarmente interessante che Blackburn usi la metafora del capitano proprio contro Kant.

Usando in modo polemico la metafora platonica, Blackburn intende mostrare che le disposizioni naturali, se ben educate, possono essere delle direttrici della deliberazione. Si tratta di un modello "naturalistico", che rinuncia agli assunti autonomisti che di solito vengono attribuiti alle etiche e alle teorie dell'azione razionale in senso classico. È un modello che ci fa vedere come l'ipotesi di avere un corpo e di avere delle disposizioni naturali non contrasti affatto con una concezione dell'agire deliberato. Al contrario, le disposizioni naturali si possono educare in modo da costituire motivazioni morali affidabili e autorevoli nel tempo.

² S. Blackburn, *The Ruling Passions*, Clarendon Press, 1998, pp. 243 ss.

³ Cfr., in proposito, C. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, 1996.

L'obiettivo polemico di Blackburn è una certa concezione intellettualistica e monolitica della deliberazione razionale, che affida alla Ragione il comando della nave. Questa concezione è certamente inadeguata e, *pace* Blackburn, già esautorata proprio dalla critica kantiana del razionalismo dogmatico. In altre parole, questa battaglia è già vinta da un paio di secoli. Ciò che, invece, è più problematico, allo stato attuale del dibattito, è *che cosa* intendere per deliberazione razionale, p.e., quali sono le norme costitutive o se vi sono tali norme.

La via più promettente, a mio avviso, consiste nella rivisitazione del concetto di ragione pratica. Per esempio, il modello aristotelico di ragionamento pratico è stato utilissimo per comprendere l'impatto della corporeità e delle emozioni sulle attività deliberative. Il recupero di queste risorse teoriche, aristoteliche e kantiane, ci consente di collocare la deliberazione razionale nella giusta prospettiva, senza ricorrere a ipotesi metafisiche stravaganti o anti-naturalistiche. Il naturalismo impone un vincolo di plausibilità ineludibile alla teoria della deliberazione così come a tutte le dimensioni della normatività. Si tratta di un vincolo di plausibilità, che dunque non attiene ai contenuti dell'attività della deliberazione, né ai profili normativi che possono essere tracciati a partire da teorie dell'azione razionale più o meno complesse. Quindi, una volta riconosciuto questo vincolo di plausibilità descrittiva, la discussione interessante riguarda il profilo di agente razionale che intendiamo promuovere: questa è la dimensione etica e politica della normatività.

Le metafore sono sempre molto suggestive; d'altra parte, però, l'indagine filosofica sulla deliberazione razionale è un altro genere di lavoro. Un lavoro che va fatto "di fino", non solo per determinare il posto della normatività nella natura, ma anche per dar forma alla sua progettualità, a partire dai profili di "agente razionale" ammissibili dal punto di vista del naturalismo (beninteso, un naturalismo non-riduttivista, del tipo che Mario De Caro, insieme ad altri, ha fortemente difeso).

Mario De Caro

Sono naturalmente d'accordo con la Prof.ssa Bagnoli e aggiungerei che nelle sue considerazioni, peraltro interessanti, il Prof. Cacciari propone una visione a mio avviso obsoleta del dibattito sul libero arbitrio. Nelle sue parole mi pare di sentire l'eco – ma forse mi sbaglio – della prospettiva nietzschiana, per la quale «noi siamo il nostro corpo».

Il libero arbitrio come lo interpreta Cacciari è un'idea vecchia che appartiene a una metafisica ormai morta. Anzitutto, nessuno studioso che si occupi seriamente di libero arbitrio lo concepisce ancora in quel modo. E neppure viene concepito come ritiene Cacciari il rapporto tra la mente e il corpo, secondo una visione, cioè, che ricalca il vecchio modello di matrice cartesiana, che postula l'esistenza di una mente razionale autocosciente che dovrebbe governare tutti gli impulsi non cognitivi, ossia le passioni e le emozioni. Nessuno la pensa più così, ripeto: è un modello ormai del tutto obsoleto.

Grazie alle scienze cognitive, alla psicologia ma anche alle neuroscienze, sappiamo che c'è una profonda commistione tra il piano razionale e cognitivo e quello emotivo. Non è vero che il primo governa il secondo, ma a mio avviso – credo anche

secondo la Prof.ssa Bagnoli, e immagino anche a parere del Prof. Pietrini – non è nemmeno vero l'opposto, ossia che la razionalità e la coscienza non giochino alcun ruolo. Esiste infatti una profonda commistione tra i due livelli.

Pertanto, il primo punto da cui dovremmo partire è che l'idea di un "capitano" che dall'alto controlla la nostra mente appartiene a una concezione ormai ampiamente superata, che è del tutto inutile contestare perché, ripeto, di fatto è già morta. Stesso discorso vale per il libero arbitrio: l'idea che esso sia qualcosa di contro-causale, qualcosa che va contro la legalità naturale, è un'idea completamente superata.

Se lo intendiamo in questi termini, allora certamente il libero arbitrio non esiste; ha ragione Cacciari. L'errore che commette Cacciari, a mio parere, è appunto quello di ritenere che, quando si discute oggi di libero arbitrio si faccia riferimento a quella concezione. Non è affatto così: come diceva la Prof.ssa Bagnoli, oggi quando si ragiona di libero arbitrio si pensa piuttosto a un modo di interazione tra gli stati cognitivi e gli stati emotivi tale per cui, in alcuni casi – non moltissimi peraltro, secondo la psicologia cognitiva – gli stati coscienti, cognitivi, sono in grado di controllare le nostre azioni.

Si tratta, tra l'altro, di un discorso che si accosta in maniera tangenziale alla vecchia contrapposizione determinismo-indeterminismo, in quanto rappresenta una forma di cosiddetto "compatibilismo", una visione, cioè, che "funziona" anche laddove ammettessimo di vivere in mondo regolato da leggi deterministiche.

La provocazione di Cacciari invece, presuppone la vecchia idea per cui, in un modo deterministico, non può esistere il libero arbitrio, secondo la concezione antica del termine. Insomma, si tratta di una visione magari interessante, con una grande storia, però completamente obsoleta.

Pietro Pietrini

Vorrei focalizzarmi sull'ultimo punto sollevato dal Prof. Cacciari, ossia l'idea che «il diritto penale è l'inferno». Credo che qui torni in campo la solita, vecchia questione, sulla quale ho discusso in molte occasioni anche con il Prof. De Caro, che è quella di capire quanto una persona sia in grado di controllare i propri impulsi, il proprio comportamento e di fare altrimenti se solo lo volesse.

Nel diritto penale, quello che il giudice chiede al perito, quando gli pone i noti quesiti, è sostanzialmente questo: di valutare se il periziando era, al momento dei fatti, persona capace di intendere e di volere, ossia se fosse in grado di comprendere la natura delle azioni che si accingeva a compiere e le loro conseguenze, e se avrebbe potuto agire diversamente da come ha agito, se solo l'avesse voluto. Se anche una sola di queste due condizioni era abolita o grandemente scemata al momento dei fatti, la persona è, rispettivamente, non imputabile o solo parzialmente imputabile e dunque solo parzialmente responsabile del fatto commesso.

Il punto centrale qui, a mio avviso, è che noi, come società, ci siamo dati delle regole. La nostra libertà sta proprio nella capacità di adattare e controllare il nostro comportamento in ragione di quelle regole. È ovvio, infatti, che se ciascuno di noi vivesse

su un'isola deserta, non avremmo bisogno di rispettare alcuna regola che non fosse quella che ci induce a soddisfare i nostri bisogni. È però sufficiente che sull'isola ci sia un'altra persona perché si diventino necessarie norme per far sì che la libertà dell'uno non invada quella dell'altro e non sia lesiva dei diritti dell'altro.

Dal momento che viviamo in una società organizzata, abbiamo un sistema di regole. Le quali, peraltro, si sono modificate ed evolute nel tempo. Lo scorso venerdì, 27 novembre, ricorreva la giornata internazionale della lotta alla violenza contro le donne, che è un tema di grandissima attualità. La violenza nei confronti della donna affonda le sue radici qualche millennio addietro. Nel 621 avanti Cristo, Dracone introdusse per la prima volta una legge che normava la punizione per i reati di omicidio. Dracone operò la distinzione tra l'omicidio volontario e l'omicidio colposo; il primo veniva punito con la pena di morte, il secondo con l'esilio. Oltre a questi, tuttavia, vi era anche l'omicidio "giusto", ossia quello perpetrato da chi coglieva la moglie, la compagna, la fidanzata – ma anche la figlia, la madre o la sorella – in flagrante adulterio, che comportava l'applicazione di una pena ridotta. All'epoca, dunque, i casi di uccisione lecita della donna andavano ben oltre i casi di tradimento all'interno della coppia, secondo una concezione tipicamente ispirata a un'idea di controllo totale da parte dell'uomo sulla vita delle donne.

La logica alla base del codice draconiano, vecchio di 2641 anni, è rimasta pressoché inalterata nella cultura giuridica fino ai tempi nostri. È solo nel 1981, infatti, che in Italia è stata abrogata la legge in materia di delitto d'onore, che anche nella formulazione testuale era molto simile a quella del codice draconiano. Ai sensi di quella disposizione, chiunque avesse ucciso la propria moglie, madre, sorella o figlia, «nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia» riceveva una pena sostanzialmente irrisoria (da 3 a 7 anni). Oggi, al contrario, l'omicidio della propria compagna, figlia o moglie in ragione di quegli stessi motivi è considerato aggravato e dunque è punito più severamente. Tutto ciò dimostra come, nel tempo, uno stesso comportamento possa essere giudicato in maniera radicalmente diversa all'interno della medesima società.

Perché ho fatto riferimento a Dracone? Perché siamo abituati a pensare alle epoche del passato come se fossero qualcosa che non ci riguarda, ma spesso non è affatto così. La norma del codice draconiano è passata indenne attraverso secoli e secoli di evoluzione sociale, a dimostrazione che il presupposto concettuale sul quale si fondava – il diritto dell'uomo al controllo sulla donna – è rimasto tale fino a poche decine di anni fa in tutti i sistemi giuridici dei Paesi occidentali e ancora sopravvive non solo nella giurisprudenza di molti altri Paesi ma purtroppo anche nel comune sentire sociale.

Che cosa vuol dire "libero arbitrio" nella prospettiva del diritto penale? Esso indica la capacità di controllare il proprio comportamento in modo tale da rispettare le leggi vigenti.

Certamente tutti noi siamo determinati, lo siamo molto. Siamo determinati in tutto, anche ad esempio nella scelta dei cibi prediletti; quasi nulla è frutto di una libera scelta. Abbiamo caratteristiche che ci portano a scegliere una cosa invece di un'altra e talvolta ci accorgiamo che le stesse caratteristiche sono presenti anche nei nostri figli.

Dunque, siamo determinati; tuttavia, abbiamo anche un certo grado di libertà che ci permette di controllare il nostro comportamento ed è sulla portata di questo grado di libertà che si concentra la discussione. Anche nell'ambito delle neuroscienze, ciò su cui stiamo lavorando è cercare di capire in quali casi e in quale misura una persona non è più in grado di comprendere pienamente il significato delle azioni che compie e perde la capacità di agire altrimenti.

Esistono casi in cui il venir meno della capacità di controllare il proprio agire appare chiara a tutti, come ad esempio quello del cleptomane. Il cleptomane compie un atto nella piena consapevolezza del suo disvalore sociale, ma non può fare diversamente, a causa di un impulso che – appunto – è irrefrenabile e come tale insopprimibile. Pensiamo al direttore di banca (caso reale) che, in balia dell'impulso, si mette nei guai per avere sottratto una boccetta di *tester* di profumo dallo scaffale di un duty-free dell'aeroporto, in luogo nel quale tutti sanno esserci telecamere ovunque. Credo che nessuno di noi, in casi come questo, nel quale una persona stimata mette a rischio la sua reputazione e la sua professione per un impulso incontrollabile, avrebbe difficoltà a dire che quella è una persona malata, non certo un criminale.

Un altro esempio è quello dell'impulso e del comportamento pedofilico e qui il discorso si complica, perché il disvalore sociale della condotta non è evidentemente paragonabile a situazioni come quella del cleptomane. Tuttavia, se lasciamo da parte il disvalore sociale e la gravità dell'atto in sé e ci concentriamo invece sulle caratteristiche che condizionano, direi determinano, e che sono alla base del comportamento del cleptomane e del pedofilo, è difficile arrivare a trovare qualcosa che sia poi tanto diverso, da un punto di vista scientifico, nei due casi.

Queste sono le frontiere della ricerca in questo senso, che la letteratura anglosassone, giocando sulle parole, sintetizza con il noto: *bad* or *mad*. Vale a dire: un individuo è *bad*, cioè è cattivo per scelta, perché sa di essere cattivo e potrebbe fare altrimenti, oppure è *mad*, ossia è malato, "cattivo" dal punto di vista della società, ma di fatto privo della capacità di comportarsi diversamente e/o di comprendere la natura delle cose che sta facendo?

(continua...)

Conversazione

— **Lingua del diritto e linguaggi di genere – Ch. 2**

Il diritto come metalinguaggio

Language of law and languages's gender – Ch. 2

The law as meta-language

di Alessandro Rudelli, Emanuela Abbatecola e Angela Condello

Emanuela ci ha portati a comprendere:

Come può avvenire l'incorporazione dei modelli di dominio.

Chiederei se Angela ha qualcosa di dire pensando al corpo del diritto.

Angela Condello

Innanzitutto ti ringrazio e seguo i ringraziamenti che vi ha rivolto Emanuela per l'occasione così piacevole di dialogo.

Mi stavo appassionando: lei stava dicendo che era una "ragazza del Novecento"; in realtà anch'io sono una ragazza del Novecento, mica sono una *millenials*¹!

¹ Con questo termine si indica la generazione dei nati tra i primi anni Ottanta e la metà degli anni Novanta.

Sono una ragazza del Novecento un po' più attardato, ma mi appartiene ugualmente questa necessità di dovermi liberare, di dover prender coscienza di questi processi che stanno dietro la neutralizzazione.

Stavo seguendo la sua trama biografica autoriflettendomi e questo mi dava piacere.

Rispetto a quello che Emanuela diceva sul carattere neutro che non è mai "*nec – utrum*": in latino "neutro" vuol dire che non è né l'una né l'altra cosa e in realtà invece questo *nec-utrum* non è un terzo.

C'è l'idea antica del nome che in qualche modo riflette la natura delle cose, la loro stessa essenza, per la quale in qualche modo c'è un atteggiamento realista verso il linguaggio.

Questa la chiamo 'tazza' perché a un certo punto è emersa l'essenza di tazzosità.

Contro l'idea realista c'è quella nominalista o convenzionalista, perché invece, come dice Platone, sono stati grandi uomini quelli che hanno dovuto dato i nomi alle cose perché hanno fatto una cosa che poi ha segnato la storia dell'umanità.

Questo per dire che Emanuela ha toccato delle corde di filosofia del linguaggio e quindi di **filosofia del linguaggio del diritto** e non a caso il femminismo della differenza nasce proprio come critica del linguaggio.

Voglio dire che c'è un'intersezione, una trama aperta tra questi canali, e il diritto non è fuori da questa trama perché, come diceva Norberto Bobbio, **il diritto è un metalinguaggio**.

Cioè: c'è il linguaggio grazie al quale noi ora stiamo comunicando e ci capiamo se io dico «tazza» e a causa del quale diciamo per esempio «uomo» per dire «umanità».

Il linguaggio ha una ambivalenza intrinseca di portatore di natura e di artificio, una oscillazione costante perché in fondo denomina quel che ci circonda, non può non farlo, e al tempo stesso nel farlo può far danni, per usare un termine non proprio tecnico.

E d'altra parte non può che fare danni, quindi c'è anche questo carattere un po' tragico che si porta dietro il linguaggio, diciamo così, "ordinario".

Il diritto in quanto linguaggio che fa uso del linguaggio, in qualche modo è una specie di paradigma di questo carattere tutt'altro che neutrale del linguaggio.

Una proposizione normativa, un enunciato, contiene parole che possono essere "congiunto" oppure "amante", possono essere "marito" oppure "compagno", "unione civile" anziché "matrimonio", eccetera: ci si deve sedere dentro un Parlamento e si litiga e si deve votare su quale termine utilizzare, come se fosse **un teatro del linguaggio il diritto**.

Sia quando si mette in forma, cosa scriviamo nella legge, il processo di legiferazione; sia quando un giudice deve dire se uno era colpevole o non era colpevole, il momento quindi della *adjudication*.

Quindi ancora una volta il diritto dimostra questa incisività del linguaggio e questo carattere di causa che produce conseguenze sul mondo.

Rispetto a quello di cui discutiamo oggi, legandomi a quello che diceva magnificamente la mia compagna: Simone de Beauvoir² e un certo femminismo ci hanno insegnato che parliamo di genere e non di sesso perché vogliamo dare peso al carattere socialmente e culturalmente costruito della "identità" o della "performance", come direbbe Judith Butler³.

Perché anche **la stessa definizione di genere**, ci arriveremo poi dopo, **è ambigua, è aperta**.

La tesi per cui **il genere è qualcosa che si costruisce socialmente**, per cui io fisiologicamente posso avere una vagina o un pene, ma mi posso sentire, posso agire, posso amare, essere ed esistere come qualcosa di diverso rispetto a quello; questa tesi porta con sé l'idea del carattere fortemente artificiale del genere.

Ora il diritto come metalinguaggio, cioè come linguaggio che fa uso del linguaggio ordinario e quindi in qualche modo amplifica questi processi di neutralizzazione non innocua, fa due cose: da una parte non può far altro che "riflettere" perché viene dalla società, viene dalle esigenze della società.

Quando devo decidere se includere o no una categoria nella classificazione "LGBT" devo ascoltare ciò che c'è nel mondo, e ciò che c'è nel mondo non lo fa solo il diritto.

Nel momento in cui io legifero, faccio però giurisprudenza, interpreto le leggi e mi faccio a mia volta linguaggio performativo che trasferisce conseguenze sul mondo.

Quindi se dico che una cosa **deve** essere così mi faccio linguaggio normativo: **il giuridico da una parte riflette e dall'altra costituisce**.

È quindi una specie di canale che può essere molto produttivo o molto ostruttivo, molto riduttivo, addirittura può neutralizzare in quel modo non neutralizzatore alla "enne", nel senso che rischia di fare da grande cassa di amplificazione di quei problemi socialmente e culturalmente originati di cui di fatto il diritto è uno dei grandi specchi.

² Di Simone de Beauvoir, scrittrice, saggista, filosofa, femminista di primo piano internazionale, esponente dell'esistenzialismo col proprio compagno Jean Paul Sartre, si vuole qui ricordare soltanto il testo fondamentale per l'ordine del discorso che si sta facendo: S. de Beauvoir, *Il secondo sesso*, Il Saggiatore, 2016.

³ Tra le più importanti e discusse filosofe viventi, Judith Butler insegna all'Università di Berkeley, California. Le sue tesi sul genere, la sessualità e il potere sono al centro del dibattito politico e filosofico internazionale. In questa sede si ricordano due suoi lavori fondamentali: J. Butler, *La vita psichica del potere. Teorie del soggetto*, Mimesis, 2013; J. Butler, *Fare e disfare il genere*, Mimesis, 2014.

Il diritto è uno dei principali strumenti di costruzione della realtà sociale e anche di conformazione, ridefinizione, risignificazione.

Quindi direi che quello che diceva Emanuela⁴, per il diritto in qualche modo vale dalla sua origine fino al suo modo di agire.

Quando si parlava del fatto che il maschile include il femminile ma non fa l'operazione inversa e spesso la risposta che si riceve è che non sono queste le cose importanti, Emanuela ha usato una parola secondo me molto importante che non a caso è una parola transdisciplinare: "ordine".

Non è rilevante dire «avvocato» o «avvocata», ci viene detto, ma l'importante è dire come si deve fare il concorso per diventare procuratore legale.

Invece qua dietro **si riflette un ordine di genere, un ordine simbolico** che lavora su dimensioni anche inconse.

Inconse, parzialmente rimosse, magari represses perché sono sociali e non sono proprio quelle dell'individuo.

Mi risuonava appunto questa parola "ordine" perché **è una parola fondamentale per il linguaggio.**

Il linguaggio è un ordine che mette a sistema, che riporta in qualche modo la pluralità degli enti ad una unità per cui appunto noi ci capiamo se io dico «buongiorno» o «mi hai fatto arrabbiare».

E al tempo stesso, **come lo chiamano già dai romani il diritto? Un ordo**⁵.

Perché fa quella roba lì, cioè definisce come trattare tanti casi in un modo tendenzialmente egualitario.

E nel fare questa cosa tutti e due questi ordini sono *tranchant* e non possono che esserlo: insisto su questo carattere tragico necessitato del diritto.

Il problema è lavorare per fare quello che Emanuela diceva: cioè riprendere coscienza di un grande rimosso collettivo per cui non ci accorgiamo neanche che "Diritto Penale e Uomo" può portare con sé il discorso che stiamo facendo.

E magari in una situazione normale di inconsapevolezza linguistica quotidiana, anche una studiosa, e quindi a maggior ragione una persona che fa tutt'altro nella vita e quindi non ci sta dietro a questa cosa, lo lascia correre.

⁴ Si fa riferimento alle procedure di neutralizzazione e di dominazione sostenute dall'uso della lingua, così come argomentate da Emanuela Abbatecola nel primo capitolo della presente conversazione ("[Le parole non sono neutre: il maschile e il femminile nella lingua](#)") al quale si rimanda.

⁵ L'ordo nella liturgia cattolica è l'insieme di un rito, di un sacramento, di una consacrazione o benedizione nel suo svolgimento, con tutti i testi necessari (preghiere, letture e canti).

Emanuela Abbatecola

Trovo molto stimolante dialogare con Angela e mi piace moltissimo il fatto che lei mi chiami "la sua compagna".

Non ci conoscevamo prima però è nata subito una facilità perché probabilmente parliamo lo stesso linguaggio e questo evidentemente facilita.

Io condivido tutto quello che ha detto Angela e la ringrazio per avermi anche in parte sollevato dallo spiegare cos'è il genere perché è complicatissimo.

Condivido assolutamente la sua definizione: il genere ci dice quello che la società si aspetta da noi in virtù del corpo, delle caratteristiche fisiche dei nostri corpi.

Quindi i bambini e le bambine fin da piccolissime sanno perfettamente come dovranno muoversi, correre, vestirsi, giocare, parlare, di che cosa potranno ridere e di cosa no, in funzione delle loro caratteristiche fisiche.

[...continua]

Riflessione

— Imputabilità, colpevolezza e libero arbitrio. Le linee direttrici del Cantiere

Imputability, guilt and free will. The guidelines of the Building Site

di Susanna Arcieri, Fabio Basile, Raffaele Bianchetti, Luca Santa Maria

«I progressi nella biologia della mente offrono la possibilità di un **nuovo umanesimo** in grado di fondere le scienze che studiano il mondo naturale con le scienze umane, che si occupano del significato dell'esperienza umana.

Questo nuovo umanesimo scientifico, basato in buona parte su intuizioni biologiche relative alle differenze nelle funzioni cerebrali, cambierà radicalmente il modo in cui ci consideriamo e ci vediamo l'un l'altro.

Ciascuno di noi già si sente unico, grazie alla propria coscienza di sé, ma avremo l'effettiva conferma biologica della nostra individualità.

Questo, a sua volta, porterà a nuove intuizioni sulla natura umana e a una **comprensione e apprezzamento più profondi sia della nostra umanità condivisa sia della nostra umanità individuale**»¹

L'essere umano è libero?

Che cos'è la coscienza, e dove si trova?

Come funziona la mente umana?

Che cosa guida il nostro comportamento, la ragione o l'emozione?

Che cosa giustifica la possibilità di muovere un rimprovero, e poi applicare una pena,

¹ E. Kandel, *La mente alterata. Cosa dicono di noi le anomalie del cervello*, Raffaello Cortina, 2018, p. 17.

ad un altro essere umano per la condotta da lui tenuta?

Sono domande senza tempo, che fin dall'inizio della cultura occidentale impegnano gli studiosi di **filosofia**, scienze della **mente**, scienze del **cervello**, e ovviamente gli studiosi di morale e di diritto, ma che purtroppo da troppo tempo non interessano più il diritto penale.

Eppure, da queste domande, e dalle rispettive risposte, discendono conseguenze immani per tutti i protagonisti del «[dramma del processo penale](#)», giudice, reo e vittima, perché è proprio da esse che dipende la **validità stessa dell'immagine di essere umano** – un soggetto **imputabile**, suscettibile di un rimprovero di **colpevolezza**, e quindi legittimamente **punibile** – **che il diritto penale presuppone**.

Per quanto il dibattito sulla libertà dell'individuo non abbia mai conosciuto una tregua nella storia umana, oggi più che in passato – in virtù dell'avvento e del successivo rapido sviluppo delle neuroscienze –, la tradizionale adesione, quasi fideistica, al principio della libera autodeterminazione dell'uomo è sempre più **seriamente minacciata** dall'evidenza scientifica.

La fondamentale missione del Cantiere Aperto su Imputabilità, colpevolezza e libero arbitrio è allora quella di portare finalmente questi problemi e queste domande anche al centro del dibattito penalistico, nella profonda convinzione che – riprendendo un pensiero espresso da Massimo Cacciari durante la sua recente [conversazione con DPU](#) – non vi possa essere conoscenza alcuna, in qualunque disciplina o settore, che non prenda le mosse dallo studio della biologia dell'uomo, del nostro corpo e del suo funzionamento; in definitiva, da **quello che siamo**.

Presentiamo dunque, di seguito, alcuni primi **punti di partenza che orienteranno i futuri lavori del Cantiere**, individuati grazie al contributo sino ad ora offerto dagli illustri scienziati, studiosi e accademici già interpellati da DPU su questi temi.

1. Il nostro codice penale dà esplicito rilievo alla "**coscienza**" della condotta, la cui presenza sembrerebbe addirittura costituire requisito fondamentale della stessa possibilità di punire: "nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà", recita infatti il comma 1 dell'art. 42 c.p.

*Che cosa è, però, la coscienza?
E come se ne accerta la presenza?*

Né la legge penale, né la dottrina penalistica, nonostante accurati studi e ricerche², sono finora state in grado di darci risposte definitive in proposito; nel frattempo, comunque, la psicologia e [la filosofia ci avvertono](#) che «sarebbe necessario riconoscere, scientificamente, che **ogni azione conscia è solo la punta dell'iceberg di un immenso inconscio**».

² Ricordiamo, *ex pluris*, G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, 1971, pp. 203 ss.

Anche se riuscissimo a capire che cos'è la coscienza, rimarrebbe, quindi, il **mistero dell'incoscienza**: di quella parte – forse la gran parte – della vita mentale dell'individuo che si svolge, in realtà, fuori dalla coscienza, dal momento che solo un numero esiguo delle informazioni processate dal cervello umano [affiora in realtà alla coscienza](#).

Le nuove conoscenze acquisite in merito alle correlazioni tra processi cognitivi/emotivi e meccanismi neurali hanno fondato empiricamente l'intuizione di Freud **sull'esistenza dell'inconscio** e questa evidenza – certamente spiazzante per l'immagine che ciascuno di noi ha di se stesso – dovrebbe sconvolgere anche le consolidate convinzioni dei penalisti.

Il problema – sia chiaro – è immane.

L'intera cultura occidentale si fonda, infatti, sulla coscienza: basti pensare all'influenza sul pensiero occidentale degli ultimi duecento anni esercitata dall'elaborazione di Kant sulla coscienza quale sede della legge morale naturale: ma se "cade" la coscienza, "cade" anche l'idea di responsabilità per violazione della legge morale naturale.

Il diritto penale attuale è ben lungi dall'essersi accomiato da **Kant**. L'idea retributiva della pena è tuttora la base – troppo spesso rimossa – del diritto penale e non è facile giustificare la retribuzione senza la colpevolezza, almeno come non è facile giustificare la colpevolezza senza la libertà.

2. Almeno per il diritto penale, distinta e autonoma dalla coscienza è poi l'**imputabilità**, vale a dire, ai sensi dell'art. 85 c.p., la «capacità di intendere e di volere». Della stessa, tuttavia, in ambito penalistico si forniscono perlopiù definizioni tautologiche, sicché rimane aperta una questione fondamentale:

Che cosa è questa capacità?

E in che misura possiamo riconoscere questa capacità a prescindere dalla previa verifica dell'esistenza del libero arbitrio?

Rispetto alla questione del **libero arbitrio** – «la questione più dibattuta di tutta la metafisica» come la definiva Hume³ – la dottrina penalistica, dopo le scintille dello scontro tra Scuola Classica e Scuola Positiva, si era assestata, fino a qualche anno fa, su una posizione intermedia (se non neutrale)⁴ tra "determinismo" e "indeterminismo".

Si era, infatti, preso atto del fatto che, se una volontà libera, intesa come libertà assoluta di autodeterminazione ai limiti del puro arbitrio, non esiste, l'idea di una libertà, invece, "relativa" o "condizionata" risulterebbe perfettamente funzionale agli scopi regolativi del diritto penale:

³ D. Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, OUP Oxford, 1998, tr. it. *Ricerca sull'intelletto umano*, in *Opere filosofiche*, vol. 2, Laterza, 2008.

⁴ La questione del libero arbitrio veniva ritenuta, già nella *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice penale*, Roma, 1930, p. 43, questione «insoluta e forse insolubile», oltre che «del tutto estranea al diritto penale, in quanto la soluzione di essa non è affatto necessaria per la giustificazione razionale e per l'applicazione della legge penale».

«La vita pratica di ogni giorno poggia sul presupposto, implicitamente ammesso, che ciascuno di noi sia abbastanza capace di regolare la propria condotta in modo da non disattendere le aspettative degli altri: realtà o illusione, ciascuno vive come esperienza psicologica il sentimento della libertà di autodeterminarsi in modo conforme alle scelte e ai desideri. È di qualcosa di simile che il moderno diritto penale si appaga. Esso cioè assume la libertà del volere non come un dato ontologico, ma come un necessario presupposto della vita pratica; non come un dato scientificamente dimostrabile, bensì come contenuto di un'aspettativa giuridico-sociale»⁵.

Ciò sembra voler dire che, di fatto, la libertà esiste perché esiste un diritto penale, che di questa libertà ha necessità. Si tratta di una soluzione all'apparenza capace di neutralizzare l'immane problema, poiché consente di non affrontare frontalmente la questione della libertà e quindi della possibilità stessa di muovere fondatamente un rimprovero di colpa ad un uomo.

Una soluzione che, però, ci pare **tutt'altro che appagante**.

Se infatti il concetto "pratico" di libertà – indubbiamente utile per giustificare la ragion d'essere stessa del diritto penale e delle sue categorie – in quanto tale non ha in sé alcun valore "ontologico" (come, in effetti, si finisce con l'ammettere), vuol dire che un referente empirico di quel concetto potrebbe anche non esistere, e quel concetto essere una mera – e, si può aggiungere, comoda – finzione.

Basta così poco per fondare il diritto penale stesso, che è, alla fine, la modalità con la quale la società ammette l'uso della coercizione, cioè della **violenza dell'uomo sull'uomo**?

3. Il codice penale, se non definisce in positivo che cos'è l'imputabilità, sembrerebbe perlomeno fornire alcune indicazioni utili sulle circostanze, sulle situazioni, sugli **stati che la escludono, annientando la capacità di intendere e di volere**.

Ma tali indicazioni "in negativo" si rivelano, a ben vedere, tutt'altro che affidabili e scientificamente fondate: a partire dagli **artt. 88 e 89 c.p.** che connotano l'infermità mentale in termini di "**vizio**", quasi ad esprimere una valutazione morale negativa per l'autore di un fatto di reato affetto da una **patologia mentale**.

Se è incerto che cosa sia la capacità di intendere e di volere, non può che essere incerto anche quali siano le condizioni in presenza delle quali siffatta capacità venga meno.

Che cos'è patologia mentale?

Il diritto penale ha preso atto del fatto che l'intera psicologia scientifica è alle prese – nella riflessione relativa alle patologie mentali – con un cambio di paradigma epocale fondato sull'evoluzionismo, sull'inconscio e sulla centralità delle emozioni, sistemi cerebrali antichissimi ormai ben identificati e localizzati nel cervello?

⁵ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, p. 331.

Anche la nosografia prima consolidata dei **disturbi della personalità** – e già era dubbio se fossero o non fossero patologia mentale – è in via di radicale ripensamento.

4. Nelle disposizioni codicistiche dedicate all'imputabilità, alla sua sussistenza o alla sua esclusione, troviamo poi **numerose "finzioni"**, numerose forzature della realtà (l'autore del reato in realtà non era capace di intendere e di volere, ma viene trattato "come se" fosse tale), imposte dal legislatore fascista (mai rimosse dal legislatore successivo e solo in parte corrette dalla giurisprudenza più coraggiosa), come quelle relative agli effetti del consumo di alcool e di stupefacenti e, in particolare, alla scivolosissima distinzione tra «**dedizione al consumo**» (art. 94 c.p.) e «**cronica intossicazione**» (art. 95 c.p.).

Urge, pertanto, una rivisitazione dell'attuale disciplina normativa in tema di dipendenze, *in primis* delle **tossicodipendenze**, e un ripensamento, altresì, delle norme che, in via diretta o indiretta, incriminano tali dipendenze, così ponendo ulteriori, talora insormontabili ostacoli al superamento delle stesse.

Tale rivisitazione non potrà che avvenire alla luce delle acquisizioni fornite dalla **miglior scienza disponibile**. Ecco, allora, che sulle pagine di questa rivista abbiamo già intrapreso un serrato confronto sulle tossicodipendenze con **neurologi, psichiatri, neuroscienziati, psicologi**, che ci ha consentito di muovere i primi passi rivolti a:

i) approfondire, prima di tutto, i concetti stessi di "dipendenza" e "addiction", dal punto di vista giuridico e clinico, previa analisi dell'immensa letteratura scientifica che vede contrapposti coloro che sostengono la riconducibilità della tossicodipendenza a una vera e propria patologia (addirittura una "malattia del libero arbitrio") a coloro che, viceversa, negano l'attitudine delle droghe a produrre effetti dannosi sull'organismo umano, se non in rarissimi casi;

ii) osservare più da vicino i contenuti e la portata delle molteplici ricerche che, fuori dall'Italia, da anni studiano i possibili approcci alternativi al ricorso alla pena per gestire e trattare efficacemente, grazie all'impiego di tecniche neuroscientifiche, i problemi connessi alla dipendenza da sostanze.

5. La ricerca dei contenuti della capacità di intendere e di volere deve, infine, fare i conti anche con l'**art. 90 c.p.**, il quale, "d'imperio", nega qualsiasi rilevanza, in sede di valutazione dell'imputabilità, agli **stati emotivi e passionali**: ma si tratta – come la dottrina più sensibile ha ormai da tempo intuito – di «una norma di ottuso sbarramento»⁶, la quale sacrifica, sull'altare di presunte esigenze di prevenzione generale ritenute non altrimenti soddisfabili, una realtà, supportata, ormai, da plurime evidenze scientifiche: nelle forme estreme, gelosia, ira, paura possono accecare, far perdere il lume dell'intelletto, mandare una persona fuori di sé, escludendo la capacità di rendersi conto di quel che si fa e/o annullando i freni inibitori.

⁶ F. Palazzo, Prefazione a D. Piva, Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena, Jovene Editore, 2020, p. XVII, ripubblicato in *questa rivista*, 27 gennaio 2021.

Come, del resto, attestano alcuni contributi pubblicati sulle pagine di questa rivista, e come abbiamo accennato, le neuroscienze hanno già fornito evidenze scientifiche del fatto che **le emozioni, più del pensiero razionale, svolgono un ruolo centrale nella vita mentale** dell'essere umano. In particolare, dalle conversazioni avute con gli studiosi della materia è emerso che:

i) qualsiasi accadimento, esterno o interno, è immediatamente percepito, e quindi elaborato e processato, dal nostro cervello mediante un pattern emozionale;

ii) più in generale, gran parte della nostra vita mentale è regolata dalle emozioni, non dal pensiero razionale;

iii) una quota significativa di individui, non limitata a coloro che soffrono di malattie mentali diagnosticate, non è in grado di controllare le proprie emozioni e, in ogni caso, nessuno di noi può esercitare sulle proprie emozioni un controllo pieno.

È partendo da queste acquisizioni scientifiche che anche il diritto penale dovrebbe intraprendere un percorso rivolto verso:

«Una concezione personalistica che riporti al centro di tutto l'uomo (e non il reo) nella sua irripetibile unicità, fatto di ragione e volontà ma anche di carattere, emozioni, sentimenti e incoscienza, che già in condizioni di normalità (figuriamoci se di anormalità) del procedimento motivazionale, ne limitano non poco le facoltà attentive o di giudizio»⁷.

6. L'indagine sull'imputabilità segna, peraltro, solo il primo passo della più ampia indagine sulle componenti soggettive del reato, sulla **attribuibilità psicologica** del fatto di reato al suo autore, sui criteri che fondano, e al contempo graduano, la possibilità di muovergli un rimprovero personale: in una parola, sulla **colpevolezza**.

E scandagliando i criteri della colpevolezza ci imbattiamo presto nelle categorie concettuali della **rappresentazione, volontà, colpa** (una colpa che, nell'ipotesi di colpa incosciente, potrebbe anche essere priva di qualsivoglia **substrato psicologico** effettivo)⁸, **esigibilità**: concetti che il penalista solo in termini rozzi potrebbe comprendere e maneggiare se non si abbeverasse a quella fonte del sapere alimentata dagli studi di psicologia e psichiatria, da ultimo arricchiti grazie alle nuove metodologie e tecniche di indagine offerte dalle neuroscienze⁹.

7. In tema di imputabilità, colpevolezza, libero arbitrio, tante sono, quindi, le **questioni aperte, o di recente ri-aperte, controverse, dibattute**: tante le questioni la cui

⁷ D. Piva, *Le componenti impulsive*, cit., p. 8.

⁸ Come da tempo riconosce la dottrina anglosassone: v., per tutti, G. Williams, *Criminal Law. The General Part*, Steven and Sons, 1961, pp. 53 ss.

⁹ Si veda, ad esempio, per un convincente tentativo di ricostruire rappresentazione e volontà nel dolo quali elementi naturalistici esistenti *in rerum natura*, attraverso l'ausilio delle scienze non giuridiche che studiano i fatti psichici, G. Cerquetti, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Giappichelli, 2004.

soluzione potrebbe oggi addirittura risultare ostacolata, o quanto meno compromessa, dall'attuale disciplina legislativa.

Per tutte, per una loro tematizzazione e composizione razionale e benefica per la collettività, risulterebbe fondamentale seguire il metodo di una **scienza penale integrata**¹⁰: una scienza penale che – per ragioni di convenienza, o in nome di presunte esigenze generalpreventive, o ancora in nome di una autoreferenzialità utile solo a perpetuare il ruolo del diritto penale quale strumento di potere – **non continui ad essere sorda e cieca** di fronte ai fondamentali stimoli che le possono giungere da altri campi del sapere scientifico.

Mettere in comunicazione il diritto penale con questi altri campi del sapere, veicolare le acquisizioni della biologia, della psichiatria, delle neuroscienze con un linguaggio e con categorie concettuali fruibili per il diritto penale – per la dottrina, per gli operatori e, auspicabilmente, per il legislatore del diritto penale –: questo è il compito che si prefigge il Cantiere che oggi inauguriamo e che speriamo possa diventare un fecondo luogo di incontro e confronto transdisciplinare sui concetti di imputabilità, colpevolezza, libero arbitrio.

¹⁰ Una scienza penale integrata come, circa 140 anni fa, la immaginava F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 1883, tr. it. a cura di A.A. Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962, p. 67, secondo cui «solo nel procedere parallelo dell'antropologia criminale, della psicologia criminale, della statistica criminale con la scienza del diritto penale, risiede la possibilità di una fruttuosa lotta contro la criminalità».

— **Metamorfosi di un delitto: la riscrittura della Strage di Erba**

Recensione del volume di Stefania Panza
(Tralerighe Editore, 2020)

Metamorphosis of a crime: the rewriting of the Erba massacre

Review of the book by Panza (Tralerighe Editore, 2020)

di Piergiorgio Strata

A distanza di quasi quattordici anni dalla “Strage di Erba”, se ne continua a discutere in molti ambiti: mediatico, sociologico, umano, giuridico, psicologico. La colpevolezza di Rosa Bazzi e di Olindo Romano, condannati all’ergastolo con sentenza definitiva¹, persiste nel non convincere.

Un libro di recente uscita, [Metamorfosi di un delitto](#)², ne evidenzia le verità nascoste, gli errori e la mancata aderenza delle sentenze di condanna con quanto presente negli atti dell’intero procedimento e con quanto sostenuto dagli esperti, di ieri e di oggi.

¹ Cfr., al riguardo, M. Bosi, *La sentenza della Cassazione sulla c.d. strage di Erba*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 ottobre 2001.

² Titolo completo: *Metamorfosi di un delitto. Strage di Erba, errori giudiziari e verità nascoste. Spunti dal processo ad Azouz Marzouk*.

Il libro prende spunto dall'attualità del processo in corso, a Milano, ad Azouz Marzouk, marito e padre di due delle vittime, Raffaella Castagna e il piccolo Youssef, di due anni e quattro mesi, che morirono la notte dell'11 dicembre 2006. Oltre a loro furono uccise, lo ricordo in memoria delle vittime, Paola Galli, suocera di Marzouk, e la vicina di casa Valeria Cherubini. Il marito di quest'ultima, Mario Frigerio, si salvò per una malformazione alla carotide.

Il libro miscela sapientemente i racconti di Marzouk, rilasciati all'autrice in una lunga intervista, con gli atti processuali e i pareri dei tanti esperti che sono intervenuti nella vicenda. Una ricerca di verità sempre più pressante: Marzouk fu fra i primi, già nel 2008, a non credere che Rosa Bazzi e Olindo Romano fossero gli autori di un delitto così efferato e, dopo un periodo di silenzio, lo scorso aprile trasformò i suoi dubbi in una richiesta di revisione processuale alla Corte Generale d'Appello di Milano. Un cambio di registro dovuto in parte a una sua riflessione avvenuta nel corso degli anni, e per altra parte al cambio del legale: fino alla Cassazione, Azouz Marzouk fu seguito dall'Avvocato Roberto Tropescovino, che lo stesso Marzouk sostiene gli abbia sempre nascosto gli atti e non lo abbia sostenuto nel chiarire le tante domande che lo assillavano.

Nel 2011, dopo il terzo grado e con l'arrivo del nuovo legale, l'Avvocato Luca D'Auria, il tunisino presentò una richiesta alla Corte Europea a sostegno dell'innocenza dei coniugi: da allora è sempre più certo che gli assassini non siano Rosa e Olindo e che i veri colpevoli responsabili dello sterminio della sua famiglia siano ancora liberi.

A seguito della lettura degli atti, di diversi articoli di giornale e della visione di due programmi televisivi (*Tutta la Verità*, e *Le Iene*) che sottolineavano ancora una volta i dubbi sulla colpevolezza dei coniugi, lo scorso aprile Marzouk decise di rivolgersi all'autorità giudiziaria: nella richiesta di revisione chiedeva l'assunzione di alcune prove che potevano dimostrare che Rosa e Olindo confessarono omicidi che non avevano mai commesso. Gli atti furono trasmessi alla Procura della Repubblica, e il tunisino, che oggi ha 40 anni, fu rinviato a giudizio con l'accusa di calunnia: ovvero sarebbe lui il bugiardo, poiché c'è un giudicato che stabilisce la colpevolezza degli attuali condannati oltre ogni ragionevole dubbio.

Partendo da quest'atto giuridico e dalla richiesta di giustizia di Marzouk per la famiglia che ha perduto, Stefania Panza (una carriera da giornalista investigativa alle spalle, analista forense, con diversi corsi di Alta formazione in ambito investigativo, criminologico, psicologico e giuridico, già autrice del volume *Una strage imperfetta. Erba, analisi di un delitto*, e che da dodici anni si occupa del caso) riporta all'attenzione del pubblico le tante incongruenze e le verità negate della Strage di Erba.

Il libro si sofferma, in particolare, sulla genesi e sulla struttura delle confessioni dei coniugi, fulcro del nuovo approccio: la narrazione raccolta da quattro Pubblici Ministeri all'interno del carcere "Bassone" di Como, in quel lontano gennaio del 2007, viene analizzata e scomposta in ogni aspetto, e altresì confrontata con quanto riportato dalle sentenze e con i dati certi della scena del crimine.

Quella di Rosa Bazzi e di Olindo Romano è una narrazione strampalata, zoppicante, non aderente alle cosiddette *evidence*, ovvero dove e come sono state colpite le vittime, quanti colpi hanno ricevuto, e perché. Ci sono oltre 400 errori, e in merito «ai sei punti

che solo gli assassini potevano conoscere» – come riportato nelle sentenze di merito – la meticolosa riscrittura della Strage di Erba fa emergere che non ne indovinarono nemmeno uno, se non quelli già noti a chiunque grazie ai *mass media*. Non solo. Non fornirono nessun particolare nuovo agli inquirenti, criterio cardine della genuinità di una confessione.

Il tasso di inquinamento è altissimo: in quell'interrogatorio furono mostrate ai coniugi le foto della scena del crimine, furono sottoposti a una iperprospettazione probatoria, furono minacciati di non vedersi mai più, e quando non sapevano cosa dire in merito ad alcuni particolari, furono i Pubblici ministeri a suggerire la risposta. Insomma, tutti i parametri presenti nella letteratura scientifica inerente le false confessioni, sono presenti in quell'interrogatorio.

Rosa Bazzi, il 10 gennaio, riesce a dare tre versioni diverse di come andarono le cose in via Diaz, nella palazzina della strage; una quarta venne fornita il 12 gennaio davanti al GIP; una quinta, il 6 giugno, in un racconto libero al Pubblico ministero Massimo Astori e una sesta, nel febbraio 2007, davanti alle telecamere dello psichiatra Massimo Picozzi. Sei versioni, che non collimano l'una con l'altra. E nella quale si modifica anche il *gest*, ovvero la parte centrale del racconto, per esempio il "chi" è stato ucciso. A Massimo Picozzi, ad esempio, Rosa Bazzi narrò anche di un'ipotetica violenza sessuale subita da Marzouk, con molti particolari. Ci si sarebbe aspettato che, già allora, il tunisino venisse denunciato, ma non accadde nulla. Tanto che lo stesso Marzouk, in sede di dichiarazioni come imputato, nell'udienza del 25 novembre 2020 a Milano, ha sottolineato quanto fosse poco credibile Rosa anche in relazione a questo fantomatico episodio: lui non è mai stato perseguito dalla legge. Nella deposizione del 6 giugno, Rosa Bazzi andò addirittura oltre e, in una sorta di delirio, raccontò di essere l'autrice della strage perché voleva vendicarsi del suo stupratore. Sarebbe stato poi Olindo, sulla via della fuga, a dirle che Azouz non c'era e che a essere accoltellato era stato Mario Frigerio.

Ma v'è di più. Nel libro viene evidenziata – fatto del tutto nuovo – una perizia effettuata nel 2019 dal professor Giuseppe Sartori, dalla dottoressa Cristina Scarpazza e dal dottor Stefano Zago, dalla quale emergono chiaramente patologie e *deficit* di Rosa Bazzi: l'ex donna delle pulizie, ora nel carcere di Bollate, ha un QI inferiore a 60, che tradotto significa tecnicamente ritardata. Per la legge è dunque un soggetto non idoneo a rendere valida testimonianza³. Si comprende bene, allora, come sia stato semplice convincere Rosa Bazzi a confessare, ad auto-accusarsi per salvare il marito e successivamente portarla per mano a dichiarare quanto le veniva suggerito. E bene si comprende, alla luce di queste rivelazioni, che non si tratta di confusione o di cattiva memoria.

³ La disciplina positiva a tutela dell'affidabilità della ricostruzione verbale di un fatto, è la stessa prevista per il testimone. La capacità è del resto presupposto di qualsiasi intervento processuale, da parte di chiunque, in qualsiasi ruolo.

In due interviste rilasciate a Stefania Panza, il professor Sartori⁴ e la professoressa Giuliana Mazzoni⁵ spiegano nei dettagli l'inverosimiglianza e l'incompatibilità di quelle confessioni con l'assetto psichico dei coniugi.

Come dare dunque torto a Marzouk, nonostante le sentenze, nel dubitare di quelle confessioni?

Ma Stefania Panza non si ferma qui: in una lettera inedita autografa di Olindo Romano, nella quale l'autrice chiede a lui, oggi, come andò quell'interrogatorio di tanti anni fa, Olindo Romano, conosciuto anche come il "netturbino di Erba", attualmente detenuto nel carcere di Opera (Milano), così scrive: «Quel giorno ho pensato di confessare perché era il meno dei mali, come mi era stato detto dai carabinieri che erano venuti in carcere [...] quel giorno è come se ci hanno fatto il lavaggio del cervello [...]. Se dieci persone titolate, magistrati, avvocato, carabinieri, ti dicono cosa certamente ti aspetta e che sei sicuramente spacciato [...] cosa fai?».

Certamente Olindo Romano, come si evince dal libro, confessò poiché pensava fosse la soluzione migliore per uscire da quella tremenda e ingestibile situazione, e certamente lo fece per salvare Rosa, per proteggerla, per fare in modo che almeno lei tornasse a casa.

Il libro si sofferma poi sulle **metamorfosi** della narrazione e dei personaggi, che cambiano aspetto e identità, sulle **metamorfosi** delle sentenze, della giustizia e della verità stessa che si snoda in questi quattordici anni: la **metamorfosi** di Rosa e Olindo, che da esseri quasi banali si trasformano in star del crimine, quella di Azouz Marzouk, che da spacciatore e presunto colpevole diviene cercatore di verità, e infine quella di Mario Frigerio, il sopravvissuto, che da super teste si trasforma in persona inattendibile, incapace a rendere valida testimonianza, quasi al pari di Rosa Bazzi.

L'uomo, all'epoca sessantenne e pensionato, fu infatti vittima inconsapevole di falso ricordo, ed io feci già a tal proposito una perizia all'epoca del processo di primo grado, sostenendo che i due ricordi del teste erano incompatibili. Del falso ricordo di Frigerio ne ho parlato anche nel libro edito da Carrocci (*"La strana coppia. Il rapporto mente-cervello da Cartesio alle neuroscienze"*)⁶, nell'ambito di un capitolo nel quale, alle pagine 124-127, discuto come si può manipolare la mente. Quello di Frigerio è del resto un caso da manuale: nei primi giorni successivi al suo ferimento, quando uscì dal coma farmacologico, fornì la descrizione di persona sconosciuta, più alta di lui, e dai tratti somatici nordafricani; successivamente, a seguito di domande suggestive di un investigatore, a distanza di una settimana, lo sconosciuto si trasformò in conosciuto, ovvero nel vicino di casa Olindo Romano.

⁴ Professore ordinario di Neuropsicologia e neuroscienze forensi, direttore della Scuola di Specializzazione in Neuropsicologia presso l'Università di Padova.

⁵ Professore ordinario presso l'Università La Sapienza e Professore emerito in neuroscienze e psicologia presso l'Università di Hull (UK).

⁶ Sul tema v. anche P. Strata, *Le false memorie*, in *Annali Online di Ferrara – IUSS*, Vol. 1, 2007, pp. 40 ss. e ripubblicato in questa rivista, 10 aprile 2019, nonché nell'intervista del 19 aprile 2019, pubblicata anch'essa in questa rivista.

Inoltre, fatto nuovo rivelato nel libro di Stefania, Mario Frigerio fu anche vittima di intossicazione da monossido di carbonio: per almeno trenta minuti fu esposto al fumo dell'incendio che si sviluppò nell'appartamento Castagna-Marzouk. Questo tipo di intossicazione porta ad alterazioni nella struttura cerebrale e cognitiva, su base ipossica, tra cui *deficit* di memoria e disorientamento spazio-temporale. In questa condizione, le domande suggestive del luogotenente Luciano Gallorini portarono Frigerio alla formazione di un falso ricordo, che inconsapevolmente non si distingue da una memoria reale. Era dunque anche lui un teste non idoneo, seppur transitoriamente, a rendere valida testimonianza. Un'incapacità temporanea relativa nello specifico proprio al momento formativo del ricordo, che va a inficiare anche la successiva testimonianza rilasciata durante il dibattimento, nel processo di I grado, nonostante quell'incapacità fosse venuta meno e il teste fosse a quel punto nel pieno delle sue facoltà.

La terza prova dell'impianto accusatorio, ripercorsa nel libro, è il Dna: una traccia biologica repertata dai carabinieri sull'auto di Olindo Romano, che analizzata rivelò contenere sangue di Valeria Cherubini, moglie di Mario Frigerio, brutalmente uccisa nella sua mansarda dopo essere scesa per prestare soccorso a seguito delle urla e del fumo provenienti dal piano inferiore. Nel libro si sottolinea che anche questa prova è fallace: la traccia non c'è. Si vede solo un cerchio rosso che evidenzia il nulla, e il verbale dei carabinieri inerente la repertazione non è firmato.

Queste ultime evidenze, frutto di continue ricerche e studi da parte dell'autrice, e riportate accanto a quanto già presente negli atti processuali, sono state utilizzate il 25 novembre 2020 dalla difesa di Azouz Marzouk: è infatti stata depositata presso la Corte Generale d'Appello di Milano una nuova richiesta di assunzione probatoria finalizzata alla richiesta di revisione, nella quale si indicano i punti trascurati nel corso del processo di Erba.

A testimonianza del meticoloso lavoro di Stefania Panza, una decina di pagine di *Metamorfosi di un delitto* sono state allegate all'atto, e si richiede l'audizione del professor Sartori.

Il libro, ricco di biografia in materia di neuroscienze, psicologia giuridica, sociologia, antropologia e letteratura, si conclude con un'appendice scritta dall'Avvocato Luca D'Auria, attuale legale di Azouz Marouk: una disquisizione tra il filosofico e il giuridico nella quale il penalista analizza una possibile e futura *Metamorfosi* della giustizia, ne sottolinea i *bias* cognitivi e le euristiche⁷ delle quali è vittima, e che possono portare a commettere errori. Errori dai quali potrebbe essere esentata accettando la collaborazione con algoritmi e forme di intelligenza artificiale in merito alla valutazione della prova. A questo scopo è stato inserito un "gioco", sulla falsa riga del *mock trial*, il processo simulato di origine statunitense: con un algoritmo probatorio di domande e risposte ogni lettore sarà in grado di valutare e confrontare i risultati qui ottenuti con il verdetto dei giudici della Strage di Erba. I risultati sono sconvolgenti.

⁷ Per un approfondimento in tema di *bias* cognitivi, si vedano i materiali pubblicati nella [presente sezione](#) del sito di questa rivista.

Partendo insomma dalla drammatica vicenda della Strage di Erba, il libro cerca di essere portatore di una più ampia riflessione sull'intero sistema del diritto e dell'umana giustizia.

Riflessione

— Amianto/7: il nuovo diritto penale si deve misurare con l'incertezza dell'evento (così come lo abbiamo considerato finora)

Asbestos/7: the new criminal law must confront the uncertainty of the event (as we have considered it so far)

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in *Il Fatto Quotidiano*, [il 15 ottobre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

Una (non) causalità nuova di zecca?

Tiriamo le fila, o almeno proviamoci. Il problema della responsabilità causale personale per l'amianto è risolvibile con una condanna razionalmente motivabile solo accettando di accontentarsi della prova che qualunque esposizione ha, *ex ante*, aumentato la probabilità dell'evento.

È possibile assegnare una probabilità diversa a ogni periodo di esposizione. La ragione qui è sinonimo però di incertezza non risolvibile e il poco che v'è di certo è che l'evento della probabilità non è più l'evento del realismo ingenuo del diritto penale.

L'evento *hic et nunc*.

Che questo stile di pensiero – il pensiero probabilistico – soddisfi le alte pretese del “rapporto di causalità” così come previsto dall’art. 40 del codice penale, comunemente interpretato come espressione della *condicio sine qua non*, è problema la cui soluzione non sta nell’art. 40 del codice penale, che, in questo come in tutti i casi, non è – come non è mai stato – la sola fonte del diritto penale realmente vigente.

L’art. 40 del codice penale può essere piegato nell’una o nell’altra direzione e nessuna di esse è neutrale oggettiva e imparziale.

Che cosa sia la causalità del diritto penale dipende anche dalla risposta alla domanda **se il diritto penale debba o no essere applicato anche ai fatti della cosiddetta società del rischio, crimini tipici del capitalismo industriale contemporaneo**, la cui caratteristica essenziale, è che essi sono costruiti e costruibili nel processo solo accettando e governando l’onnipresente e ineliminabile incertezza circa la loro esistenza e la loro magnitudine.

Se si risponde di sì, allora si tratta di ricostruire il sistema.

I pochissimi tentativi sinora realizzati di far muovere la cultura penalistica oltre Federico Stella si sono rivelati fallimentari perché hanno solo travestito l’aumento del rischio con i falsi abiti della *condicio sine qua non*, con una commistione concettualmente inaccettabile e politicamente ambigua.

Intanto però siamo usciti da un pezzo dalla cultura dell’empirismo o positivismo logico.

Il concetto di causa, in qualche modo, pare rinascere dalle sue ceneri sia nella scienza sia nella filosofia della scienza contemporanea, e con esso Aristotele, il grande filosofo della causa efficiente.

Il dibattito, però, è ancora lungi dall’aver prodotto rassicuranti conclusioni ed anzi, forse di conclusioni rassicuranti non ne avremo mai più.

La correlazione statistica – cioè l’aumento del rischio, ovvero l’aumento della frequenza di casi, il rischio relativo – è altro, anzi ne è il rovescio, dalla condizione necessaria e quest’ultima, se ancora conservi un qualche spazio, ha a che fare con la conoscenza – pur necessariamente parziale e quindi solo probabile – del meccanismo di produzione dell’evento.

Federico Stella era nel giusto quando sosteneva che il meccanismo di produzione dell’evento non può mai essere interamente conosciuto, ma era nel torto quando, per ciò solo, escludeva la necessità della conoscenza anche solo parziale della biologia per dare sostegno empirico, cioè reale, alla correlazione statistica.

Nei processi d’amianto però è sparita la biologia!

Uno degli aspetti più difficili da accettare è che, nei processi, **i giudici raramente pretendono dal PM la prova biologica della presenza di fibre di amianto nei polmoni e nella pleura della vittima.** Eppure da qui potrebbero venire utilissime informazioni anche sulla

pesantezza e forse sull'antichità dell'esposizione ad amianto che fu causalmente rilevante.

Vuol dire che è sparito l'evento reale, l'evento *hic et nunc*, l'evento della biologia, e nessuno se n'è accorto?

L'evento di cui parla l'epidemiologia è un concetto astratto, meglio sarebbe dire che **non esiste per l'epidemiologia un evento concreto *hic et nunc*, ma solo frequenze aumentate o no di eventi** – tipo, cioè di eventi astratti, costruiti secondo le leggi convenzionali della statistica.

Dopo Cozzini, alcuni scienziati impegnati sul fronte dei processi per amianto hanno provato a far sparire la differenza tra tasso di incidenza di eventi tipo ed evento concreto, provando a far credere ai giudici che un'anticipazione del tempo in cui si verifica un aumento di casi tipo significativi, *tout court*, un'anticipazione del momento in cui si verifica ciascun evento *hic et nunc*.

Non era vero e il trucco che una volta di più provava a contrabbandare il linguaggio della probabilità come linguaggio della necessità, è stato smascherato.

Le difese non hanno fatto di meglio quando hanno giurato che la causa dell'evento sia sempre da ricercare nei primi tempi dell'esposizione ad amianto, quando le esposizioni erano più alte e soprattutto... i datori di lavoro potenzialmente responsabili sono tutti o quasi tutti morti.

La guerra è così e il processo è una guerra.

Ora dobbiamo avere il coraggio di mettere le carte sul tavolo e costruire le basi di un discorso intorno alle condizioni dell'imputazione dell'evento nel regno epistemico del rischio cioè dell'incertezza e degli eventi astratti.

Il problema è l'integrazione di due mondi concettuali profondamente diversi tra loro, pensiero statistico e pensiero biologico, e questo compito immane spetterebbe alla casta degli intellettuali del diritto penale, ma ancora più grande è il problema se un diritto penale realmente fondato sulla ragione, e quindi capace di far emergere l'incertezza onnipresente e ineliminabile, possa ancora legittimamente sopravvivere, e questo è un problema di tutti.

La pena, cioè il carcere, è un macigno troppo pesante per fatti così immanentemente leggeri e carichi di incertezza. È così sempre e non solo quando si ha anche fare con la criminalità d'amianto.

L'incertezza è il grande inconscio del diritto penale, e come l'inconscio contiene il materiale rimosso dall'Io sotto l'effetto del Super Io, e difatti, da sempre l'incertezza è accettata come inevitabile quando alla sbarra c'è il debole, ma, d'un tratto, come non dirlo? diventa un problema non più rimuovibile, ora che alla sbarra c'è anche il potente.

Il problema è che l'assoluzione del potente è giusta dentro questo diritto penale, almeno quanto è ingiusta la condanna del debole!

L'amianto, però, uccide davvero, e uccide uomini in carne ed ossa, ma coloro che ne potrebbero o dovrebbero rispondere, se la caveranno sempre!

Se il colletto bianco in carcere non finisce mai, bisogna prenderne atto e bisogna allora trovare il modo affinché il diritto appresti tutele realmente efficaci contro questi fatti così più difficili di quelli cui il diritto penale è avvezzo.

(7/Continua)

— Conoscere per poter meglio riformare

Knowing in order to better reform

di Giovanni Fiandaca

Testo della relazione introduttiva svolta dall'Autore in occasione del seminario online "[Per un carcere più umano](#)" del 23 gennaio u.s.

I. L'iniziativa odierna¹ – com'è intuibile – è concepita in una prospettiva di consonanza ideale e di continuità con l'obiettivo di contribuire a promuovere, anche nel ruolo di studiosi di discipline penalistiche, "un carcere più umano".

Nel tendere a questo obiettivo, non possiamo limitarci – ritengo – ad affinare l'analisi in chiave tecnico-giuridica dell'ordinamento penitenziario (o, più in generale, penale e processuale) vigente, né ad una sua critica in vista di interventi riformistici progettabili soltanto sulla base di principi generali e astratti, sia pure di rango costituzionale o di fonte europea; anche come giuristi, siamo tenuti – io penso – ad acquisire una maggiore e migliore conoscenza del pianeta-carcere nella sua realtà effettuale, quale premessa indispensabile per prefigurare riforme idonee a fornire risposte adeguate alle varie questioni sul tappeto.

Consentitemi di ricordare che uno scrittore a me molto caro, come Leonardo Sciascia (del quale ricorre quest'anno il centenario della nascita), suggeriva che i giovani

¹ Webinar "Due direttori ci raccontano il carcere" (23 gennaio 2021), organizzato – nell'ambito delle iniziative promosse dai 205 docenti di discipline penalistiche firmatari dell'Appello "Per un carcere più umano" – dalle Università di Palermo e di Verona insieme con l'Ufficio del Garante per la tutela dei diritti dei detenuti della Regione Sicilia ed avente ad oggetto una presentazione-discussione dei due volumi di L. Pagano, *Il direttore. Quarant'anni di lavoro in carcere*, Zolfo, 2020 e G. Siciliano, *Di cuore e di coraggio. Storia di una vita normale, ma non tanto – Ricordi di un direttore di carcere* –, Rizzoli, 2020.

vincitori del concorso di accesso alla magistratura dovessero, prima di entrare in servizio, sperimentare alcuni giorni di vita carceraria. Ma, prima di Sciascia – e sostanzialmente con lo stesso spirito -, Piero Calamandrei aveva scritto un testo dal celebre titolo *Bisogna aver visto* (pubblicato nel numero speciale di marzo 1949 della rivista fiorentina *Il ponte*): così alludendo, appunto, alla necessità di conoscere il più possibile da vicino l'universo penitenziario nei suoi aspetti più problematici e drammatici. E in questo suo scritto Calamandrei richiamava – non a caso – un altrettanto famoso discorso pronunciato da Filippo Turati alla Camera dei deputati nel 1904 (poi pubblicato in un opuscolo emblematicamente intitolato *Il cimitero dei vivi*); tra l'altro, Turati pronunciò queste parole, che voglio riportare: «(...) noi ci gonfiamo le gote a parlare di emenda dei colpevoli, e le nostre carceri sono fabbriche di delinquenti, o scuole di perfezionamento dei malfattori». Sappiamo bene, noi studiosi, che il non infrequente effetto ulteriormente desocializzante dello stato detentivo è stato messo in risalto già dalla migliore sociologia criminale del secondo Ottocento.

II. Gli effetti negativi del carcere sono stati più volte stigmatizzati anche in forma letteraria. Romanzi e racconti sia di grandi, sia di piccoli scrittori descrivono in maniera realistica ed efficace le condizioni di vita intramurarie, le dinamiche psicologiche che vi si sviluppano, i rapporti di potere che di fatto e in modo informale vi si instaurano a dispetto delle gerarchie legali, i molteplici guasti che lo stato detentivo provoca in una larga parte della popolazione detenuta. Mi piace ricordare (oltre ai nomi di Dickens, Victor Hugo o Alexandre Dumas), ad esempio il Dostoevskij autore delle *Memorie di una casa di morti* (scritto nel 1861), libro che riflette la sua diretta esperienza di condannato ai lavori forzati per motivi politici; ma si tratta, come è stato rilevato anche di recente, di un'opera contro la detenzione carceraria «comunque e dovunque»², perché il carcere vi viene rappresentato come una istituzione che corrompe, deteriora o perverte quanti vi sono rinchiusi (che la prigione incide in ogni caso molto negativamente sulla personalità di non pochi reclusi deresponsabilizzandoli e infantilizzandoli, e persino provocando o aggravando disagi psichici e patologie di rilevanza psichiatrica, lo constato frequentemente anche nella mia attuale esperienza di garante regionale).

Invero, c'è un altro grande scrittore russo che ha affrontato il tema della reclusione svolgendo addirittura, in età giovanile, qualcosa di simile ad una inchiesta sociologica: alludo ad Anton Cecov, autore nel 1890 del libro *L'isola di Sachalin* in cui sono descritte le inumane condizioni di vita nella colonia penale siberiana appunto di Sachalin, ma dove sono anche messe in evidenza conseguenze negative dello stato detentivo anche questa volta di portata più generale: mi riferisco, ad esempio, ad alcuni rilievi critici sulla convivenza in celle comuni, contro l'ergastolo e, altresì, contro il ristretto atteggiamento mentale non solo dei burocrati dell'amministrazione penitenziaria, ma anche dei giuristi universitari del suo tempo.

Ma non manca neppure qualche scrittore in lingua italiana. Voglio ricordare, più che Silvio Pellico de *Le mie prigioni*, un libro forse ormai dimenticato di Silvano Ceccherini, divenuto scrittore dopo essere stato carcerato per vent'anni: in questo libro-racconto in larga parte autobiografico, intitolato *La traduzione* e apparso nel 1963, è narrata –

² Cfr. F. Malcovati, *Dostoevskij 1821 – 1881 – 2021*, in *Il Corriere della sera – La Lettura*, 28 dicembre 2020.

secondo un modello di letteratura fatta non di parole ma di cose, per dirla con Luigi Pirandello – la tormentosa esperienza dei trasferimenti di detenuti da un carcere all'altro (la prassi poco trasparente dei trasferimenti d'ufficio, spesso percepita come "arbitraria" dai singoli detenuti che li subiscono, rimane in verità uno dei fenomeni più misteriosi della vita carceraria anche ai miei occhi di garante).

Sto forse eccedendo in richiami letterari. Mi limito a fare un ultimo accenno a un libro recente (pubblicato nel 2019 dall'editore Sellerio) dal titolo *Vento in scatola* e scritto a quattro mani dallo scrittore Marco Marvaldi e da Glay Ghammouri, un detenuto tunisino in Italia: si tratta di un racconto che nasce da un incontro tra i due autori durante un corso di scrittura nel carcere di Pisa, ma non è autobiografico; per quanto nel risvolto di copertina si usi l'etichetta "commedia da camera", l'ambiente carcerario e la sua quotidianità vi sono ricostruiti con gli occhi e la precisione di chi li conosce dall'interno. Dei due messaggi contenuti nel libro, uno è questo: «Per essere autenticamente liberi bisogna conoscere il carcere»; e l'altro: «Così come non si può tenere il vento in scatola, non si può imprigionare l'umanità che è in ciascuno di noi».

III. Dopo questi riferimenti letterari (che mi sono concesso dal momento che rientro nel novero di quanti attribuiscono alla letteratura un valore anche conoscitivo), non mi rimane molto tempo per parlare dei due libri di ricordi professionali di Luigi Pagano e Giacinto Siciliano che oggi presentiamo³; ma non voglio né devo essere io a esporne il contenuto in anticipo. Piuttosto, accenno in sintesi a qualche punto che mi appare rilevante e mi sta a cuore.

Premetto che mi sembra scontato l'interesse per una descrizione e un'analisi della realtà carceraria effettuata con le lenti di due direttori di carcere; e – per di più – di due direttori che posseggono, come emerge dalla lettura di entrambi i libri, capacità analitica e consapevolezza culturale maturate al punto da far ben comprendere i molteplici e complessi profili della questione carceraria nella realtà odierna. Nella mia esperienza di garante siciliano dei diritti dei detenuti, ho avuto e continuo ad avere occasione di interloquire con non pochi direttori di istituti penitenziari. E questa esperienza mi induce, in ogni caso, ad avere molta considerazione e comprensione per i direttori, che svolgono una attività particolarmente difficile, carica di responsabilità e psicologicamente usurante. Ma, come normalmente accade rispetto ad ogni attività professionale o funzione pubblica o mestiere, la stessa attività può essere svolta con diversi livelli di competenza, di impegno e – perché no? – passione, come pure con un atteggiamento di rutinarietà burocratica o con un sentimento di sopravvenuta indifferenza o stanchezza. Non poco dipende anche dal numero degli anni trascorsi a fare sempre la stessa cosa.

Pagano e Siciliano tenderei a collocarli – se mi è consentito questo giudizio – nel novero dei direttori non solo di grande competenza e variegata esperienza, ma anche appassionati del loro mestiere; e tenderei altresì a considerarli emblematici rappresentanti di quella area culturale di direttori – che è, invero, andata espandendosi nel corso degli ultimi anni – divenuti sempre più consapevoli della intrinseca, strutturale problematicità della pena carceraria, per cui il progresso in questo campo finisce col dipendere – prima

³ Cfr. *supra*, nota 1.

ancora che da ulteriori riforme normative dell'ordinamento penitenziario – da una drastica riduzione del suo utilizzo. In proposito, leggiamo nel libro di Pagano (pp. 75 ss.):

«La pena detentiva, il ruolo sempre crescente che essa ha assunto nel diritto penale attuale è il riconoscimento della nostra sconfitta, delle nostre paure, della nostra incapacità a concepire qualcosa di diverso, più umano e più utile del carcere».

Ed è sempre Luigi Pagano a suggerire, tra le possibili alternative, una apertura verso la giustizia riparativa (p. 75):

«Ricambiare il male con il male parrebbe la maniera più ovvia per ristabilire un dato equilibrio, la verità è invece che solo un'azione contraria, un'azione che annulli o riduca gli effetti del male, può essere veramente riparatoria».

Una volta preso finalmente sul serio il principio della sanzione detentiva come *extrema ratio*, e dunque ridotto drasticamente il suo ambito di applicazione, è certamente necessario e ineludibile riprendere il cammino interrotto delle riforme del carcere. E perché sia necessario farlo ce lo spiega e conferma Giacinto Siciliano ad esempio con queste parole contenute nel suo libro (p. 49):

«Una pena utile non si può scontare in un carcere che non sia adeguato. I nostri istituti, nella maggior parte dei casi, sono sovraffollati, vecchi e fatiscenti, hanno troppe mura, pochi spazi per le attività responsabili. È compatibile tutto ciò con l'irrogazione di una pena utile e dignitosa?».

Tra le piccole o grandi verità che il ruolo di garante mi ha consentito di acquisire, vi è – non ultima – questa: ogni istituto penitenziario – per dirla con una metafora volutamente forzata – è assimilabile a una sorta di monarchia quasi assoluta, la cui avvenuta costituzionalizzazione non può darsi per scontata una volta per tutte, ma rimane debole, incerta, precaria: e il monarca tendenzialmente assoluto è (o può essere) il direttore, specie se si tratta di un direttore che intende accentrare con atteggiamento autoritario nella sua persona il governo della struttura che gli è affidata e delle persone che vi operano. Senza ricorrere a metafore più o meno forzate, è un incontestabile dato di fatto che i direttori hanno un ampio potere discrezionale che si traduce in un concreto potere conformativo della vita carceraria, al di là delle norme legislative, dei regolamenti e delle circolari ministeriali scritte: anche in ambito penitenziario le disposizioni scritte si interpretano, per cui c'è chi le interpreta alla lettera e chi con metodo evolutivo. Com'è intuibile, in realtà contano moltissimo, nell'ideare e sperimentare attività cosiddette trattamentali di tipo culturale, formativo o artistico a beneficio dei detenuti lo spirito d'iniziativa, l'inventività e anche la disponibilità del singolo direttore ad assumere qualche rischio. Leggiamo in proposito nel libro di Siciliano (p. 44):

«Se lavorassi al riparo da ogni possibile seccatura o rischio, sarei debole e lo sarebbe pure lo Stato che rappresento. E il carcere si che si trasformerebbe in un'istituzione inutile, come ormai, purtroppo, sostengono in molti».

In entrambi i libri che oggi presentiamo rinveniamo esemplificazioni di iniziative trattamentali innovative avviate con qualche assunzione di rischio o forzando in senso evolutivo disposizioni scritte, come ad esempio nel caso dell'esportazione per la prima volta all'esterno del carcere di attività teatrali con detenuti nel ruolo di attori *et similia*.

Sempre in tema di recitazione teatrale mi ha colpito che se ne sottolinei una certa idoneità a coinvolgere in prospettiva trattamentale anche detenuti autori di gravi reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, in partenza invece per lo più ideologicamente riluttanti ad accogliere l'offerta rieducativa per evitare di venire a patti con la legalità statale. Come pure mi è parsa interessante, sempre con riferimento ai detenuti di criminalità mafiosa, la creazione del cosiddetto "Gruppo della trasgressione" su cui si sofferma in particolare Siciliano (dove per "trasgressione" si intende una trasgressione proprio alle regole delle associazioni criminali e del sistema malavitoso da cui il mafioso detenuto è sollecitato a discostarsi): si allude cioè ad un gruppo gestito da uno psicoterapeuta e composto da altri esperti, detenuti, professionisti e studenti, costituito appunto allo scopo di sottoporre ad una discussione e a un confronto critico le ragioni sottostanti all'appartenenza criminale in vista di un loro superamento culturale. Esperienze analoghe di riflessione collettiva tra detenuti, esperti, soggetti esterni e studenti si sono fatte e continuano a farsi – secondo quanto mi risulta – nel carcere Due palazzi di Padova per impulso della rivista *Ristretti orizzonti* e della sua direttrice Ornella Favero.

Personalmente, sono interessato e intrigato dal difficile problema della rieducatività dei mafiosi, riemerso anche con contrapposizioni polemiche in occasione delle pronunce della Corte Edu e della nostra Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo. A mio avviso, si tratta di un problema che la stessa dottrina penalistica non ha finora forse affrontato con la dovuta attenzione.

Inoltre, mi sembra che sia mancata in questi ultimi anni, anche più in generale, una riflessione approfondita e continua, tra noi penalisti, sulla rieducazione in carcere, i suoi criteri e i suoi metodi, sviluppabile anche alla stregua dell'evoluzione teorico-scientifica registratasi nell'ambito delle discipline pedagogiche, che sono poi quelle che hanno non poco da dire sui percorsi e i metodi educativi⁴. Probabilmente, la lacuna meriterebbe di essere colmata, senza dare con pessimistica rassegnazione per inconfutabilmente dimostrata un'assoluta inidoneità del carcere a sortire effetti rieducativi.

IV. Quali orizzonti si profilano, nell'immediato futuro, per l'universo penitenziario?

Come garante so che, fra le priorità politiche del Ministero della giustizia per il per il triennio 2021 – 2023, rientra tra l'altro – oltre all'«assicurazione e al rafforzamento dell'ordine e della sicurezza degli istituti penitenziari e durante le traduzioni» – il seguente obiettivo: «realizzazione di un modello di esecuzione penale tra certezza della pena e dignità della detenzione, miglioramento delle condizioni di detenzione, incremento delle opportunità trattamentali, del lavoro e della formazione professionale».

Sono enunciazioni assai generiche, e anche per questo poco vincolanti. Quel che, specie ai miei occhi di professore di lungo corso, non mi risulta però chiaro è in particolare il tipo di rapporto che intercede tra, da un lato, la certezza della pena (abusato *slogan* politico di contenuto pericoloso ed equivoco, adottato purtroppo non solo dagli attuali politici populistici, ma in un recente passato anche da politici cosiddetti o sedicenti

⁴ Segnalo in proposito il breve ma stimolante intervento di F. Papana, *Le parole più antipedagogiche usate per rieducare le persone detenute*, in *Ristretti orizzonti*, n. 2/2020, pp. 43 ss.

progressisti) e, dall'altro, la dignità della detenzione: è un nesso di carattere concettuale, assiologico, etico-politico, costituzionale...? Fino a quando continueremo a imbatteci in vuoti e fuorvianti *slogan* di questo tenore?

Penso, non da ora, che come giuristi interessati alla prospettiva di un carcere più umano dovremmo essere disposti a comunicare le nostre idee anche fuori dai recinti accademici: per (tentare di) contribuire a realizzare una sorta di pedagogica collettiva, volta a promuovere – col concorso di tutte le forze e competenze intellettuali, delle realtà associative e dei settori politici potenzialmente coinvolgibili per omogeneità di intenti – un riorientamento della cultura penale nel nostro paese. In alcuni di noi suppongo che la volontà non manchi; certo, il cammino è lungo e difficile. Ma vale forse la pena provare, piuttosto che rinunciare in partenza.

Riflessione

— Il caso San Patrignano a giudizio dei posteri

Il difficile rapporto fra diritto e concretezza

The San Patrignano case in the opinion of posterity

The difficult relationship between law and concreteness

di Paola Bonora

Abstract. Il caso San Patrignano suscitò un incredibile clamore nell'Italia degli anni Ottanta, per poi essere successivamente dimenticato. Ripercorrendone la vicenda giudiziaria, nota come il "processo delle catene", viene spontaneo interrogarsi sul rapporto fra principi, regole e caso concreto e sul ruolo del giudice nella «concretizzazione della legge».

Abstract. The San Patrignano case caused an incredible uproar in Italy in the 1980s, and then was later forgotten. Looking back over the judicial case, known as the "chain trial", it is natural to question the relationship between principles, rules and concrete case and the role of the judge in the «concretization of the law».

SOMMARIO: 1. Il caso San Patrignano. – 2. Il "processo delle catene". – 2.1. La posizione del giudice di prime cure. – 2.2. La rivoluzione in appello. – 3. Gli sviluppi della vicenda: dalla comunità alla vita privata. – 4. Riflessioni conclusive.

SUMMARY: 1. The San Patrignano case. – 2. The "chain trial". – 2.1. The position of the judge of first instance. – 2.2. The revolution on appeal. – 3. The developments of the case: from community to private life. – 4. Concluding reflections.

1. Il caso San Patrignano.

La docu-serie di Netflix “SanPa – Luci e tenebre di San Patrignano” ripercorre il controverso passato della comunità di San Patrignano e le polemiche che interessarono il suo fondatore, Vincenzo Muccioli, uomo al contempo carismatico e controverso, così riaprendo una questione per anni assopita, ovvero quale sia il limite oltre il quale non ci si può spingere per fare del bene¹. La docu-serie è anche lo spunto per ripercorre la vicenda giudiziaria che ha visto coinvolta la comunità ed i suoi operatori, Muccioli quale protagonista, fornendo numerosi spunti di riflessione di interesse attuale.

Come noto, Muccioli fondò e aprì le porte della comunità di San Patrignano ai tossicodipendenti alla fine degli anni Settanta. Si trattava di una comunità pionieristica per l'epoca, che voleva dare una risposta al dilagare, in quegli anni, dell'eroina, così intervenendo di fronte alla totale assenza e immobilità dello Stato².

All'epoca, in particolare, la competenza ad intervenire di fronte a casi di tossicodipendenza era affidata all'autorità giudiziaria, con risultati tendenzialmente inadeguati. In particolare, il pretore in via d'urgenza e il tribunale in via definitiva potevano emettere «ordini di cura», consistenti nell'affidamento del soggetto tossicodipendente ad un apposito centro, nell'erogazione delle «opportune cure ambulatoriali o domiciliari» e nel ricovero ospedaliero³. Si discuteva, però, della difficile applicazione di tali provvedimenti in mancanza del consenso del soggetto interessato ed unica via d'uscita sembrava essere il ricorso alla legge Basaglia⁴, in tema di trattamenti sanitari obbligatori, che poteva applicarsi, però, solo ai casi in cui i tossicodipendenti avessero messo in pericolo la pubblica incolumità. Inoltre, il sistema sopra delineato guardava al ricovero ospedaliero come *extrema ratio*, prediligendo percorsi di cura territoriali. Tali strumenti erano però risultati del tutto inefficaci, perché non recidevano i legami che avevano portato alla tossicodipendenza. Il contesto socio familiare, infatti, unito alla presenza *in loco* degli spacciatori di quali il tossicodipendente solitamente si riforniva (quantomeno prima dell'avvio del percorso di cura), costituivano per lui una continua tentazione. Di fronte al fallimento di tali interventi, maturò allora l'idea che il recupero dovesse avvenire in un

¹ Fra le tante testate giornalistiche che hanno recensito la serie, basti citare: A. Dipollina, *Una serie su San Patrignano, cronache di un'altra Italia*, in *La Repubblica*, 28 dicembre 2020; G. Papi, *Quanto male puoi fare per fare il bene? La domanda in “Sanpa” resta aperta*, in *Il Foglio*, 31 dicembre 2020; M. Feltri, *Il dilemma di SanPa*, in *Huffington Post*, 3 gennaio 2021.

² Muccioli ha raccontato il proprio operato e i motivi che lo spinsero ad agire in due libri: *La mia battaglia contro la droga, l'emarginazione e l'egoismo*, con D. Giacalone (Sperling & Kupfer Editori, 1993), e *Io, Vincenzo Muccioli* (Edizioni San Patrignano, 1995).

³ Cfr. artt. 98-102 legge 22 dicembre 1975, n. 685 (*Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*).

⁴ La legge 13 maggio 1978, n. 180 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*), anche nota come legge Basaglia dal nome dello psichiatra promotore della riforma, impose la chiusura dei manicomi e regolamentò il trattamento sanitario obbligatorio.

ambiente che non offrisse le occasioni (e le provocazioni) di quello in cui la tossicodipendenza si era manifestata. È in questo contesto che nacquero in modo volontario le comunità terapeutiche, al di fuori di un quadro normativo e organizzativo di riferimento⁵.

Dalla fine degli anni Settanta la comunità di San Patrignano iniziò così ad accogliere al suo interno sempre più ragazzi. Come preciserà la difesa di Muccioli in sede processuale, il funzionamento della comunità si basava su due cardini fondamentali: chiusura e protezione. Le famiglie dei giovani ospiti e questi ultimi con loro dovevano infatti accettare di rimanere all'interno della comunità, senza possibilità di uscirvi. I tossicodipendenti erano ritenuti fragili, proprio per la "sete di droga", che, specie nella fase di astinenza, li portava a compiere gesti inconsulti anche contro il loro stesso interesse. Pertanto, dovevano essere guidati da una personalità forte, quale era Muccioli, e trattenuti all'interno della comunità, soprattutto in questi momenti di difficoltà, anche tramite il ricorso a mezzi di coercizione (come le catene). Oggetto del caso San Patrignano, a prescindere dagli specifici fatti che negli anni Ottanta vennero sopposti ai giudici di merito, era proprio la filosofia della «comunità chiusa». Tale metodologia, diffidente verso i metodi tradizionali come l'intervento dei servizi sociali e l'utilizzo di metadone (dato lo stato di assuefazione a cui portava), fu infatti al centro della vicenda giudiziaria che vide Muccioli e altri operatori della comunità imputati per sequestro di persona e maltrattamenti.

Il 28 ottobre 1980, in particolare, a seguito della denuncia di una delle ospiti della struttura, riuscita a fuggire dalla comunità dopo essere stata rinchiusa per giorni per aver provato a scappare, iniziarono le indagini da cui emerse il ricorso da parte della struttura a pratiche di segregazione e incatenazione dei tossicodipendenti a seguito della «cattura» di fuggiaschi. Tali pratiche, oggetto di molteplici denunce sporte anche dopo tale data, potevano protrarsi per svariati giorni e avvenivano in locali angusti della comunità, quali canili, piccionaie e conigliere. È da questi fatti che prese avvio il c.d. "processo delle catene"⁶.

2. Il "processo delle catene".

2.1. La posizione del giudice di prime cure.

Il processo di primo grado si svolse in un clima piuttosto acceso, per la profonda partecipazione alla vicenda di ogni strato dell'opinione pubblica, stimolata dai mezzi di informazione; questi ultimi all'epoca accompagnarono il processo principale con una sorta di processo parallelo, con polemiche e critiche anche violente sulla conduzione del primo e, in generale, sull'attività e le asserzioni dei magistrati giudicanti e requirenti. Sicuramente, le reazioni al processo di Muccioli furono il riflesso non solo del contesto sociale e politico dell'epoca, ma anche di problematiche strettamente legate al tema della

⁵ Solo più tardi, con la legge 21 giugno 1985, n. 297, proprio alla luce dell'esperienza di San Patrignano, venne disciplinata l'erogazione da parte del Ministero dell'Interno di contributi finanziari ad enti e associazioni che svolgevano attività nel settore del recupero e del reinserimento di tossicodipendenti, senza scopo di lucro.

⁶ G. La Greca, D. Pulitanò, *Sentenza 16 Febbraio 1985; Pres. Ed Est. Righi; Imp. Muccioli e Altri.* in *Il Foro Italiano*, vol. 108, no. 10, 1985, pp. 431-432, 461-462.

tossicodipendenza: «l'entità quantitativa e qualitativa del fenomeno; il vissuto collettivo intorno ad un problema così nuovo e drammatico; la debolezza e la contraddittorietà della risposta terapeutica⁷».

Inoltre, del tutto nuova era la circostanza che imputati non fossero spacciatori o assuntori di sostanze stupefacenti, bensì componenti di una comunità terapeutica che aveva per scopo il recupero dei tossicodipendenti e il loro reinserimento in società. Tale circostanza ha fatto sì che in molti ambienti (anche a livello politico e giudiziario) si sia perso di vista il reale oggetto del procedimento, addirittura giungendo a vere e proprie distorsioni della realtà storica e processuale.

Nonostante il largo favore che Muccioli trovò nell'opinione pubblica, il 16 febbraio 1985 il Tribunale di Rimini lo condannò alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione. In tale circostanza i giudici di merito si soffermarono sui limiti e le condizioni entro cui fosse possibile giustificare i fatti di coercizione sopra menzionati, laddove commessi da soggetti non istituzionali e nel contesto di una difficile e apprezzabile attività tesa alla riabilitazione di tossicodipendenti. I principi sulla base dei quali il Tribunale esclude la giustificabilità dei suddetti fatti furono legati, in particolare, alle esimenti del consenso dell'avente diritto⁸ e dello stato di necessità⁹, invocate a gran voce dalla difesa degli imputati.

La difesa sostenne infatti che le condotte degli imputati, dettate da situazioni occasionali, si fossero realizzate con il consenso degli interessati, i quali, all'atto di ingresso a San Patrignano, erano stati avvertiti espressamente che sarebbero stati trattenuti con ogni mezzo. L'eventuale revoca di tale consenso era da ritenersi priva di validità poiché il tossicodipendente, nel corso del trattamento psicosociale, è incapace di volere. Lo stimolo a cercare sostanze stupefacenti non gli permetterebbe, infatti, di controllare i propri impulsi e agire nel proprio interesse. Inoltre, il ricorso a mezzi di coercizione, anche particolarmente afflittivi, era dettato dalla necessità di salvare le persone affidate alla comunità, le quali, qualora fossero tornate nuovamente a far uso di sostanze stupefacenti, sarebbero incorse in grave pericolo di vita (si parlò della c.d. coazione a fin di bene).

Come accennato, tale tesi fu disattesa dai giudici di prime cure che, fondandosi sul combinato disposto degli artt. 50 c.p. e 5 c.c., nonché sugli artt. 13, c. 1, e 32, c. 2, Cost., esclusero la validità del consenso laddove diretto a consentire la segregazione in ambienti sporchi e malsani, destinati fino ad allora a ricovero di animali e, per di più, mediante l'impiego di catene. In primo luogo, secondo i giudici di Rimini, la libertà personale poteva qualificarsi come un bene disponibile nei limiti in cui una sua disposizione non fosse contraria alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Ritennero, dunque, possibile consentire a limitazioni di libertà, ma non alla sua totale perdita, essendo la libertà

⁷ V. *supra*.

⁸ Il consenso dell'avente diritto è una causa di giustificazione prevista dall'art. 50 c.p., che esclude la punibilità dell'atto commesso da «chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre».

⁹ Lo stato di necessità, previsto dall'art. 54 c.p., esclude, invece, la punibilità della condotta per «chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

personale «inviolabile» ai sensi dell'art. 13, c. 1, Cost. Inoltre, il consenso era un atto giuridico e, pertanto, pur prestato all'atto di ingresso in comunità, poteva essere sempre revocato.

In sintesi, il Tribunale di Rimini affermò che: 1) il consenso prestato dalle persone offese non eliminava l'antigiuridicità della condotta, in quanto essa contrastava con i diritti inviolabili della persona umana costituzionalmente garantiti; 2) il consenso poteva essere dato solo dal titolare dell'interesse protetto dalla norma e, anche laddove espresso prima dell'azione lesiva, poteva essere in qualunque momento revocato.

I giudici si soffermarono anche sull'assunto secondo cui al tossicodipendente mancasse la capacità di volere, facendo proprio l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità di quegli anni, che aveva limitato la tossicodipendenza rilevante ai fini della non imputabilità solo a quella che provocasse «alterazioni psichiche permanenti cioè l'intossicazione cronica, mentre l'intossicazione transitoria, anche se acuta e patologica, non esclude né diminuisce l'imputabilità, se non nell'ipotesi che sia derivata da caso fortuito o da forza maggiore»¹⁰.

I giudici di merito esclusero anche, nel caso di specie, l'esimente dello stato di necessità. La ricostruzione dei fatti da loro effettuata, sulla base dei risultati delle indagini preliminari, appurò che le segregazioni avvennero non solo a scopo terapeutico, ma anche per ragioni esemplari, eccezionali o punitive. Tali circostanze furono ritenute estranee ai presupposti di applicabilità dello stato di necessità ex art. 54 c.p., ovvero la necessità cogente di salvare altre persone da un pericolo attuale, grave ed incombente. A ciò i giudici aggiunsero che, anche a voler accedere alla tesi difensiva, principio cardine dell'agire terapeutico, come dimostrato da altre esperienze comunitarie, era proprio la non violenza.

Infine, venne valutata anche l'applicabilità dell'esimente putativa di cui all'art. 59 c.p. con riferimento allo stato di necessità, richiesta in subordine dalla difesa. I giudici di Rimini, facendo leva sul presupposto giustificativo dell'esimente ovvero la presenza di un «un errore logicamente scusabile», dubitarono che Muccioli e gli altri operatori fossero caduti in errore sulla legittimità dei mezzi usati per recuperare i tossicodipendenti, tanto più che i fatti si verificarono anche dopo il 28 ottobre 1980, data a cui risaliva la prima denuncia. Pertanto, secondo i giudici, se anche fosse stata ipotizzabile la scusabilità della condotta per i fatti *ante* 28 ottobre 1980, la stessa doveva ritenersi assolutamente esclusa per i fatti posteriori a tale data.

Sulla base di tali circostanze, i giudici anzi sostennero la volontà di Muccioli e dei suoi operatori di creare, perpetrando atti materiali di sopraffazione, un clima di estrema soggezione psicologica all'interno della comunità, così da rendere per molti ospiti indubbiamente gravoso sia il rapporto con i responsabili della comunità sia la loro personale condizione di vita. Per queste ragioni, venne esclusa anche l'ultima tesi prospettata dalla difesa ovvero la riqualificazione del reato di maltrattamenti in abuso dei mezzi di correzione e disciplina ex art. 571 c.p., sostenendo i giudici che tale ultima condotta non potesse sfociare in violazioni dell'incolumità personale e in una condotta mortificatrice della dignità umana.

¹⁰ Cfr. Cass. 29 novembre 1979, Leo, Foro it., Rep. 1981, voce *Imputabilità*, n. 11.

È opportuno precisare che con la sentenza di primo grado i giudici non volevano condannare la comunità ma semmai gli autori dei fatti delittuosi in esame, tant'è che tennero a precisare in sede di commisurazione della pena (in particolare, concedendo agli imputati le attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p.) che non potevano «non tener conto dei risultati conseguiti dalla comunità di S. Patrignano»; la circostanza che molti ragazzi, dopo la permanenza a San Patrignano, avessero acquisito importanti risorse personali per reinserirsi positivamente in società e iniziare una nuova vita, unita alla speranza che la struttura aveva generato in tante famiglie e in tanti giovani tossicodipendenti, non potevano essere trascurate. Questo aspetto non fu colto dall'opinione pubblica, probabilmente per il legame indissolubile fra Muccioli e la comunità; Muccioli rappresentava la comunità e, dunque, la condanna del primo implicava la condanna anche della seconda. È questo che ha determinato non solo la perdita del reale oggetto del procedimento, ma anche una vera e propria distorsione della realtà¹¹.

2.2. La rivoluzione in appello.

Nel dibattito che pervase l'opinione pubblica durante il processo di primo grado, si confrontarono due fazioni: secondo alcuni il limite alla coazione di un individuo, anche laddove buone fossero le intenzioni che lo guidavano, erano i diritti costituzionalmente garantiti; secondo altri, tale limite cadeva di fronte a situazioni di emergenza e, in particolare, di fronte a soggetti tossicodipendenti in situazione di astinenza, i quali, in mancanza di vincoli (catene intese in senso lato), avrebbero potuto incorrere nella morte per procacciarsi sostanza stupefacente.

Ebbene, se il Tribunale di Rimini aderì alla prima tesi, di tutt'altro avviso fu la Corte di appello di Bologna, la quale, riformando la sentenza di primo grado, dichiarò Muccioli non punibile ai sensi dell'art. 51 c.p.¹²

La Corte richiamò la circostanza che gli ospiti della comunità di San Patrignano accettavano volontariamente, fin dal momento della loro ammissione in struttura, limitazioni della propria libertà personale in funzione della disintossicazione da sostanze stupefacenti e del loro recupero. I giudici di Bologna sostennero, in particolare, che la libertà personale fosse un bene disponibile e che, in tal senso, rivestiva «un ruolo decisivo la finalità lecita sottesa al sacrificio del bene della libertà personale», mentre appariva fuorviante il richiamo all'inviolabilità di tale bene ex art. 13 Cost.

Come conseguenza di tale assunto, la Corte di appello di Bologna ritenne che il delitto di sequestro di persona fosse scriminato dal consenso prestato anticipatamente dai tossicodipendenti ospiti della comunità all'atto di ingresso. Secondo loro, la questione della revoca del consenso era stata mal posta dal Tribunale di Rimini, poiché il tossicodipendente, dando il consenso a restrizioni della propria libertà personale, aveva anticipatamente acconsentito alla privazione della propria libertà «ora per allora, cioè per

¹¹ G. La Greca, D. Pulitanò, *Sentenza 16 Febbraio 1985*, cit.; per un'analisi dettagliata del primo grado di giudizio, cfr. V. Andreucci, A. Belloni, R. Sapio (a cura di), *San Patrignano: i perché di un processo*, CLUEB, 1985.

¹² L'art. 51 c.p. contempla le scriminanti dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità.

il momento in cui la sua manifestazione di volere uscire sarebbe stata esplicita e certamente attribuibile all'irrefrenabile sete della droga».

Alla luce di tale "contratto terapeutico", la pretesa revoca del consenso dato alla privazione della libertà personale altro non era che il verificarsi di quella condizione oggetto proprio della suddetta pattuizione. Vi erano, comunque, due ulteriori condizioni che dovevano essere rispettate perché la condotta potesse ritenersi scriminata: 1) la privazione della libertà non si doveva protrarre oltre il tempo strettamente necessario al recupero del soggetto (art. 32, c. 2, Cost.); 2) le modalità tramite le quali dette privazioni venivano attuate non dovevano ledere la dignità della persona umana (art. 3 Cost.)¹³.

Di fatto, dunque, anche i giudici di secondo grado riconobbero l'illiceità delle condotte, ma andarono oltre. Dall'analisi dei fatti oggetto del procedimento accertarono che molti ragazzi scappati dalla comunità lo avevano fatto per tornare nuovamente a far uso di eroina, andando incontro, dunque, ad un serio pericolo di vita. Le condotte di Muccioli e dei suoi collaboratori, pertanto, seppur talvolta eccessive nei metodi, servivano a salvare i ragazzi ospiti della comunità dal pericolo di un ritorno all'uso di stupefacenti. All'interno di questo panorama, gli operatori rivestivano, dunque, una posizione di protezione di garanzia, che ne giustificava l'intervento a tutela della salute dei ragazzi, anche contro la loro volontà¹⁴.

3. Gli sviluppi della vicenda: dalla comunità alla vita privata.

Dopo il processo delle catene, Muccioli fu al centro di una seconda vicenda giudiziaria nota come il "caso Maranzano", che lo vedeva imputato, alla luce della sua posizione, per favoreggiamento nell'omicidio commesso da un membro della comunità ai danni di un altro ospite. La morte prematura di Muccioli impedì di sapere come il processo, giunto in Cassazione¹⁵, si sarebbe concluso, lasciando in sospeso il dibattito iniziato negli anni Ottanta¹⁶.

La questione non venne più affrontata fino al 2008, quando la Cassazione¹⁷ si pronunciò sul caso di un padre condannato dalla Corte di appello di Lecce - sezione distaccata di Taranto¹⁸, per sequestro di persona e maltrattamenti in danno del proprio figlio; in particolare, egli aveva incatenato il figlio al letto per otto giorni con una catena lunga otto metri e talvolta ricorrendo a percosse.

La difesa dell'imputato richiamò proprio il caso San Patrignano, ritenendo che andassero riconosciute anche nel caso di specie le scriminanti del consenso dell'avente

¹³ C. Rapisarda, *Sentenza 28 Novembre 1987; Pres. Ricca, Est. Guarino; Imp. Muccioli e Altri.* in *Il Foro Italiano*, vol. 111, 1988, pp. 587-588, 603-604.

¹⁴ La sentenza della Corte di appello di Bologna è stata sostanzialmente confermata in Cassazione, ma i giudici di legittimità hanno precisato che il consenso è sempre revocabile, anche laddove colui che lo ha prestato si sia preventivamente obbligato a non esercitare tale facoltà (cfr. Cass. 29 marzo 1990, inedita).

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 1995, n. 3063.

¹⁶ Il caso Maranzano è un noto fatto di cronaca, seguito, fra gli altri, dal quotidiano Repubblica: cfr. L. Nigro, A. Tonelli, *Quel giorno volevano uccidere*, in *Archivio La Repubblica*, 18 marzo 1993.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 2008, n. 8276.

¹⁸ Cfr. Corte d'appello di Lecce - Sezione distaccata di Taranto, sentenza del 29 aprile 2004.

diritto e dello stato di necessità, dal momento che il figlio ricorreva quotidianamente all'uso di stupefacenti (in particolare, hashish) e pertanto sussisteva per lui il pericolo attuale di un grave danno alla salute.

I giudici di legittimità, dichiarando il ricorso infondato, affermarono che la situazione *sub iudice* non fosse paragonabile a quella del tossicodipendente che, accettando di essere trattenuto forzatamente in una comunità, avesse preventivamente consentito di accettare la privazione della propria libertà personale ora per allora, «osservando poi che mai il delitto di sequestro di persona può dirsi scriminato ex art. 50 c.p., anche con riferimento a tossicodipendente sottoposto in comunità chiusa a programmi terapeutici comprendenti la restrizione della libertà personale, allorché la privazione della libertà venga attuata con modalità tali – quali, ad es., l'incatenamento – da lederne la dignità di persona umana».

Quanto alla invocata scriminante dello stato di necessità, i giudici di legittimità ritennero corretto il ragionamento dei giudici di merito, che avevano ritenuto la privazione della libertà personale per un periodo di otto giorni non scriminata ex art. 54 c.p., «sia perché il pericolo di nuovi acquisti di droga non poteva ritenersi attuale, bensì solo eventuale, sia perché né lo scarso rendimento scolastico, né le richieste dei creditori, che si portavano presso l'abitazione per ottenere il pagamento della droga, potevano integrare il pericolo attuale di un danno grave alla persona del figlio».

Il caso del 2008 riportò alla luce la questione della c.d. coazione a fin di bene, trattando però di una vicenda completamente diversa. Gli stessi giudici esclusero qualsiasi confronto fra ciò che accade all'interno delle mura domestiche e ciò che accade all'interno di una comunità terapeutica. La sentenza è, però, di enorme interesse perché riafferma la natura del consenso quale atto giuridico, revocabile sempre, oramai un *leit motiv* della giurisprudenza di legittimità.

4. Riflessioni conclusive.

È chiaro che oggi la tossicodipendenza non ha la connotazione emergenziale che aveva all'epoca di Muccioli e agli albori della comunità di San Patrignano, dove ancora incerta era l'efficacia degli strumenti di intervento sia giuridici che terapeutici. Certo è che, per facilitare il trattamento del tossicodipendente, un utile (forse, anche "semplice") strumento era quello della coercizione o meglio del controllo, un concetto che coinvolge problemi sia giuridici che morali, che si scontrano, però, con il concetto di libertà.

Negli anni Ottanta gli artt. 3 e 13 della Costituzione, che proclamavano i diritti inviolabili dell'uomo, già esistevano, e, se è vero che esiste una gerarchia delle fonti, tanto valeva ad escludere *in toto* la legittimità delle condotte di coercizione denunciate, che certo non potevano essere scriminate avendo ad oggetto diritti indisponibili. Si ritenne, però, che la particolare condizione in cui versava il soggetto tossicodipendente e l'emergenza sociale, che registrava un sempre maggior numero di casi (e con essi, della criminalità e delle morti per droga), potessero giustificare un superamento degli invalicabili limiti giuridici per consentire una soluzione *ad hoc*, che si adattasse al caso San Patrignano.

Questo è ciò che fece la Corte d'appello di Bologna: riconobbe l'illiceità degli atti ma superò l'*impasse* trasformando la libertà in un bene disponibile, credendo così di dare un degno riconoscimento ad una comunità che aveva – da sola – dato una risposta efficace al problema della tossicodipendenza.

Seppure, dunque, la non violenza sia un principio cardine di ogni ordinamento democratico, è pur vero che compito del giudice è ricondurre il caso concreto alla fattispecie astratta mediante sussunzione, adattando il diritto alle circostanze contingenti¹⁹. Nonostante sia quindi possibile, a ragione, affermare che generalmente il fine non giustifica i mezzi, la vicenda di San Patrignano lascia indubbiamente una certa amarezza, che non è semplice da superare e rende difficile prendere una posizione in merito.

Forse per la tragicità degli eventi, forse per il periodo storico, forse perché si parla di tossicodipendenza, viene da chiedersi: se i fatti di allora fossero stati giudicati oggi, il verdetto sarebbe stato diverso?

¹⁹ Al riguardo, il filosofo tedesco Gadamer sosteneva che compito dell'interpretazione fosse «la **concretizzazione della legge** nel caso particolare» (cfr. H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Bompiani, 1982, p. 382).

Fonte storica

— Bisogna aver visto

*You must have seen**di Redazione*

Editoriale pubblicato sulla Rivista *Il Ponte - Rivista di politica economia e cultura fondata da Piero Calamandrei*, anno V, n. 3, marzo 1949, pp. 225 ss.

«Le carceri italiane... rappresentano l'esplicazione della vendetta sociale nella forma più atroce che si sia mai avuta: noi crediamo di aver abolita la tortura, e i nostri reclusori sono essi stessi un sistema di tortura la più raffinata; noi ci vantiamo di aver cancellato la pena di morte dal codice penale comune, e la pena di morte che ammanniscono a goccia a goccia le nostre galere è meno pietosa di quella che era data per mano del carnefice; noi ci gonfiamo le gote a parlare di emenda dei colpevoli, e le nostre carceri sono fabbriche di delinquenti, o scuole di perfezionamento dei malfattori...».

Queste sono parole di Filippo Turati: le pronunciò alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904, in un discorso memorabile, che poi fu pubblicato in opuscolo sotto il titolo "Il cimitero dei vivi". Le carceri italiane, cimitero dei vivi; erano così cinquant'anni fa, sono così oggi, quasi immutate. Alla fine di quel discorso il Turati, dopo aver descritto quelle prigioni che egli stesso, pochi anni prima, aveva sperimentate come recluso politico, si diceva sicuro che:

«I nostri figli, ne ho la convinzione, ricordando l'attuale sistema carcerario italiano, lo considereranno con quello stesso senso di orrore con cui noi guardiamo, quando andiamo in Castel Sant'Angelo, il carcere di Beatrice Cenci e le altre segrete del Medioevo...».

Era troppo ottimista: i figli sono cresciuti, sono cresciuti i nipoti; ma il nostro sistema carcerario medievale è rimasto com'era. Anzi, sotto qualche aspetto, è peggiorato; perché se nei primi quindici anni di questo secolo, per la tenacia di apostoli isolati, si vide sorgere anche in Italia qualche stabilimento carcerario modello ispirato a

criteri civili di igiene e di umanità, la coalizione generale delle carceri è oggi ricaduta negli orrori di un tempo. E ciò per due ragioni: sotto l'aspetto edilizio ed igienico, perché la seconda guerra mondiale, con tutte le rovine da essa causate, ha distrutto anche numerosi stabilimenti di pena, in modo che oggi anche nelle prigioni vi è una spaventosa crisi degli alloggi, che condanna a rimanere stivata in locali diminuiti di numero e ridotti spesso a nude mura, una popolazione carceraria sovrabbondante; e più sotto l'aspetto spirituale, perché il passaggio del ventennio fascista ha deliberatamente portato nella disciplina dei reclusori, colla riforma della legislazione penale e dei regolamenti carcerari, un soffio di gelida crudeltà burocratica e autoritaria, che senz'accorgersene sopravvive al fascismo. Se oggi nella stampa è diventato un episodio ordinario di cronaca nera, che lascia indifferenti i lettori, il fatto di detenuti che soccombono alle sevizie inflitte loro nel carcere, si deve ringraziare ancora quel celebre art. 16 del Codice di procedura penale del 1930, che garantendo praticamente l'impunità agli agenti di pubblica sicurezza «per fatti compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica», costituiva una specie di tacita istigazione alla tortura.

Del cupo spirito che alimentava il regolamento carcerario del 1931 dovuto al guardasigilli Alfredo Rocco, scriverà in questo fascicolo Mario Vinciguerra: ma non si deve dimenticare che nell'inasprire il sistema penale e penitenziario, il ministro era ben d'accordo col suo padrone. Quando, al congresso di una società che continuava a intitolarsi al «progresso delle scienze», si trovò un professore ordinario di diritto penale che dedicò un panegirico alla «funzione della pena nel pensiero di Benito Mussolini», il festeggiato, che aveva concesso a quei bravi scienziati la degnazione della sua presenza, volle benignarsi di aggiungere egli stesso qualche parola a illustrazione di sé medesimo; e pronunciò anche in quella occasione alcune di quelle frasi lapidarie colle quali soleva inchiodare la storia. In polemica contro coloro che si erano agganciati all'antropologia criminale», egli in quattro battute sventò i pregiudizi di chi si ostinava a fare apparire Beccaria come contrario alla pena di morte.

«... lo avevo avuto sempre l'impressione che molti di coloro i quali si riferivano a Cesare Beccaria, in realtà, come spesso succede, non avevano letto il suo libro Dei delitti e delle pene. Io mi volli documentare, e chiesi alla biblioteca Sonzogno quel volumetto di proporzioni minuscole, che ognuno di voi probabilmente può facilmente acquistare. E allora – controllate, vi prego, se io dico il vero – venni a questa semplice constatazione: che Cesare Beccaria non era affatto contrario alla pena di morte...».

E poi, anche a proposito delle carceri, egli portò, come soleva, il verbo definitivo: mise in guardia coloro che studiano le carceri dal:

«Vedere questa umanità sotto un aspetto forse eccessivamente simpatico... Credo che sia prematuro abolire la parola pena e credo che non sia nelle intenzioni di alcuno convertire le carceri in collegi ricreativi piacevoli, dove non sarebbe poi tanto ingrato il "soggiorno"».

Difatti la storia, fedele alla consegna, assicura che il fascismo non convertì le carceri in collegi ricreativi piacevoli. E tuttavia, anche se la condizione delle carceri è ricaduta a quella che era mezzo secolo fa, vi è oggi nella vita pubblica italiana un elemento nuovo, che potrebbe essere decisivo per una fondamentale riforma di esse. Se nel 1904 gli uomini politici che avessero esperienza della prigionia si potevano contare nella Camera italiana sulle dita di una mano, oggi nel Parlamento della Repubblica essi sono

certamente centinaia; solo nel Senato siedono diverse decine di senatori di diritto che hanno scontato più di cinque anni di reclusione per condanna del Tribunale speciale. Mai come ora è stata presente nella nostra vita parlamentare la cupa esperienza dolorante della prigionia vissuta; se neanche questa volta si facesse qualcosa per cominciare a portare un po' di luce di umanità nel buio delle carceri, non si potrebbe addurre questa volta la comoda scusa burocratica della mancanza di precise informazioni!

Nel 1904 Filippo Turati propose una commissione di inchiesta:

«Se volete una commissione efficace in questa materia non la dovete comporre di consiglieri di Stato o di eccellenti burocrati, pieni di esperienza legislativa o regolamentare, ma dovete cercare delle forze vive, degli apostoli veri, che abbiano il coraggio di squarciare i veli, di mettere a nudo tutte le vergogne del nostro sistema carcerario».

Ma il ministro del tempo si oppose alla proposta; gli pareva una menomazione della sua autorità di governo. Una inchiesta analoga è stata nuovamente proposta nel 1948. Questa volta la proposta, sia pure in una forma un po' attenuata, è stata accolta da un guardasigilli di più largo ed umano respiro. La nomina di una commissione è stata promessa: essa potrà avere il vanto di esser composta in gran parte di deputati e di senatori ex reclusi, che quando andranno a visitare le prigionie vi ritroveranno sulla soglia l'ombra del loro dolore e la guida scaltrita della loro consapevolezza. Intanto, in attesa che la promessa sia mantenuta, si cominciano a radunare in questo fascicolo le testimonianze di coloro che hanno sofferto questi inumani orrori: che son motivo di fierezza per chi ora può ricordare vivo di averli affrontati in difesa di un'idea; ma che sarebbero, per quel governo che conoscendoli continuasse d'ora innanzi a non far nulla per portarvi rimedio, motivo di infamia.

— **Minori contesi: cause e origini del disagio giovanile**

Genitori in conflitto e disagio scolastico. Uno sguardo alla prassi del tribunale per i minorenni

Contested children. Causes and origins of juvenile distress

Parents in conflict and scholastic issues. A look at the practice of the Juvenile Court

di Francesco Provinciali

Abstract. Il presente scritto è il risultato di una riflessione sull'esperienza maturata dall'autore nella trattazione dei casi di conflitti o disagi genitoriali originati nel contesto familiare e considerati in sede di valutazione presso il tribunale per i minorenni. Essi sono riconducibili alla previsione normativa di cui all'art. 317 bis c.c.¹ fino a quando questa materia era di competenza dei giudici minorili, per poi passare alla giurisdizione del tribunale ordinario, sezione famiglia.

Abstract. This contribution is the result of a reflection on the experience gained by the author in dealing with cases of conflict or parental inconvenience originating in the family context and evaluated by the juvenile court. They are attributable to the regulatory provision referred to in art. 317 bis of the Italian Civil Code until this matter was the responsibility of juvenile judges, and then passed to the jurisdiction of the ordinary court, family section.

SOMMARIO: 1. Crisi della famiglia e declino della figura paterna. Aspetti antropologici e sociali della realtà contemporanea. – 2. Alle origini del rischio educativo e del disagio scolastico – 3. Genitori

¹ Il quale recita, nella sua attuale formulazione: «1. Gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. 2. L'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore [...]».

conflittuali: le ragioni del contendere in situazione di separazione di coppia. – 4. I figli contesi dai genitori conflittuali. – 5. Pane, amore e CTU. – 6. Figli contesi. Tra ricordi, rancori e destino.

SUMMARY: 1. Crisis of the family and decline of the father figure. Anthropological and social aspects of contemporary reality. – 2. At the origins of educational risk and scholastic issues. – 3. Conflicting parents: the reasons for the dispute in a situation of couple separation. – 4. Children contested by conflicting parents. – 5. Bread, love and CTU. – 6. Disputed children. Between memories, grudges and destiny.

1. Crisi della famiglia e declino della figura paterna. Aspetti antropologici e sociali della realtà contemporanea.

Nel corso degli ultimi anni **si sono intensificate e accresciute nel corpo sociale le situazioni conflittuali** tra genitori non coniugati, rispetto alle modalità di separazione di fatto rapportata alla gestione dei figli, se presenti nel nucleo, fino a generare una sorta di **condizione antropologica, emotiva, relazionale ricorrente** e con molti aspetti di similitudine tra le diverse situazioni, ivi compresa la particolare condizione dei figli che sovente diventano oggetto di contesa, specie nella regolamentazione che riguarda l'affido (esclusivo, prevalente o – più frequentemente – condiviso).

Si potrebbe affermare – sulla scorta delle situazioni valutate – che si è venuta a configurare una sorta di **“categoria di status” nei figli contesi** da parte di coppie conflittuali. Nel rapporto di coppia vengono a poco a poco ad affievolirsi le ragioni e le motivazioni dello stare insieme, potremmo definirle le regole dell'ingaggio di convivenza: ci sono difficoltà oggettive legate ad esempio a problemi economici, di lavoro, di presenza domestica ecc. Poi si sono condizioni soggettive esplicitate sul piano personale e comportamentale, che tracciano vissuti e profili ricorrenti.

Ricomporre il dissidio è il primo tentativo esperito anche in sede di valutazione giudiziale: spesso tuttavia accade che le difficoltà relazionali nella coppia che si separa si acuiscono, crescono le incomprensioni e i punti di vista sono polarizzati, si finisce per vedere nel figlio (e nei figli) la ragione per far prevalere le proprie, differenti motivazioni. Capita infatti che i figli di una coppia in fase di separazione vengano “usati” in modo strumentale – pur se “in nome del preminente interesse del minore” –; non di rado questi bambini o adolescenti vengono quasi stritolati in una morsa dell'amore che diventa palese **manifestazione di egoismo**.

In genere i genitori in conflitto tendono ad **appropriarsi** in via prevalente o esclusiva **della prole**, non di rado usandola come testa d'ariete per sfondare il campo avverso. Proprio nella fase gestita dal giudice, che tende ad una regolamentazione dei rapporti tra padre e madre per la gestione del figlio, si manifestano i motivi di conflitto più apicali, per gestire i quali occorre molta pazienza e ragionevolezza: sulla base delle strategie di mediazione necessaria che devono essere esperite prima di arrivare ad una decisione in sede di camera di consiglio, è importante responsabilizzare i genitori sul fatto che, assumendo un atteggiamento mite e interlocutorio, può essere più facilmente raggiunto un accordo, evitando così che i minori subiscano uno stato di tensione emotiva che si

riverbera, frequentemente, anche nella loro vita personale, ad esempio negli esiti scolastici.

Nella contesa emergono spesso **richieste assurde e insostenibili**, tendenti a colpevolizzare l'altro genitore e a dimostrarne l'incapacità, la cattiva condotta, il condizionamento negativo che un'eventuale nuova relazione affettiva potrebbe generare nella stabilità emotiva e nei riferimenti parentali dei figli. Se i genitori in lite si rendessero conto che possono essere loro stessi i protagonisti attivi di un accordo necessario rispetto alla gestione della prole faciliterebbero certamente una soluzione che, alla fin fine, si rivela una condizione necessitata dal compito di definire in ogni caso le modalità di esercizio di una genitorialità responsabile.

Possiamo **ancora chiamare famiglia** quel nucleo di persone che si ritrova a cena la sera, solitamente senza parlarsi, per poi appartarsi ciascuno per conto proprio a smanettare lo *smartphone*, consultare Internet, giocare con la *Play Station*, leggere la *Gazzetta dello sport* o portare il cane a fare pipì? Un tempo i figli sapevano cosa chiedere e aspettarsi distintamente dal padre e dalla madre, c'erano regole di convivenza, il regime domestico imponeva **diritti e doveri più certi**. Riprendendo il siparietto del dopo cena consideriamo gli adolescenti che escono di casa salutano furtivamente per dirigersi verso luoghi imprecisati: «esco con gli amici», «vado a fare un giro», «mi fermo a dormire dal tale».

Laconica e rassegnata la risposta dei genitori: «mi raccomando...!». Ma **dove vanno i nostri ragazzi**, chi frequentano, come trascorrono il tempo fuori casa, cosa bevono, fumano, assumono sostanze?

Solitamente se accade qualcosa di negativo lo si viene a sapere per vie traverse, tempo dopo: in famiglia **non ci si parla più**, il papà e la mamma sono **riferimenti indistinti**, in genere ci si accoda a chi dei due è più concessivo. Sempre ammesso che ci siano entrambi.

Ci sono nuclei familiari che **si compongono e si scompongono** con una mutevolezza che fissa fotogrammi diversi: «vivo con mia madre, il suo nuovo compagno e mia sorella. Il sabato e la domenica vengono i figli del compagno di mamma, tocca a lui, è il suo turno».

Di solito sto con papà che però, avendo due figli del precedente matrimonio, va a trovarli quando la loro madre passa il *weekend* con il fidanzato dal quale aspetta un bambino».

«I nonni vorrebbero incontrarci ma la mamma è contraria perché dice che ficcano il naso nelle nostre faccende, allora loro hanno fatto ricorso al tribunale per vederci almeno una volta al mese».

Sono situazioni che si riscontrano con una frequenza crescente. **Quale stabilità emotiva possono ricavarne i minori?** Come possono avere buoni risultati a scuola? Perché spesso sono inadempienti e perdono interi anni scolastici? Perché quando escono di sera stanno fuori fino alle quattro del mattino ed esprimono la mimica facciale e i tic di chi sniffa? Perché nei bagni della scuola si fotografano e poi si mettono in rete?

Da una ricerca della Bocconi risulta che il 23% dei ragazzi usa il cellulare in classe, durante le lezioni².

Perché compiono atti di bullismo, gesti estremi, giochi azzardati, insultano e offendono gli insegnanti, navigano in rete senza controlli fino a perdersi in **quel buco nero del web** da cui ritornano spesso malconci e rovinati?

Quanto ai genitori ci sono coppie che si uniscono e si separano con una rapidità sconcertante, altre che mettono al mondo figli **senza consapevolezza dei propri doveri**, che riversano sulla scuola una valanga di rivendicazioni rispetto ad adempimenti che competerebbero a loro ma che non sono in grado di portare a termine.

La vita in generale, quella domestica "*intramoenia*" in particolare, assomiglia ad una sorta di **casting mediatico**, ci sono dissolvenze incrociate, controfigure di se stessi, pietose menzogne, giochi di simulazione e dissimulazione: sospesi a due spanne da terra **si perde il contatto con la realtà**, si passa con una disinvoltura sconcertante dalla minimizzazione di tutto all'iperbole dei superlativi assoluti.

Oltre alle difficoltà oggettive: economiche, di lavoro, il "non farcela più".

Ci sono anche famiglie che si dicono felici ma, ricordando il celebre *incipit* di Lev Tolstoj in *Anna Karenina* – «Tutte le famiglie felici sono simili tra loro, ogni famiglia infelice è infelice a modo suo» – sovviene il dubbio guardandosi attorno che si tratti di una diceria che copre molte bugie, poiché **l'infelicità è una malcelata sensazione dai mille volti**, imperscrutabili.

Il vero *focus* della vita sono gli affetti, questo lo si scopre quando è troppo tardi, perché siamo tendenzialmente evasivi, cerchiamo "altrove" la realizzazione del bisogno di comunicare, salvo cadere in siderali e inesplorabili solitudini.

Oggettivamente, impietosamente stiamo assistendo ad una **lenta e progressiva disgregazione del nucleo familiare** tradizionale. Fermo restando che l'obiettivo principale da perseguire per tutti coloro che istituzionalmente se ne occupano deve essere il mantenimento dell'unità della famiglia, con il supporto della mediazione e **interventi di sostegno e assistenza sociale**, non la sua dissoluzione, cresce il numero dei bambini e degli adolescenti collocati in comunità o presso famiglie affidatarie, previo rigoroso e necessario accertamento del loro preminente interesse, al netto di vicende vergognose di mercimonio dei minori che stanno emergendo e che descrivono squallide distorsioni della realtà e lavaggio dei cervelli. Si allarga e diversifica, esprimendo competenze articolate e complesse, il *welfare* sulle nuove generazioni.

Un tempo i figli vivevano in casa fino al servizio militare o al matrimonio: era una prassi, un passaggio di consegne. Adesso stanno a casa per indolenza, molti non terminano gli studi, altri rifiutano lavori che giudicano pesanti: come mi ha scritto Pupi

² Cfr. il Report *Digitale sì, digitale no. Una ricerca per liberarci da pregiudizi e dipendenze*, a cura di Dianora Bardi e Francesco Sacco, 2018/2019 (p. 47).

Avati in uno scambio epistolare a margine di una intervista che mi ha rilasciato, «Li abbiamo nutriti di “risultati” senza costringerli al faticoso e doveroso percorso che avrebbero dovuto fare per ottenerli». Il Rapporto ISTAT 2019 certifica che il 56,7% dei giovani tra i 20 e i 34 anni vive in casa di almeno un genitore³.

È la cd. generazione dei ragazzi NEET (*Not Engaged in Education, Employment or Training*): **non studiano, non lavorano non cercano un’occupazione**. Ma non sempre per colpa loro.

Nelle famiglie dove le relazioni primarie non funzionano bambini e ragazzi hanno un rapporto rapsodico, regolamentato, calendarizzato con i loro genitori in crisi di rapporto, siano essi inadempienti per carenze affettive o conflittuali nel rapporto di coppia che si va sgretolando. Li vedono, li incontrano per poco tempo, a volte in spazio neutro, in modo osservato, sotto tutela. Dalla **autoregolamentazione** consapevole dei rapporti affettivi si passa a poco a poco alla loro **eterodirezione**, non di rado sotto la guida dei servizi sociali.

Si creano buchi neri, vuoti sentimentali, nostalgie che si dissolvono nel limbo sociale, svuotate di valori e riempite di rinunce, giustificazioni o rinvii.

In particolare si assiste ad un lento declino del **ruolo genitoriale del padre**: nei casi di conflitti di coppia di solito è lui la **parte perdente** rispetto alla gestione dei figli. Espunto dal nucleo, cacciato di casa anche se ne paga il mutuo, obbligato a versare una quota di mantenimento che a volte supera le effettive possibilità, capro espiatorio dei conflitti di coppia pur se tradito.

Si nota una decadenza del ruolo paterno secondo tre profili di considerazione:

– sotto l’aspetto della **presenza fisica**, se rapportato a quello della madre spesso individuata come collocataria dei figli anche in regime di affidamento condiviso;

– inoltre, vi è un’**assenza simbolica** intesa come “ruolo naturale, biologico” privato di uno *status* domestico e sociale;

– infine, vi è anche un’**assenza del principio normativo di autorità ed autorevolezza**, a volte per non apparire autoritario, altre per demerito (sniffa, beve, si droga, spende i risparmi alle *slot*, cerca altre donne, è violento, si sottrae ai suoi doveri genitoriali), altre ancora per un pregiudizio radicato nella società.

Ci sono anche situazioni dove le donne vivono la sindrome dell’ape regina: l’uomo è un “fuco” *pro-tempore*, da distruggere dopo la nascita di un figlio che diventa possesso esclusivo della madre.

A volte il padre paga il fio di **uno stigma sociale non vero**, poiché vi sono invece padri responsabili che ingiustamente espiano colpe che non hanno.

³ ISTAT, *Rapporto annuale 2019. La situazione del paese*, p. 122.

Poi c'è il rovescio di questa medaglia, il fenomeno sociale spaventoso del **femminicidio**, anch'esso originato da una distorsione della figura maschile, nella quale prevalgono i tratti della violenza e della sopraffazione, del possesso del corpo e dell'anima della donna, fino alla sua distruzione fisica.

Cresce anche il numero dei **minoricidi**: un tempo esisteva il reato di "infanticidio per cause d'onore". Ora che l'onore va scarseggiando prevalgono **droga e alcol** come fattori scatenanti.

Il maggior numero di queste distorsioni degli archetipi dell'uomo, del compagno e del padre nasce ed esplode tra le mura domestiche.

Assistiamo ad una *escalation* delle violenze sulle donne, dalla più tenera età fino a quella adulta: di pseudo-amore che diventa egoismo e sopraffazione, attraversando tutti i *target* sociali, infatti si tratta di una violenza di genere a prescindere dallo *status* di appartenenza, una caienna sociale infame ormai quotidiana.

Urge una decisa ribellione del mondo femminile contro gli abusi e le violenze di ogni genere: denunciare, interrompere un rapporto che diventa sopruso e possesso, avere il coraggio di chiudere subito e di lasciare, senza cadere nei tranelli del pentitismo ingannatore.

Servono pene certe e severe, sentenze esemplari; un femminicidio non può ammettere sconti di pena.

Ma prima bisogna **ripartire dalla buona educazione sentimentale**, a casa e a scuola.

Il mondo è cambiato anche sotto il profilo dei rapporti di coppia, degli amori fugaci e ingannatori: un segno dei tempi quanto mai brutale che richiede l'assunzione di una diffusa coscienza collettiva.

2. Alle origini del rischio educativo e del disagio scolastico.

Cresce il numero delle **segnalazioni** che le scuole inoltrano **ai tribunali minorili** per rappresentare situazioni di forte disagio riscontrate negli alunni, al di là dello "scolasticamente risolvibile", con motivazioni variegata rispetto alle esperienze e ai vissuti, oltre che dense di significati impliciti o difficilmente intelleggibili.

Da molti anni il sistema scolastico del nostro Paese presta particolare attenzione al tema del **diritto allo studio**, inteso come domanda sociale di istruzione ma anche come strumento per sviluppare le potenzialità di crescita intellettuale, emotiva, relazionale di ciascuno attraverso un'offerta di opportunità formative sempre più individualizzate e mirate. **Disagio scolastico e insuccesso educativo** riguardano bambini e adolescenti che in diversa misura non riescono a compiere il percorso dell'obbligo, che si assentano dalle lezioni per periodi a volte talmente lunghi da compromettere l'esito dell'anno scolastico, ma questa "inadempienza" è sovente la punta di un *iceberg* che **nasconde situazioni più complesse**, cui la scuola da sola non sempre riesce a tener fronte, indipendentemente dalla collaborazione o viceversa dal disimpegno delle famiglie.

L'esperienza di ascolto dei minori che attraversano momenti di difficoltà rispetto alla frequenza scolastica consente di **risalire alle motivazioni** che hanno originato il "gap", il distacco, l'allontanamento dal contesto formativo: la pratica del colloquio con i bambini e gli adolescenti, se condotto con la dovuta delicatezza e senza modalità intrusive, non serve solo per conoscere ma possibilmente per aiutare, indirizzare, risolvere.

Emergono problematiche di tipo personale e motivazionale, il timore di "non farcela", i brutti voti, la percezione del **clima relazionale** con insegnanti e compagni sovente vissuto come **ostile**, i compiti a casa non svolti, le lezioni non apprese, la fatica di applicarsi sui libri, la presenza di alunni ritenuti ineguagliabili in quanto a successo e valutazioni positive.

Sono vissuti negativi interiorizzati e tradotti in blocchi emotivi e all'apprendimento, rispetto ai quali un bambino o un ragazzo si sente "perdente in partenza" perché non gli riuscirà mai di vincere la frustrazione dell'insuccesso e della vita di classe intesa come competizione. E allora ci si rifiuta di frequentare, si sta a casa, in quella nicchia molto rassicurante che va dal proprio letto alla *Play Station*, dal divano alla Tv.

Ci sono minori che dicono «la scuola non è fatta per me», «non ce la faccio». Allora li si aiuta con il **sostegno scolastico** o con **interventi educativi domiciliari** che a volte facilitano l'apprendimento e il recupero dell'autostima. Anche oltre il contesto familiare di appartenenza, a volte deprivato, altre invece partecipe e collaborativo.

Ci sono anche storie di **bullismo** che escono dai racconti dei ragazzi: questa è una condizione di sofferenza socialmente in crescita, che incute terrore per le violenze fisiche e psicologiche subite, le derisioni, lo *stalking*, storie da cui esce l'immagine di un'infanzia e un'adolescenza non sempre innocenti, di compagni che si accaniscono verso i coetanei con una pervicacia e una cattiveria sorprendenti anche se non di rado i "bulli" sono essi stessi l'impersonificazione di un disagio esistenziale non compensato né a scuola né a casa, la loro aggressività **emula comportamenti altrove appresi** con troppa facilità (cattivi esempi, Tv "spazzatura", viaggi in rete... senza rete, dileggio e turpiloquio come parlare abituale, stili di vita trasgressivi e senza inibizioni).

Tra le cause più frequenti di inadempienza e di abbandono della scuola ci sono anche **storie familiari critiche**: i minori vivono intensamente ad esempio – oltre ciò che direttamente esprimono – la separazione dei propri genitori, la reciproca ricostituzione di legami affettivi o familiari nuovi che li fanno sentire veri e propri estranei. Sia che si tratti di situazioni conflittuali tra genitori o di contesti "abbandonici", i figli diventano – come direbbe Gilbert Cesbron (e il suo giudice Lamy) «cani perduti senza collare» (Rizzoli, 1995): i minori emarginati o abbandonati dagli ambiti familiari di origine o – viceversa – i figli di genitori in conflitto stanno diventando due **categorie sociali** dai contorni netti e dai connotati devastanti. La scuola diventa per loro, a poco a poco, un ambiente estraneo, persino inutile, un luogo dove si teme di render conto della propria condizione di inadeguatezza, una cosa che non serve.

I figli che soffrono legami affettivi deteriorati diventano alunni "difficili", demotivati, fragili, si sentono "diversi" dagli altri. E non vogliono più andare a scuola. Oppure – capita sempre più spesso, anche se sembra incredibilmente doloroso che ciò possa accadere –

che siano loro stessi, rendendosi conto dell'assenza di uno o entrambi i genitori dalla loro vita, a chiedere un collocamento in "collegio".

La mamma mi ha detto: «Sai, sto aspettando un bambino dal mio nuovo compagno, non ho molto tempo per te»... «La fidanzata di papà mi ha mandato un *whatsApp*: non metterti di mezzo nella nostra vita».

E allora chiedono: «**Ma tu mi puoi mettere in una comunità?**». È straziante ma accade proprio così.

3. Genitori conflittuali: le ragioni del contendere in situazione di separazione di coppia.

Che la **separazione** sia stata vissuta come una sconfitta del patto d'amore oppure come una liberazione da una situazione divenuta insopportabile, il momento del confronto sulle decisioni da prendere per la **gestione dei figli** diventa un'occasione di rivincita, di puntualizzazione, di ripicca.

Sovente si creano situazioni in cui la diatriba si protrae ad oltranza, spesso per onesti intendimenti e a volte invece per questioni di puntiglio, di prestigio, di orgoglio, per non darla vinta all'altro genitore, per dimostrare le proprie competenze e le carenze altrui. Poco importa se intanto il figlio resta stritolato nella morsa del conflitto, se vive condizioni prolungate di stress emotivo e psico-fisico, se subisce le reciproche angherie e i colpi bassi, inferti senza risparmio di accuse.

Ben poco di quello che si cerca di far valere nella fase che precede un eventuale accordo viene peraltro poi seguito da puntuali e coerenti realizzazioni. Le rivisitazioni e la ricostruzione delle vicende del passato che hanno maturato le situazioni di conflitto sono generalmente ispirate ad una **benevola indulgenza verso sé stessi**: ci sono sempre giustificazioni che spiegano in chiave di lettura diametralmente opposta i rispettivi comportamenti.

Riemergono le ragioni del dissidio su quelle della ricomposizione al punto che risulta poi difficile raggiungere un'intesa che permetta ad entrambi, reciprocamente e nei confronti della prole, di affrontare con serenità e onesto senso critico un periodo di prova perfettibile e quindi suscettibile di ulteriori revisioni.

Le varie argomentazioni finiscono a volte per annullarsi a vicenda ma la vita stessa insegna, ben più dei codici, che **le ragioni e i torti non possono essere diametralmente polarizzati**.

Sia che si raggiunga un accordo o che invece debba poi essere un tribunale ad intervenire d'autorità, cercando di interpretare i bisogni e le esigenze del minore, in entrambi i casi occorre poi una fase di verifica sull'applicazione dell'intesa o del decreto prescrittivo.

In genere lo scopo della contesa è dimostrare le personali capacità a scapito di quelle dell'altro genitore, non importa se questo può inoculare nel figlio conteso sentimenti di dubbio, sconcerto, delusione fino a provocare vere e proprie crisi di identità.

Non bisogna dimenticare peraltro che la maggior parte dei tentativi di regolamentazione dei diritti-doveri che riguardano l'esercizio della genitorialità si riferiscono a **figli in ancor tenera età**.

Anzi è di tutta evidenza che l'importanza dell'accordo è direttamente correlata all'età del soggetto: più piccolo è il figlio e più particolareggiata dovrà essere la previsione regolamentativa in considerazione del maggior grado di dipendenza dei suoi vissuti e dei suoi bisogni rispetto alla responsabilità degli adulti che dovranno occuparsi di lui.

Pure che ciò sia dovuto a debolezza, insicurezza o reciproca sfiducia sono spesso proprio i padri e le madri che chiedono di **formalizzare** "nero su bianco" un'organizzazione minuziosa e dettagliata della **vita del figlio**: tutto deve essere particolareggiato, previsto, precisato, nulla deve sfuggire alla previsione più attenta e oculata.

E così si misurano e si soppesano i giorni, le ore e i minuti trascorsi dal minore con ciascuno dei due genitori, i rispettivi ambienti di vita e di accoglienza, la durata e il numero delle telefonate, la loro collocazione temporale, i regali ricevuti, la loro consistenza e utilità, la competenza professionale dei pediatri di reciproca consultazione, il tipo di vestiario scelto, il taglio dei capelli, la qualità e la varietà dell'alimentazione da entrambi procurata, l'iscrizione a scuola, l'occupazione del tempo libero, le frequentazioni amicali o parentali, i giorni di vacanza, la "santificazione" alternata delle festività, i programmi televisivi, i giochi, le letture e persino il livello di sicurezza e affidabilità dei rispettivi mezzi di trasporto su cui viene scarrozzato il pargoletto.

Il rituale è scontato e le parti in commedia assegnate: «partendo dal presupposto che nostro figlio sta meglio con me – come riuscirò a dimostrare – voglio che vengano **valutate e approfondite le competenze** affettive e le capacità di accudimento **dell'altro genitore**».

Un'espressione di sentimento e una formale richiesta, generalmente reciproca, che danno il via ad una **lunga fase di produzione di prove**, narrazione di vissuti, confronti, approfondimenti, valutazioni (anche di tipo tecnico-specialistico, come vedremo più avanti).

Intanto il figlio cresce e i suoi vissuti vengono studiati e usati per avvalorare la propria tesi e confutare quella avversa; più che della presenza delle normali e positive relazioni affettive di cui avrebbe bisogno egli avverte di trovarsi al centro di una contesa dall'esito incerto: solitamente infatti il padre e la madre "confliggenti" gli spiegano la propria verità e questo – alla fin fine – non lo aiuta certo a trovarne una sua personale.

Tra stoccate di fioretto e colpi di mortaio i contendenti affilano le armi per l'**affondo finale** con un intendimento iniziale dichiaratamente lodevole: realizzare il prevalente anzi (come solitamente si dice, con enfasi e generosa disponibilità) "**l'esclusivo interesse del minore**".

Ma quali sono i punti e le ragioni del contendere?

Innanzitutto l'**affido** che può essere ad uno dei due genitori o condiviso, una modalità recentemente introdotta nell'ordinamento del diritto di famiglia.

E poi il collocamento prevalente: con "chi", "dove" e "per quanto tempo" dovrà vivere il minore, trascorrere i momenti rituali e significativi della sua giornata, mangiare, vestirsi, fare i compiti, dormire.

È evidente che sul piano formale l'affido ha una valenza "certificativa", stabilisce in pratica se c'è prevalenza o condivisione tra i due genitori nelle responsabilità di tutte le decisioni che riguardano la sua vita.

Sul piano sostanziale la decisione di formalizzare un "**collocamento prevalente**" risulta più legata alle *routine* pratiche, alla quotidianità delle relazioni affettive del minore, alle sue frequentazioni, ai riferimenti rispetto alle presenze adulte che lo circondano ma va precisato che in genere ciò è più determinante in caso di gestione condivisa, mentre nell'ipotesi di affido al padre o alla madre c'è praticamente coincidenza e sovrapposizione rispetto all'effettivo luogo di vita del minore stesso.

Correlato in modo speculare a tale aspetto c'è il punto relativo alla regolamentazione delle **modalità di incontro** e di visita tra il minore e il genitore non affidatario. È questo l'ambito di organizzazione della vita del figlio che coinvolge emotivamente in modo più marcato entrambi i genitori.

C'è infatti una **tipizzazione reciproca dei ruoli**, un gioco della parti in un copione già scritto: il genitore "collocatario" tende a restringere o limitare in modo vincolante gli spazi e i tempi che il minore trascorre con l'altro genitore e, reciprocamente quest'ultimo cerca invece di spuntare modalità più estese, che gli consentano di passare il maggior tempo possibile con il proprio figlio, nei modi e nei luoghi preferiti.

4. I figli contesi dai genitori conflittuali.

Quando i figli si trovano collocati **al centro dei conflitti di coppia** si materializzano situazioni emotivamente complesse, non di rado apertamente dolorose e insostenibili per tutti: per i due genitori, a causa delle relazioni quasi sempre reciprocamente ostili, e per i figli stessi, che finiscono per essere inglobati e coinvolti nella contesa e condividono loro malgrado condizioni di malessere e sofferenza.

I dissidi originano prevalentemente dalla crisi del rapporto sentimentale tra marito e moglie, compagno e compagna, ma sono molte le ragioni per cui una storia d'amore può finire e subentrano **sentimenti nuovi**: indifferenza, intolleranza, incomprensione a volte persino odio e rancore.

Sono stati scritti libri, romanzi, trattati, poesie, preghiere sul sentimento dell'amore e sui suoi opposti e contrari: non è nelle mie intenzioni aggiungere o togliere una parola, non è questo il senso di questo scritto. Ogni storia è una storia a sé e io aggiungerei: «per fortuna è così».

Sentimenti ed emozioni sono **l'ultima frontiera delle libertà personali**, non c'è un inizio e una fine, un alto e un basso, un meglio e un peggio, forse nemmeno un "giusto" e uno "sbagliato", almeno in senso relativo. Appartengono ad ogni esistenza e insieme ad essa sono unici e irripetibili, fanno parte integrante del mestiere e della fatica di vivere: **ognuno risponde ad una sua coscienza**, qualche volta a capo chino e col cappello in mano.

Molta parte di ciò che ci riguarda va per la sua strada e non è sempre quella che avremmo scelto noi.

Subentrano poi delle **regole** e delle **convenzioni** culturali e sociali che fanno sì che ogni vita e ogni storia possano inserirsi nel grande contenitore della **narrazione universale**, quella che racconta dell'umanità intera e ci permette di riconoscere e distinguere una vicenda a lieto fine da una andata male, il rispetto dalla prevaricazione, l'armonia dalla violenza, la generosità dall'egoismo.

Sono quei valori condivisi che ci rendono reciprocamente civili.

Se i vissuti affettivi riguardano solo i diretti interessati la soluzione del conflitto è una questione a due, ma se ci sono uno o più figli la vicenda si fa subito più complessa perché questo *tertium genus*, questo terzo polo crea una **triangolazione di diritti e doveri, di bisogni e di ruoli** che merita una più attenta considerazione.

Il soggetto più debole è sempre il minore e ogni ipotesi di accordo deve tener conto di questa priorità.

Quando i genitori non ce la fanno da soli ad uscire dal pantano della crisi di coppia, specialmente perché la presenza dei figli richiede un patto "*super partes*", occorre un **intervento esterno** che espliciti la necessaria funzione di aiuto, sostegno, integrazione e verifica.

Se bisogna ristabilire una "sostenibile situazione di non belligeranza", il ruolo esercitato dai vari soggetti che possono contribuire a questo scopo consiste innanzitutto nel favorire con delicatezza il ripristino di un clima colloquiale nelle relazioni di coppia. **Ascolto e dialogo** sono i due canali privilegiati per conseguire questo scopo, ricerca e pratica della umana comprensione.

Prima di definire ogni successiva ipotesi di regolamentazione deve essere chiaro ad entrambi i genitori che la più importante azione di tutela va esercitata verso i loro figli, bambini o adolescenti.

Spesso infatti i differenti punti di vista dei padri e delle madri sono viziati da un peccato d'origine: quello di ricostruire le vicende e di immaginare le soluzioni a partire dalle **rispettive spiegazioni e verità**, che finiscono così per essere proposte come misura di ogni valutazione **ritenuta oggettiva**.

Come in un duello, quasi mai cavalleresco, i due contendenti partono lancia in resta, armati e bardati di tutto punto per vincere la posta in palio: la gestione affettiva e organizzativa della vita di quello che un tempo era soprattutto il frutto del loro amore e il motivo della loro unione.

Ciascuno dei due genitori rivive soggettivamente la storia di coppia e cerca di attingere in questa rivisitazione autobiografica la prevalenza e l'attualità delle proprie ragioni: si tratta degli argomenti che ciascuno dei due butta sul piatto di quella bilancia che regolerà la gestione della vita del figlio conteso, affinché pendano dalla propria parte e soddisfi le esigenze e le aspettative ritenute più legittime, cercando **il suo preminente interesse**.

Peccato che a volte i buoni propositi non coincidano con le effettive realizzazioni né precludano spesso ad azioni ad essi coerenti: un conto sono infatti le motivazioni addotte per dimostrare la congruità del proprio ruolo genitoriale, un conto le rivele contro l'ex partner generalmente tese a dimostrare la sua inidoneità di padre o di madre.

Il senso della sottolineatura è che in genere prevalgono **le ragioni della diaspora e del contendere** su quelle della ricomposizione; solitamente infatti i genitori cercano di accaparrarsi a tutti i costi una eloquente vittoria piuttosto che accontentarsi di un onorevole pareggio.

E poi c'è pure da aggiungere che molti vivono con enfasi partecipativa un'eventuale successiva **battaglia legale** per dimostrare la legittimità e la congruità delle proprie richieste e confutare le argomentazioni "di controparte": piace il colpo di teatro, la battuta ad effetto, il gioco delle parti, lo scambio delle accuse, la libera e liberatoria interpretazione retrospettiva.

In genere non si disdegna, almeno a partire dalle schermaglie iniziali, di metabolizzare intensamente il momento del confronto-scontro: di norma ciascuno dei due genitori ha interiorizzato una propria tesi che potrebbe rivelarsi vincente.

Succede infatti che la fase di transizione del confronto e della mediazione in vista dell'accordo, di per sé preliminare ad una regolamentazione stabilizzante, venga invece vissuta come una estesa parentesi dove sostare e quasi indugiare a lungo, per chiarire fino in fondo e magari imporre i propri punti di vista rimessando il coltello nella piaga della sofferenza e del rancore.

Questa è una tendenza generalizzata che presenta le **ovvie eccezioni** rispetto a situazioni dove il padre e la madre si accordano in modo pacifico, nella reciprocità dei ruoli (chi ha il bambino con sé e chi invece lo vuole vedere e frequentare) su come, dove e quando il figlio può incontrarsi insieme o separatamente con loro.

È di evidenza solare che quando prevale la ricerca di una soluzione ragionevole ed equa, e si usa la buona volontà per venirsi reciprocamente incontro, si smussano le occasioni di attrito e **si mette davvero il figlio al centro** delle attenzioni e dell'impegno di entrambi.

La soluzione migliore per tutti è certamente quella che ricorre nei casi di accordo pacifico tra il padre e la madre: «normalmente sta con me ma lui/lei potrà vederlo e incontrarlo liberamente previa opportune intese di volta in volta».

Non sempre, purtroppo, ricorrono i presupposti oggettivi per una soluzione così libera dai lacci e laccioli dei veti e dei vincoli; infatti il contenzioso si attiva nel momento in cui un genitore mette in discussione le competenze e l'affidabilità dell'altro.

5. Pane, amore e CTU.

In genere i conflitti genitoriali riguardano figli minori molto o relativamente piccoli.

A cominciare dalla prima fase dell'adolescenza, i ragazzini e le ragazzine compensano in parte il fatto di essere "contesi" da entrambi i genitori con **occasioni di socializzazione extra domestiche**, a partire dalla scuola e dalle frequentazioni dei coetanei.

Non mancano le debite eccezioni che peraltro coincidono con i casi più dolorosi, quelli che presentano un elevato indice di coinvolgimento emotivo nelle vicende sentimentali del padre e della madre, sovente vissuti con sofferta partecipazione. Questo accade in particolare quando uno dei due genitori, se non entrambi, chiedono più o meno esplicitamente al figlio o alla figlia di parteggiare, di **schierarsi dalla loro parte** forzando inevitabilmente i suoi spontanei sentimenti.

Quando il conflitto si fa così aspro, costellato da episodi incongruenti o dannosi e comunque da situazioni ingarbugliate sotto il profilo emotivo, sono gli stessi genitori che allargano il fronte della contesa invocando reciprocamente e molto spesso anche per il figlio la **necessità di valutazioni** del profilo personologico e comportamentale, al fine di individuare ed evidenziare **eventuali patologie** da curare o rimuovere.

Si rivolgono pertanto di loro iniziativa a consulenti tecnici di parte, in ciò supportati spesso dai rispettivi legali al fine di presentare al giudice una valutazione peritale di parte (CTP) o sollecitano perizie d'ufficio (CTU), per avere una descrizione analitica e particolareggiata del carattere e dei comportamenti del figlio e magari la chiedono anche a carico dell'altro genitore.

Se non disposte motivatamente da chi ne ha la responsabilità, si tratta in genere di scelte ossessive che esasperano e acuiscono realtà già compromesse, vanno nella direzione della problematizzazione dei vissuti e costringono sovente i figli a estenuanti sedute terapeutiche, oggettivamente non necessarie.

Eppure ci sono padri e madri che ritengono con lucida determinazione che questa scelta rientri nei propri doveri genitoriali, alla stregua di quelli che natura, diritto positivo e buon senso solitamente attribuiscono loro: il mantenimento, l'affetto, le cure, la tutela.

Come dire: pane, amore e perizie a 360°.

Che cosa mette vicendevolmente in competizione i padri e le madri nei confronti dei loro figli? Sicuramente – prima di ogni altra cosa – la paura di perderli. Non è solo il timore della privazione di un rapporto di "fisicità", di frequentazione; c'è anche l'ansia, la preoccupazione che vengano espropriati i sentimenti, le relazioni, gli affetti.

Sono **le ragioni del cuore** quelle che spingono i genitori a spendersi nella contesa: se mai ne esiste una, è la metafora della “lancia” e dello “scudo” quella che più compiutamente ne spiega i comportamenti.

Da un lato devono attrezzarsi per la **difesa ad oltranza**: rintuzzare gli attacchi dell'altro contendente, ritagliarsi uno spazio di gestione del figlio, una specie di fortino invalicabile, un presidio, uno zoccolo duro da cui partire per realizzare strategie di appropriazione e di conquista, spostando sempre più in là il confine dei propri diritti.

Dall'altro sono costretti generalmente ad **attaccare per primi**, cercando di evidenziare le carenze altrui, utilizzando in modo improprio il figlio conteso: una “testa d'ariete” per sfondare il fronte avverso.

Quando queste strategie riescono, in genere producono risultati dannosi per sé e per i figli stessi.

Ogni volta che ci sono relazioni sentimentali che si chiudono, ciò non avviene solitamente in modo improvviso e repentino, si tratta in genere di un **lento declino dei rapporti** affettivi che sfocia in una decisione a volte unilaterale e altre volte condivisa: concludere, finire, voltare pagina, magari ricominciare altrove.

Se c'è un figlio di mezzo bisogna considerare che ogni decisione che riguarda la vita di coppia dei suoi genitori ricade, nel bene o nel male, anche e soprattutto su di lui, che in genere – per età o inconsapevolezza rispetto ai loro vissuti – è estraneo alle ragioni del conflitto e ne subisce solo le ricadute.

La storia rimane “a tre” (pensando al caso tipico di due genitori e un figlio) e comunque “al plurale” ma va riscritta da capo.

A volte i genitori ce la fanno da soli: prendono atto della fine del rapporto e civilmente e pacificamente si dividono responsabilità, presenze, diritti e doveri che riguardano la prole.

Riescono a programmare anche una fase così delicata cercando di evitare al figlio il trauma della rottura, sfumano le presenze, attenuano i toni della separazione, mantengono un clima di cordiale coesistenza, creano un ambiente più ovattato magari coinvolgendo altre figure di sicuro riferimento affettivo nell'ambito del nucleo familiare più allargato (ad es. i nonni, gli zii).

Ciò comporta, è opportuno interiorizzare questo concetto, che entrambi i genitori sappiano fare **un passo indietro** rispetto alla prevalenza delle proprie ragioni e **un passo avanti** verso il ben-essere emotivo ed esistenziale del proprio figlio.

Ovvio che questo interesse “terzo” possa essere riconosciuto e rispettato solo a costo di **rinunciare**, dall'una e dall'altra parte, al desiderio di voler chiarire tutto, ma proprio tutto, di una vicenda che sarebbe più onesto accettare nell'evidenza della sua attualità.

Prendere atto della fine di un rapporto di coppia non è una cosa facile da metabolizzare: ci sono sempre da rimarcare vicende, accuse, manchevolezze, episodi, fatti, circostanze che inevitabilmente riemergono nella narrazione dei rispettivi vissuti.

6. Figli contesi. Tra ricordi, rancori e destino.

Il vero salto di qualità nei conflitti di coppia, in presenza di prole, consiste nel **saper guardare oltre**, nell'archiviare in breve tempo la logica dei chiarimenti e delle puntualizzazioni, delle puntigliose sottolineature e cercare davvero insieme di creare per il figlio un ambiente il più possibilmente depurato dai **residui tossici** di una relazione amorosa finita male.

Quando entrambi sanno acquisire questa consapevolezza ed agiscono con l'abito mentale della rimozione e del dialogo costruttivo si creano in genere le condizioni per affrontare con maggiore serenità l'organizzazione della vita futura, propria e dei figli che comunque già ci sono e a cui occorre provvedere con avvertito senso di responsabilità e capacità pratica di concertazione.

In altri casi – e purtroppo in una percentuale in crescendo o comunque preponderante – occorre un aiuto, una supervisione, una mediazione, una regolamentazione: procedure cui si arriva con gradualità o che vengono guidate dall'esterno, a volte purtroppo con un **intervento** di tipo **sanzionatorio e formale**.

Non tutti sono in grado di gestire i vari aspetti (emotivi, organizzativi, relazionali) di una separazione, a maggior ragione se in presenza di uno o più figli. Nelle situazioni in cui sono gli stessi genitori che chiedono una decisione *super partes* che imponga per decreto una regolamentazione tutelante per il minore e sostenibile da entrambi, si evidenzia subito la necessità di una **previsione normativa** estesa a tutti i possibili ambiti di vita del figlio: casa, scuola, vacanze, relazioni parentali e amicali, organizzazione del tempo libero.

Nelle aspettative dei richiedenti tutto deve essere previsto **in modo minuzioso e dettagliato** come se si potesse redigere un manuale del "perfetto genitore" che agisce, decide, si consulta, provvede solo sulla base di precetti, prescrizioni e divieti imposti o suggeriti dall'esterno.

Nonostante eventuali interventi di mediazione esterna il rapporto all'interno della coppia genitoriale resta a volte molto conflittuale, con toni di esasperazione, accuse rinnovate e coinvolgimento del bambino o del ragazzino nella diatriba.

Ciascuno deve-vuole dimostrare di essere un genitore migliore dell'altro, ma per poterlo fare finisce inevitabilmente per risucchiare il figlio nei meccanismi della contesa.

Non mancano mai le osservazioni postume, le visitazioni retrospettive, gli *amarcord* acidi: «mi avevi detto»... «mi avevi fatto»... «non sei mai stato affidabile»«sei sempre stata scortese»... «il tale giorno del tale mese del tale anno.....»...«a ferragosto di quell'anno»... «ai compleanni del bambino...»...«hai forse dimenticato quel pomeriggio?»... «nelle vacanze di Natale»... «se ti ricordi mi avevi tenuto sulla porta»... «avevi rotto il giocattolo per dispetto»... «mi offendevi in continuazione»... «sei sempre stata

provocatoria».... «avevo ritirato la denuncia ma ora non lo rifarei».... «ti meritavi questo e di peggio».

Una **rievozione esasperata dei dettagli** e dei particolari che offusca il senso del presente: essere lì, trovarsi insieme a parlare del futuro del proprio figlio, cercando di organizzarlo nel modo più indolore, oltre le scorie e i detriti della separazione. Invece si chiude a doppia mandata la porta di quel sentimento che un tempo si chiamava “amore” e si aprono cento finestre ai ri-sentimenti e al desiderio di rivincita.

Anche se non fisicamente presente **il figlio è lì**, al centro della disputa, oggetto delle rivendicazioni reciproche. Ogni parola che si spende, ogni desiderio che si esprime è intenzionalmente finalizzato al suo bene.

Ma se rimane il rancore del passato che si rinnova nell'incomprensione del presente, difficilmente possono essere rimossi gli ostacoli alla realizzazione di un progetto di vita per lui.

Una tara che pesa non poco, questa, perché la gestione dei figli è pur sempre l'aspetto più importante da definire in una crisi di coppia. Partono dai rispettivi punti di vista, il padre e la madre, e non potrebbero fare altrimenti, **cercano di riscrivere il presente**, dicono di guardare oltre, mirano lontano. Naturalmente sempre in vista del preminente – anzi di più – dell'**esclusivo interesse del minore**.

Non è una cosa facile convincere e convincersi che mentre il tempo passa tra attacchi e difese, accuse e risposte, obblighi e divieti, intanto il figlio cresce come un fiore costretto a farsi largo tra cespugli di ortiche.

I **genitori-giardinieri** invece che sradicare le male piante seminano gramigna e preparano il campo di battaglia. I **genitori-generalisti** danno ordini a quella parte di sé che è **genitore-soldato**: scavare una trincea, erigere una barricata, chiudere il fortilizio, alzare il tiro.

Intanto la vita passa e va, tra schioppettate inutili e dannose.

Usare il buon senso, assecondare la natura, non esasperare le situazioni, lasciare sempre uno spazio alla speranza: potrebbero invece essere queste le buone e innocue armi da mettere in campo.

Molto spesso è infatti il destino che compie la sua parte, oltre le rispettive presunzioni, che lo si voglia o no.

Riflessione

— Difendere i migranti, proteggere i diritti. Dialogo con Caterina Bove e Anna Brambilla

Un dialogo tra avvocati immigrazionisti a proposito dell'[ordinanza del Tribunale di Roma – Sezione diritti della persona e immigrazione N.R.G. 56420/2020, del 18 gennaio 2021](#)

Defending migrants, protecting rights. Dialogue with Caterina Bove and Anna Brambilla

A dialogue between immigration lawyers about the order of the Court of Rome – Sezione diritti della persona e immigrazione N.R.G. 56420/2020, of 21 January 2021

di Paolo Oddi

Sulla necessità di avvocati che agiscano sui confini scrivevamo già su questa Rivista qualche tempo fa¹. Sull'urgenza di avvocati in frontiera, sulle tante frontiere europee, come presidio a protezione dei diritti umani fondamentali².

¹ Cfr. P. Oddi, *Casi e diritti migranti. Introduzione*, 6 maggio 2020.

² Su questo tema si veda l'interessante progetto pilota "Inlimine", nato dalla collaborazione tra l'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, Cild, Indiewatch e ActionAid.

Cosa succede, infatti, alle persone che, dopo viaggi drammatici, raggiungono la “fortezza Europa” per chiedere protezione internazionale o semplicemente per tentare un futuro migliore, mentre provano a varcarne le sue mura?

Quali e quante violazioni si consumano non solo sulle frontiere esterne della Ue ma anche sulle linee di confine tra uno Stato membro e l’altro?

Sono di questi giorni le notizie dei molti migranti braccati sulla c.d. rotta balcanica, nel gelo dell’inverno, letteralmente rimbalzati da un Paese all’altro dell’Unione europea sulla base di risalenti accordi bilaterali di riammissione, in un forzato viaggio a ritroso dall’Italia verso la Slovenia, dalla Slovenia alla Croazia e da questa verso stati non membri, come la Bosnia o la Serbia³.

Un viaggio forzato che è una discesa agli inferi, costellato di maltrattamenti, violenze di ogni tipo e in spregio della dignità umana. Un “*game*”, come viene ironicamente definito dai protagonisti di questa odissea. In gioco c’è la loro vita ma anche l’anima della vecchia Europa⁴.

Nei confronti dei migranti che anelano a fare ingresso in Unione europea – miraggio di un continente in pace e rispettoso dei diritti umani –, dopo migliaia di chilometri percorsi spesso a piedi o su mezzi di fortuna, da Paesi asiatici o mediorientali sconquassati da conflitti o piegati da regimi, le autorità italiane, slovene e croate, mettono in atto dei veri e propri respingimenti collettivi, in spregio di ogni più elementare diritto umano, primo tra tutti quello a potere chiedere protezione internazionale.

Per uno di questi migranti, un cittadino pakistano in fuga da persecuzioni a ragione del suo orientamento sessuale, respinto dall’Italia fino alla Bosnia con la complicità di Slovenia e Croazia, grazie al ricorso promosso dalle avvocate Anna Brambilla e Caterina Bove⁵, il Tribunale di Roma – Sezione diritti della persona e immigrazione, con [ordinanza cautelare del 18 gennaio 2021](#), ha accertato il diritto a presentare domanda di protezione internazionale in Italia, intimando alle amministrazioni competenti di emanare tutti gli atti ritenuti necessari a consentirne il suo immediato ingresso.

Come potrete approfondire seguendo il dialogo che vi proponiamo, il Giudice ha dato diretta applicazione all’art. 10 comma 3 della Costituzione italiana affermando che esso «si declina come possibilità di accedere al territorio per proporre domanda di protezione internazionale, soprattutto quando sia stato il comportamento illecito delle autorità italiane a impedire di fatto l’accesso a tale diritto». Il Tribunale di Roma chiarisce con nettezza che l’Accordo bilaterale fra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Slovenia del 3 settembre 1996 «non è mai stato ratificato dal Parlamento italiano» e che «ciò comporta che non può prevedere modifiche o derogare

³ Per un *focus* sulla rotta balcanica, anche con alcuni dati interessanti, si v. A.O. Rossini, [La rotta balcanica. I migranti senza diritti nel cuore dell’Europa](#), in *Articolo 21*, 19 gennaio 2021.

⁴ Sul “*The game*” v. M. Garavalli, [The Game. la via della salvezza \(non\) passa dai Balcani](#), in *Orizzonti politici*, 30 aprile 2020.

⁵ Anna Brambilla è del Foro di Milano e Caterina Bove del Foro di Trieste.

alle leggi vigenti in Italia o alle norme dell'Unione europea o derivanti da fonti di diritto internazionale». Dopo avere preso in esame le molteplici violazioni procedurali della vicenda, il Giudice rimarca come qui siano stati violati sia i profili attinenti alla libertà personale del ricorrente sia il suo diritto al non refoulement, in violazione del divieto di respingimenti collettivi, oltre al diritto a non essere comunque respinto qualora possa correre il rischio di subire trattamenti disumani e degradanti. Trattamenti che nella specie egli ha invece concretamente subito sia nel corso delle riammissioni sia in Bosnia dove, infine, è stato ricondotto.

Naturalmente in ballo c'è anche la nota Convenzione di Dublino – la cui riforma si attende da anni –, e la sua discutibile norma che impone al primo Stato della Ue di farsi carico della domanda di protezione internazionale del migrante⁶.

Si tratta di una pronuncia cautelare di grande importanza, sulla scia di una embrionale giurisprudenza di merito che sta iniziando ad affermare l'illegittimità dei respingimenti e il diritto a fare rientro in Italia per presentare domanda di asilo⁷.

Le difficoltà per l'esercizio del diritto di difesa in questi casi sono enormi, a partire dal raccogliere la nomina della persona violata e respinta, ma come spiegano le colleghe, una buona sinergia con organizzazioni non governative che operano in quei territori e con giornalisti che fanno luce su questa drammatica situazione ha consentito che si arrivasse all'ordinanza in commento⁸.

⁶ Per tutte le complesse implicazioni si legga l'interessante articolo di F. Malavolta, *Lo stallo sulla rotta balcanica, spiegato*, in *Il Post*, 7 febbraio 2021.

⁷ Si veda l'importante precedente dei cinque eritrei respinti illegalmente in Libia e autorizzati dal Tribunale di Roma con sentenza 22917 del 28 novembre 2019 a rientrare in Italia per presentare domanda di protezione internazionale.

⁸ Ruolo centrale in questa vicenda ha avuto la ONG "*Border Violence Monitoring Network*".

Conversazione

— Troppi soldi in paradiso? A proposito di riciclaggio, evasione fiscale e ricchezze nascoste

Conversazione con Piergiorgio Valente

Too Much Money in Heaven? On money laundering, tax evasion and hidden wealth

Conversation with Piergiorgio Valente

di Elisa Padoan, Piergiorgio Valente

Abstract. Continuiamo il nostro ciclo di interviste nato per riflettere – prendendo spunto anche da recenti fatti di cronaca¹ – sugli enormi trasferimenti di denaro, in molti casi legati ad attività illecite, che sempre sottraggono denaro al benessere della collettività. Parliamo dunque di **riciclaggio**, di **paradisi fiscali** e di tutti quei metodi di **sottrazione della ricchezza** al bene comune, che spesso vanno a finanziare attività criminose.

¹ Sul tema si vedano, con particolare riferimento al recente scandalo noto come “FinCEN Files”, i seguenti materiali pubblicati in questa rivista: E. Padoan, G. Marcolongo, *Soldi sporchi. Intervista a Giovanna Marcolongo – pt. 1*, in questa rivista, 9 dicembre 2020; S. Arcieri, R. Bianchetti, *«Abbiamo due sistemi di applicazione della legge e della giustizia nel paese»*, 30 settembre 2020; S. Arcieri, *Reati finanziari e responsabilità dei vertici di banca (ovvero: quando le dimensioni contano)*, 7 ottobre 2020. Sullo stesso tema si rinvia altresì ai seguenti articoli pubblicati su DPU – il blog: *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.

Sul tema abbiamo coinvolto **Piergiorgio Valente**, dottore commercialista, fondatore e managing partner di Valente Associati GEB Partners, presidente dal 2017 della [CFE Tax Advisers Europe](#) (Confédération Fiscale Européenne), associazione che rappresenta i fiscalisti europei.

Presidente del Corso di laurea triennale in Economia Aziendale Internazionale, docente di fiscalità comunitaria, pianificazione fiscale e transfer pricing presso la Link Campus University a Roma, Valente è autore di numerose pubblicazioni sul riciclaggio e l'evasione fiscale.

Abstract. We continue our series of interviews born to reflect – also taking cue from recent news events – on the huge transfers of money, often related to illegal activities that systematically subtract money from the common good. Therefore, we are talking about **money laundering, tax havens** and all those methods of **subtracting wealth** from the well-being of the community, which often go to finance criminal activities.

On this topic, we involved **Piergiorgio Valente**, chartered accountant, founder and managing partner of Valente Associati GEB Partners, president since 2017 of CFE Tax Advisors Europe (Confédération Fiscale Européenne), an association representing European tax advisors.

President of the Bachelor of Science in International Business Economics, professor of EU taxation, tax planning and transfer pricing at Link Campus University in Rome, Valente is the author of many publications on money laundering and tax evasion.

Professor Valente, secondo le ultime stime del *Tax Justice Network*², ogni anno in Italia il mancato incasso fiscale causato dal trasferimento di fondi nei paradisi fiscali è pari a oltre 10 miliardi di euro: lo stesso TJN ha calcolato che, con quella cifra, avremmo potuto assumere e pagare un anno di stipendio a 379.380 infermieri. Quali sono le dimensioni del fenomeno?

La domanda di fondo che dobbiamo porci è la seguente: si tratta di un problema di legge o di applicazione della legge? Mancano le disposizioni legislative, oppure quello che avviene è sostanzialmente ritenuto legittimo in Italia e non solo?

La fiscalità delle relazioni internazionali è nata tra la prima e la seconda guerra mondiale, in un mondo bilaterale orientato a regolare un'economia di natura industriale e commerciale. Da molti anni si è compreso³ che siffatta impostazione non è più attuale né coerente con un mondo globalizzato. I principi internazionali cardine di questo sistema – la residenza, l'organizzazione di uomini e mezzi, ecc. – i quali fanno riferimento ad elementi di collegamento oggettivo con il territorio degli Stati, non sono più efficaci e non sono stati adeguatamente aggiornati.

Quindi, il punto centrale è di natura legislativa e su questo bisogna lavorare. Negli ultimi anni gli Stati hanno iniziato ad adottare nuovi principi e regole (ad esempio, con riferimento all'economia digitale), ma la strada è ancora lunga.

² Per i dettagli, v. S. Arcieri, *La cifra oscura della frode fiscale in Italia*, in questa rivista, 2 dicembre 2020.

³ P. Valente, *L'impresa invisibile. Net economy e strategie fiscali*, *Il Sole 24 Ore*, 2001.

Quanto è stretto il legame tra i trasferimenti di denaro nei paradisi fiscali e finanziari e le organizzazioni criminali volte al traffico di armi, a commercio della droga, alla messa in atto di azioni terroristiche, ecc.?

È un argomento che spesso non viene ben compreso dal grande pubblico. Di solito, quando si pensa ai paradisi fiscali, vengono alla mente soggetti che vi collocano i loro fondi per beneficiare della totale esenzione fiscale e dell'intoccabilità garantite dall'opacità del sistema finanziario e bancario dei Paesi a fiscalità privilegiata; non bisogna dimenticare, tuttavia, che l'anonimato – e la conseguente impunità di chi opera in siffatti contesti – sono particolarmente appetibili per le organizzazioni criminali impegnate a nascondere i profitti illeciti.

Ne deriva che la lotta ai paradisi fiscali deve essere vista innanzitutto come una lotta alla criminalità, da indirizzarsi verso quegli Stati che beneficiano dell'appartenenza alla comunità internazionale per comportarsi in modo parassitario, favorendo in ottica finanziaria la collocazione sul loro territorio – in senso legale, ma non sempre sostanziale – di attività che vengono svolte *offshore*, vale a dire al di fuori dello Stato stesso.

Questo fenomeno, soprattutto in Internet, diventa potenzialmente diabolico. Mentre, in passato, il ricorso al paradiso fiscale richiedeva il movimento fisico di una persona, che spostandosi lasciava "tracce" legate, almeno in parte, a documenti di natura cartacea, oggi non è più così: **tutto il cyber spazio, se non ben disciplinato, rischia di diventare un immenso paradiso fiscale**. Di conseguenza, tutte le operazioni che sfuggono alla comprensione ed al monitoraggio dei singoli Stati può essere fonte di opacità, nella quale possono operare le organizzazioni – soprattutto quelle criminali – che dell'assenza di trasparenza hanno bisogno.

Lei è presidente della CFE Tax Advisers Europe (Confédération Fiscale Européenne), associazione che rappresenta i consulenti fiscali dei Paesi europei. Come valuta le azioni dell'UE⁴ e dell'OCSE per contrastare elusione, evasione e riciclaggio e per uniformare le normative dei vari Stati?

Molto è stato fatto negli anni in termini di trasparenza, ma esistono ancora, come ci racconta l'attualità, enormi sacche di impunità. Quali stimoli e suggerimenti voi esperti fiscalisti vi sentite di dare?

In ambito europeo sono state intraprese numerose iniziative di contrasto ai fenomeni elusione, evasione e riciclaggio e per uniformare le normative dei vari Stati membri dell'UE. Occorre, tuttavia, continuare a fornire stimoli al legislatore comunitario,

⁴ P. Valente, I. Caraccioli, G. Ianni, M. Vidoni, *Riciclaggio e criminalità. Idra per gli Stati, Sisifo per la Società, Nesso per gli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, 2017. «Quando i conflitti vengono moralizzati invece di venir limitati divengono assoluti, nella forma della lotta senza limite tra il Bene e il Male. La capacità globale di combattere le predazioni anti-civiche [...] dei paradisi fiscali, si fonderà sulla capacità dell'Europa di dire il nuovo: di salire in alto sull'albero di prua del diritto, nelle altissime regioni della sua tradizione giuridica, per annunciare in mezzo al mare una nuova terra di libertà». L'immagine del mare è utilizzata per simboleggiare la globalizzazione che diventa terra di nessuno del diritto, ove risulta particolarmente facile, per i potenti, trovare delle scappatoie.

soprattutto per quanto riguarda l'introduzione di un codice di regolamentazione – vale a dire uno Statuto del contribuente europeo – che garantisca certezza ed equilibrio nei rapporti tra fisco e contribuente. Il contribuente deve conoscere i contenuti delle norme e i principi che le informano in ogni singolo Paese, in un'ottica internazionale. Ciò significa anche che deve essere contrastato il fenomeno di retroattività dell'applicazione delle leggi. L'importante è che ci sia un codice di applicazione – lo Statuto del contribuente, appunto – per far sì che, in ambito comunitario, tutti i contribuenti (sia persone fisiche che società) abbiano un sistema di riferimento il quale garantisca la certezza del diritto tributario ed al quale potersi conformare.

Far sì che un sistema equo sia effettivamente applicato dipende dalla politica più che dalla tecnica, la quale rappresenta uno strumento per applicare le decisioni politiche.

In ambito europeo è importante convergere verso l'impiego di modelli di riferimento condivisi, quali basi di riferimento per l'introduzione di norme certe ed indispensabili in un mondo sempre più unito dalla tecnologia.

La cooperazione tra Stati ed il coordinamento delle politiche fiscali appaiono dunque fondamentali per combattere la concorrenza fiscale dannosa, perché le differenze tra i sistemi tributari dei vari Paesi influenzano spesso in modo decisivo le decisioni di allocazione di capitali e di attività imprenditoriali: a che punto siamo? Il fatto che alcuni Stati abbastanza noti non siano collaborativi compromette lo sforzo di tutti gli altri?

La cooperazione a livello internazionale e sovranazionale richiede convergenza verso modelli condivisi, forme di coordinamento legislativo e scambio di informazioni in materia fiscale, alla base dei quali dovrebbero esserci principi e disposizioni comuni. In ambito europeo, ad esempio, è essenziale garantire parità di trattamento fiscale – quantomeno a livello di applicazione normativa – in attuazione del principio di non discriminazione, anche se le aliquote di imposta possono essere diverse. In assenza di tale coordinamento nei principi, il rischio è che ogni Stato attui strategie di politica fiscale per sottrarre materia imponibile ad altri Stati.

È piuttosto probabile – nei Paesi sviluppati e, ancora di più, in quelli poveri – che l'*élite* politica coincida almeno in parte con l'*élite* economico-finanziaria, o che sia a essa strettamente legata: non è questo un ostacolo insuperabile all'adozione di soluzioni efficaci contro il proliferare dell'elusione e dei paradisi fiscali? Il rischio è che si rimanga «nel campo delle parole»⁵ buone solo per fare campagna elettorale.

Dobbiamo concludere che la politica non ha davvero intenzione di risolvere il problema? Che dovremo continuare ad assistere ad un doppio binario di giustizia, penalizzante per le fasce meno abbienti della società?

⁵ P. Valente, I. Caraccioli, G. Campana, M. Pisani, *Evasione e anti-evasione. Achille e la Tartaruga tra Paradossi e Parassiti nel Mare Oscuro d'Italia*, Eurilink University Press, 2018.

Si tratta di un tema estremamente delicato. Sotto il profilo tecnico, è possibile osservare che il fenomeno dell'evasione fiscale non sembra esser stato adeguatamente affrontato, al di là dei programmi politici. È opportuno che questo argomento sia da tenere ben presente, soprattutto oggi, in periodo di pandemia.

Occorre definire in modo chiaro e puntale, sulla base di affidabili dati economici e statistici, le diverse fasce reddituali dei contribuenti, a partire da quella di «sussistenza»⁶, per poter porre gli ogni contribuente – ivi comprese le imprese – nelle condizioni per poter assolvere correttamente agli obblighi tributari.

Come scritto in un recente volume⁷, il tema dell'evasione fiscale può essere efficacemente affrontato, sussistendo nella realtà tutti gli opportuni strumenti giuridici.

In un mondo globale, dove persone e aziende possono spostare la loro residenza/sede con grande facilità, dove la ricchezza viene prodotta dall'intangibile, prima che dal tangibile, è necessario cambiare i paradigmi di analisi e di azione, al fine di eliminare gli attuali disequilibri. Si pensi ai colossi del *web*, i quali riescono a creare un *plus* di valore aggiunto con l'impiego di risorse minime, mentre le imprese "tradizionali" la creazione di un valore minimo aggiunto⁸ richiede significativi investimenti.

Ecco dunque che, quando un soggetto può scegliere i propri lavoratori e può decidere con relativa facilità di investire in un'area geografica invece che in un'altra, è molto importante che le condizioni del mondo del lavoro siano adeguate, altrimenti si rischia una progressiva diminuzione degli investimenti, sia stranieri sia italiani, nel nostro Paese, con rilevanti impatti sulla crescita economica. Nel ventennio scorso le imprese hanno spostato stabilimenti e manodopera all'estero: oggi il vero rischio è che si trasferiscano all'estero le società capogruppo di multinazionali italiane e gli stessi imprenditori.

È evidente come la preoccupazione non sia solo di natura fiscale: la base imponibile, infatti, si sposta all'estero come effetto della delocalizzazione dell'economia, che ne rappresenta il fondamento. E se l'economia si sposta all'estero, si trasferirà, di conseguenza, anche la finanza a essa collegata.

Ne deriva che nel nostro Paese occorre creare le concrete condizioni affinché l'impresa italiana resti tale, con la possibilità di investire in mercati esteri sulla base di regole certe. Nel contempo, è essenziale preparare condizioni attrattive per le imprese estere interessate ad investire ed operare in Italia. Tutto questo, in un mondo multilaterale, è non solo auspicabile, ma anche assolutamente necessario.

⁶ Sul tema, si veda anche la conversazione con Maurizio Franzini, in corso di pubblicazione in *questa rivista*.

⁷ P. Valente, I. Caraccioli, G. Campana, M. Pisani, *Evasione e anti-evasione*, cit.

⁸ Sul concetto di creazione ed estrazione del valore nel sistema economico, con particolare riferimento ai giganti del *web*, si veda anche M. Mazzucato, *Il valore di tutto. Chi lo produce e chi lo sottrae nell'economia globale*, Laterza, 2018, pp. 206 ss.

L'Italia è rimasta uno dei pochi paesi dell'Unione europea a non essersi ancora dotata di un registro dei titolari effettivi delle società e degli altri enti giuridici⁹, secondo quanto prescritto, già dal 2015, dalla normativa europea in materia di antiriciclaggio. Quali sono i motivi e le conseguenze di questo ritardo?

Occorre rilevare che il Dipartimento del Tesoro ha predisposto una bozza, attualmente in consultazione pubblica¹⁰, di decreto attuativo delle disposizioni in tema di Registro della titolarità effettiva delle imprese dotate di personalità giuridica, delle persone giuridiche private, dei trust e degli istituti e soggetti giuridici affini, stabiliti o residenti sul territorio della Repubblica italiana, ai sensi dell'articolo 21, comma 5, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2017 n. 90 e dal più recente [decreto legislativo 4 ottobre 2019, n. 125](#), in vigore dall'11 novembre u.s.

Il Registro della titolarità effettiva – se utilizzato in modo sostanziale e non solo formale, con applicazione delle sanzioni previste per chi non si adegua – potrà rappresentare un nuovo strumento di controllo a disposizione delle amministrazioni finanziarie, con valenza dissuasiva per il compimento, ad esempio, di operazioni illecite.

Occorre, inoltre, tener presente che l'individuazione del titolare effettivo è tema significativamente rilevante soprattutto per le banche e le istituzioni finanziarie, nell'ambito del contrasto al riciclaggio e, dunque, alla criminalità ad esso sottesa.

⁹ Si veda, sul tema, S. Arcieri, F. Basile, [Antiriciclaggio e obblighi posti dall'Unione europea. L'Italia tra ritardi e inadempienze](#), in questa rivista, 11 novembre 2020.

¹⁰ Il testo dello schema di decreto è disponibile [a questo indirizzo](#).

Riflessione

— **Ereditarietà della vendetta e della riparazione**

Rilettura di “Un racconto di campagna” di Karen Blixen¹

Inheritance of revenge and reparation

Rereading of "A Country Tale" by Karen Blixen

di Marco Bouchard

Abstract. «Un racconto di campagna» di Karen Blixen è stato citato come esempio paradigmatico del “rispetto di sé”, di chi è disposto a morire quando vede messo a repentaglio il proprio riconoscimento come soggetto di diritti. La lettura completa del racconto ci conduce verso un affresco della giustizia transgenerazionale, descrittivo delle sue componenti vendicativa e riparative, intrecciate e inevitabilmente complementari. Si tratta di aspetti che non caratterizzano solo i sistemi ma che attraversano la vita di ciascuno di noi quando un’offesa irrompe tra i fragili equilibri che ci siamo costruiti.

Abstract. «A Country Tale» by Karen Blixen has been cited as a paradigmatic example of “self-respect”, of those who are willing to die when their recognition as a subject of rights is jeopardized. The complete reading of the story leads us towards a fresco of transgenerational justice, descriptive of its vengeful and restorative components, intertwined and inevitably complementary. These are aspects that not only characterize the systems but that cross the life of each of us when an offense breaks through the fragile balance that we have built for ourselves.

¹ K. Blixen, *Ultimi racconti*, Adelphi, Milano 2000, pp. 215-274.

Nella raccolta degli *Ultimi racconti* è stato inserito *Un racconto di campagna*², dove un contadino preferisce lasciarsi morire piuttosto che rinunciare a quanto gli spetta di diritto, anche a fronte di una offerta di valore doppio ma presentata come graziosa concessione. Non gli interessa la benevolenza paternalistica e beffarda del signorotto locale al quale si è rivolto per recuperare il torello preso per sbaglio dai suoi mandriani. Al contadino interessa l'aspetto simbolico e non il lato materiale. Gli interessa il suo riconoscimento incondizionato come soggetto di diritto da parte di chi è peraltro il suo superiore nella gerarchia sociale e il suo compagno di giochi durante l'infanzia.

Questo racconto è stato ripreso da Jean-Michel Chaumont nel suo libro *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*³ perché illustrerebbe magnificamente l'importanza della rivendicazione del rispetto di sé.

Jean-Michel Chaumont è un professore di sociologia dell'Università di Lovanio che ha dedicato la sua tesi di laurea al tema sensibile della concorrenza tra le vittime alla luce del doloroso travaglio degli ebrei sopravvissuti alla Shoah che per decenni hanno visto celebrato il sacrificio dei "resistenti" al nazi-fascismo e negato il loro riconoscimento come vittime innocenti. Il libro è un approfondimento della tesi di laurea ma, ancora recentemente⁴, è tornato sull'argomento per osservare la formidabile espansione di quella che lui definisce «l'etica della sopravvivenza»⁵ a detrimento di una «etica dell'onore»⁶ e l'ingresso sulla scena politica e sociale di nuovi attori "post-coloniali" nella schiera delle vittime in concorrenza tra loro: gli armeni, i discendenti degli schiavi africani, le vittime del genocidio in Ruanda, per fare solo qualche esempio. Questa concorrenza tra le vittime ha fortemente ridimensionato l'idea dell'unicità della Shoah e, al tempo stesso, ha messo in evidenza la potenza travolgente delle attese di riconoscimento espresse da tutti i "dannati della terra" per l'instaurazione di una giustizia globale che, paradossalmente, sembra tanto più allontanarsi quanto più si moltiplicano le domande per ottenere il riconoscimento del pieno statuto di vittima.

Era, dunque, inevitabile per Jean-Michel Chaumont riprendere i lavori di Axel Honneth⁷ sulla triplice natura del "riconoscimento" nella società contemporanea, necessario per garantire una relazione non perturbata con sé stessi: fiducia in sé stessi, rispetto di sé e autostima.

Il racconto di campagna esemplifica il secondo di questi tre fattori perché il rispetto di sé è garantito laddove ci sentiamo uguali agli altri, siamo riconosciuti come individui pienamente adulti e responsabili, membri a parti intere della comunità. Il luogo

² Nella pubblicazione di Adelphi il racconto di campagna è inserito nella terza sezione dedicata ai "Nuovi racconti d'inverno".

³ J-M. Chaumont, *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte, 2010.

⁴ J-M. Chaumont, *La concurrence des victimes, 20 ans plus tard*, in *Testimony Between History and Memory* – n° 129, ottobre 2019, pp. 49 ss.

⁵ *Idem*, p. 53.

⁶ *Idem*, p. 50.

⁷ A. Honneth, *La lotta per il riconoscimento*, Il Saggiatore, 2002.

dove si celebra e si conferma il rispetto di sé è quello dove possiamo rivendicare il nostro proprio diritto. Per contro, il rispetto di sé è annichilito dalla negazione del diritto sia quando i diritti formalmente riconosciuti non possono essere esercitati sia quando l'individuo non gode degli stessi diritti e doveri degli altri.

Il racconto di campagna della Blixen merita tuttavia un'analisi completa perché la rivendicazione di Linnert, il contadino, per recuperare il torello sottratto per errore dai mandriani non è che il prologo verso un affresco della giustizia transgenerazionale.

Karen Blixen sfrutta la tecnica del narratore autodiegetico. Il protagonista e narratore della storia di campagna è Eitel, il figlio del signorotto locale. Ha appena superato un bosco all'interno della sua estesa proprietà insieme a Ulrikke, la sua amante, una giovane donna, moglie del suo vicino di casa, la cui natura era fatta «per ammaliare, e lei, nella vita, non desiderava nient'altro»⁸. Mentre si affacciano sul paesaggio davanti a loro le confida i suoi pensieri sugli agricoltori di quell'isola danese, sulla «gente che ha vissuto qui prima di noi, e che ha disboscato e dissodato e arato questa terra»⁹ a rischio di imbattersi nelle bestie feroci, nei pirati, negli invasori o di avere a che fare con padroni spietati.

Oggi, pensa Eitel, «potrebbero dimenticare i torti subiti»¹⁰. Infatti il giovane nobiluomo, osserva la compagna di passeggiata, dopo anni passati all'estero per studiare sistemi di coltivazione più moderni e dignitosi per i lavoratori, ha impostato una riforma agraria che lo fa apprezzare tanto dal Re quanto dai contadini.

Quello spirito riformatore sembra però innestato su un senso di colpa, quasi a voler saldare un debito impagabile: un senso di colpa che Eitel chiama giustizia, giustizia per il grave misfatto commesso dal padre, per aver decretato la morte del contadino Linnert.

Il padre era morto poco prima della nascita di Eitel e, insieme alle terre e a tutto il suo patrimonio, gli aveva lasciato in eredità – «cresciuta fino a oggi»¹¹ – la colpa sua e quella degli antenati. Non aveva potuto vedere il suo volto né udire la sua voce: eppure le loro vite appartenevano l'una a quella dell'altro fino a quando, ormai divenuto grande, Eitel aveva potuto comprendere la natura di quell'alleanza. Il padre esigeva qualcosa da lui, il pagamento del debito.

Anche Telegono (nato lontano), figlio non conosciuto e non riconosciuto che Ulisse ha avuto dalla maga Circe, non aveva mai visto il volto né udito la voce del padre, ripartito dall'isola di Aiaie prima della sua nascita. Quando Circe rivela il nome del padre, Telegono si mette sulle tracce di Ulisse per ripristinare quell'unità simbolica che, non diversamente da Eitel, lo tiene avvinto alla figura paterna. Il destino di Telegono è però segnato dall'impossibilità di raccogliere un'eredità materiale. Lui è, in qualche modo, «l'archetipo di

⁸ K. Blixen, *Ultimi*, cit., p. 216.

⁹ *Idem*, p. 217.

¹⁰ *Idem*, p. 218.

¹¹ *Idem*, p. 222.

tutti quei figli che, fisicamente o no, non hanno potuto contare sulla messa in mora del debito generazionale, sull'attesa di un'eredità, di un magistero, di una tradizione»¹².

Raggiunta Itaca, ma ritenendo erroneamente di trovarsi sull'isola di Corfù, Telegono e il suo equipaggio razziarono una parte del bestiame di Ulisse che intervenne per difendere la sua proprietà. Durante il combattimento, il re dell'isola venne ucciso sulla riva del mare dalla lancia di Telegono dotata di un aculeo velenoso. Solo allora il figlio riconobbe il padre e si assunse pienamente la responsabilità del legame generazionale segnato dall'involontario parricidio: a differenza di Edipo si prenderà cura dell'urna del padre e la consegnerà alla madre che lo aveva ingroliato alla ricerca dell'altro genitore.

C'è una religione – dice Eitel – che proclama un dovere nei confronti del passato e ordina di schierarci dalla parte dei morti, perché annientare il passato «è la più vile di tutte le trasgressioni contro le leggi dell'universo. È un'ingratitude, e una fuga dal proprio debito. È un suicidio...»¹³.

È un'affermazione che ci lascia interdetti, abituati, come siamo, a respingere il peso delle colpe di chi ci ha preceduto, a guardare verso il futuro perché la responsabilità non può che essere personale e individuale, non può che essere fondata sugli atti, sulle parole e sui gesti che compiamo personalmente. Se c'è una responsabilità transgenerazionale che ci interroga oggi, legata al destino del nostro pianeta, è caso mai quella verso le generazioni future.

Eppure, nelle parole di Eitel – certamente influenzate dall'educazione al principio superindividuale della difesa dell'onore di casta – ritroviamo un principio che è, in fondo, comune al pensiero greco classico quanto al cristianesimo. È con la sua stessa nascita che l'essere umano contrae un debito verso il mondo, anche se diversi sono gli sfondi e le modalità che ne permettono l'estinzione: con la morte per i greci, con la redenzione per i cristiani.

Il debito ereditato da Eitel sta nella paura e nella diffidenza dei coloni trasmigrate per successione dal padre al figlio: paura e diffidenza accentuate dalla tragica fine del contadino Linnert.

Quando Linnert si presentò per reclamare il suo torello il padre di Eitel lo accolse con una risata elogiando il coraggio e l'ingegno dimostrato dal suo vecchio amico d'infanzia perché quell'accusa di furto, nella sua scaltra mentalità, era evidentemente finalizzata ad aumentare l'armento del bifolco. E per premiare la sua inventiva gli fece consegnare, in cambio dell'animale perduto, un bel vitello grasso che ne valeva il doppio.

Ma Linnert rifiutò di ritirarlo e rimase tutto il giorno di fronte alla stalla del padrone in attesa del suo capo di bestiame.

¹² M. Pesare, *Al di là di Telemaco. La questione psicopedagogica dell'eredità paterna*, in *Rivista italiana di Educazione familiare*, n. 2, 2018 p. 18.

¹³ K. Blixen, *Ultimi*, cit., p. 224.

Il giorno dopo Linnert riportò anche un bel manzo che il signorotto gli aveva fatto recapitare e così il giorno successivo quando tre mandriani gli portarono un magnifico toro adulto particolarmente pericoloso, accompagnato da un messaggio provocatorio: se Linnert non avesse accettato il toro in restituzione avrebbe dovuto riportarglielo, da solo, la domenica successiva. Il sabato Linnert si presentò, tra lo stupore di tutti, cavalcando il toro «come se fosse un ronzino. La bestia era coperta di polvere e di schiuma, i fianchi gli pulsavano in dentro e in fuori come due mantici, e buttava sangue dal naso»¹⁴. Il contadino, diligentemente, la ricondusse nella sua stalla e, come nei giorni precedenti, si mise in attesa della consegna del suo torello.

Un'ora dopo, però, il grande toro venne trovato morto. Il padre di Eitel, allora, chiamò Linnert perché con la morte del toro doveva fare una scelta definitiva: accettare il toro come sua proprietà o riconoscerne la proprietà del padrone. In questo caso, però, avrebbe dovuto risarcirne l'intero valore.

Linnert replicò che quello non era il suo toro. Lui esigeva solamente giustizia.

Di fronte a quella rivendicazione pervicace, il padre di Eitel ordinò ai suoi uomini di collocarlo sul cavallo di legno davanti al granaio dove, secondo una pena corporale ormai in disuso, il peso del corpo, col passare delle ore, poteva provocare lacerazioni inguinali e al pube.

Quando Linnert non fu più in grado di sopportare il dolore di quella tortura venne fatto scendere e il padrone gli domandò: «Allora sei disposto a inginocchiarti per baciarmi la mano e ringraziarmi della mia clemenza?». «Non sento odore di clemenza nella vostra mano»¹⁵ – rispose Linnert. Così riprese il supplizio fino a quando, la sera, il contadino cadde dal dorso spigoloso di quel falso animale e fu ritrovato esangue con le costole spezzate perché nel domare il toro la bestia lo aveva incornato al torace.

E questo è, appunto, il prologo del racconto di campagna. La storia merita di essere commentata per lo sviluppo e le conseguenze di questo debito originario contratto da Eitel con la sua stessa nascita, avvenuta dieci anni dopo i fatti.

Anzi: quel debito venne trasferito ad Eitel da sua madre perché fu lei ad offrire alla figlia di Linnert, rimasta vedova e con un bambino ancora lattante, il posto di balia. Lone, questo era il nome della figlia di Linnert, si occupò di Eitel per sette anni in quella casa dove le due giovani vedove erano «sinceramente devote l'una all'altra»¹⁶. Lone fu veramente amata da Eitel perché non fu solo la sua nutrice ma lo curò quando era malato con strane medicine agrodolci e gli insegnò centinaia di canzoni e di favole.

Possiamo dire che Eitel si assunse un onere riparatorio in sovrabbondanza poiché, in fondo, sua madre aveva già provveduto a riparare il torto fatto dal marito. Certo: la vita di un uomo non può essere ripagata da un lavoro dignitoso offerto alla progenie della vittima e l'impegno etico-sociale per la riforma agraria voluta dal giovane rampollo poteva

¹⁴ *Idem*, p. 229.

¹⁵ *Idem*, p. 231.

¹⁶ *Idem*, p. 233.

in qualche modo colmare l'insufficiente benevolenza della madre. Anche se, a dire il vero, è difficile qualificare la condotta del possidente in termini di omicidio. Linnert è morto a causa della lotta ingaggiata per domare il toro, spinto dal suo indomabile orgoglio, e non si era lamentato con il padre di Eitel delle fratture toraciche inferte dall'animale. Linnert è stato vittima di una ingiusta tortura inflitta per riaffermare la forza della prepotenza e per contrastare la rivendicazione del diritto.

Credo, però, che il senso ultimo delle scelte degli eredi del padrone stia proprio nella natura della riparazione. Mentre la pena per l'offesa non può che ricadere sul diretto responsabile in quanto ne venga accertata la colpa, la riparazione è un bene socialmente distribuibile che può comportare un trasferimento delle responsabilità, soprattutto quando l'autore del fatto non ha saldato il suo debito e tra i sopravvissuti resta un credito da saldare.

Questo trasferimento, però, non può che riguardare le persone comunque legate ai protagonisti del fatto. E, per esteso, le comunità e gli Stati di appartenenza. Karl Jaspers definirebbe questa responsabilità da "trasmissione" colpa metafisica: quella che ha interrogato il popolo tedesco alla fine del nazismo e che deve interrogare le responsabilità dei popoli i cui governi hanno colonizzato e saccheggiato il terzo mondo.

Questa differenza tra pena e riparazione deve essere la chiave per interpretare i passi dell'Antico Testamento sulla responsabilità dei figli per le colpe dei padri, altrimenti destinati ad una irrisolvibile contraddizione.

Secondo Deuteronomio 24, 16 non si metteranno a morte i padri per i figliuoli: ognuno sarà messo a morte per il proprio peccato. In modo più articolato Ezechiele 18, 20 ci dice che il figliolo non porterà l'iniquità del padre, e il padre non porterà l'iniquità del figlio; la giustizia del giusto sarà sul giusto, l'empietà dell'empio sarà sull'empio. Dell'atto – questa è la sintesi – deve rispondere l'attore. Non altri.

Al contrario, nel decalogo dell'Esodo 20,5 l'iniquità dei padri si trasferisce fino alla terza e alla quarta generazione per **coloro che odiano Dio** mentre la sua benignità si trasferisce fino alla millesima generazione per coloro che **lo amano e osservano i suoi comandamenti**. Anche nell'oracolo contro Babilonia rivelato a Isaia 14, 21 si preparerà il massacro dei figli a motivo dell'iniquità dei loro padri. Ma qui non si giudicano atti. È in gioco l'alleanza tra Dio e il popolo d'Israele e le responsabilità per il mantenimento di quel rapporto non possono che gravare anche sulla discendenza.

Ma torniamo alla storia.

Purtroppo il pagamento di quel debito ne generò un altro perché l'amore di Lone per Eitel venne sottratto al figlio di lei, affidato ad una famiglia di poveri pastori. Il giovane Linnert, cui venne dato lo stesso nome dell'orgoglioso nonno, divenne sorvegliante, imparò a usare il fucile, cacciò di frodo, si diede all'alcool e non disprezzò le risse fino a quando divenne un assassino. Proprio in quei giorni era stata decretata la sua pena di morte per un triplice omicidio. L'esecuzione era prevista per l'indomani.

La madre di Eitel voleva riparare un'ingiustizia accogliendo una vedova in difficoltà e con un figlio da crescere, ma la conseguenza fu una nuova privazione, un vuoto colmato

con nuove ingiustizie come sempre accade quando il dolore non viene riconosciuto e compreso. E il più grave dei crimini sarebbe stato, l'indomani, ripagato con l'unica pena irrimediabile, capace di rendere inestinguibile anche il minore dei debiti umani.

L'accoglienza e il lavoro offerto a Lone intendevano riconoscere l'offesa subita dalla famiglia di Linnert, ma né Eitel né sua madre furono sfiorati dal pensiero per la drammatica scelta alternativa di Lone: rifiutare il lavoro o rinunciare a crescere il proprio figlio.

Giustizia e ingiustizia s'intrecciano in continuazione ma l'umanità – per non parlare degli addetti ai lavori della legge – sembra sempre sedotta dalla possibilità che le anomalie delle dinamiche umane si risolvano in equazioni anziché in rinnovate mancanze o eccedenze.

E, soprattutto, l'esecuzione capitale avrebbe reso completamente vano il tentativo di Eitel di riscattare la colpa del padre con il suo sforzo di costruire relazioni positive tra il mondo proprietario e quello del lavoro agricolo, liberate dalla paura e dalla diffidenza.

Qui Karen Blixen riprende in mano le redini del racconto e toglie a Eitel il ruolo di narratore.

La sera, dopo la lunga passeggiata con Ulrikke in quel giorno di vigilia dell'esecuzione del giovane Linnert, Eitel ricevette la visita inaspettata di Lone. Da anni non aveva rivisto la sua indimenticabile balia. Per lui quella visita improvvisa non poteva non essere collegata al destino tragico del figlio di lei, ad una richiesta di intermediazione per ottenere una grazia sovrana, ad un ultimo e definitivo atto riparatorio.

Ma Lone non vedeva il figlio da ormai vent'anni e non aveva alcuna intenzione di rivederlo, tanto più in prossimità del patibolo.

Eitel si rese così conto che «dal seno di quella contadina lui aveva succhiato, col latte, anche tutto il suo amore di madre»¹⁷.

Quel pensiero ambivalente, di riconoscenza verso la madre "sociale" e di condanna verso la madre "biologica", venne spazzato via dall'affermazione sommessa e terribile di Lone: «mio figlio sei tu... Linnert è il figlio del padrone. Io l'ho portato via di qua e ho messo al suo posto il mio bambino, quando ero balia in questa casa»¹⁸.

Lo scambio di neonati è una di quelle paure ataviche che trova scarso riscontro nella tradizione mediterranea, tanto meno nella mitologia greca e latina. Il "mito" del *changeling* è invece ben presente nei paesi del nord dell'Europa e il racconto di campagna è certamente debitore di una credenza presente anche in Danimarca. Con una differenza sostanziale: il *changeling* contempla uno scambio nella culla tra il neonato con un'altra creatura proveniente dal mondo delle fate, normalmente brutta, ritardata, dall'appetito vorace. Il folklore attribuisce la responsabilità di questi scambi ad esseri demoniaci, folletti

¹⁷ *Idem*, p. 249.

¹⁸ *Idem*, p. 250.

e gnomi desiderosi di allevare e tenere con sé, in una dimensione parallela alla nostra, dei bimbi belli e sani.

La letteratura nordica è ricca ed articolata¹⁹ nel rappresentare l'orrore e il dolore di fronte ad un figlio deforme, colpito da anomalie fisiche e psichiche tali da indurre i genitori – questa è la spiegazione antropologica più convincente del *changeling* – a offrire spiegazioni magiche, in grado di allontanare da sé la responsabilità per le gravi disabilità della creatura.

Nell'arte cristiana, invece, è del tutto eccezionale lo scambio di neonati di cui sarebbe stato vittima alla nascita solo Santo Stefano ad opera, è ovvio, del diavolo. In uno degli affreschi di Filippo Lippi nella cattedrale di Prato²⁰ che riproducono la storia del santo è ben visibile l'atto del demone che rapisce il lattante e lo sostituisce con un piccolo diavolo. Ma è un'opera unica nel suo genere.

È altrettanto eccezionale trovare lo scambio di neonati nella letteratura italiana. Luigi Pirandello gli dedica un racconto tra le *Novelle per un anno*. È appunto intitolato *Il figlio cambiato*. A una certa Sara Longo, mentre dormiva, avevano rubato il figlio di tre mesi, lasciandogliene in cambio un altro. Erano state le donne, cioè le streghe, a fare lo scambio e le comari del paese erano accorse dalla Longo «mezz'ignude come si trovavano»²¹ e avevano visto con i loro occhi il bambino cambiato perché quello della Longo era bianco come il latte, biondo come l'oro, un Gesù Bambino.

«E avevano saputo il fatto, com'era stato, dalla stessa madre, che se ne strappava ancora i capelli: cioè, che aveva sentito come un pianto nel sonno e s'era svegliata; aveva steso un braccio sul letto in cerca del figlio e non l'aveva trovato; s'era allora precipitata dal letto, e acceso il lume, aveva veduto là per terra, invece del suo bambino, quel mostriciattolo, che l'orrore e il ribrezzo le avevano persino impedito di toccare»²².

La balia Lone, per contro, aveva fatto uno scambio "alla pari". Nessuna deformità aveva guidato il sotterfugio. Solo il desiderio di assicurare al figlio un avvenire migliore di quello segnato da un'origine povera, anche a costo di separarsene quando sarebbe scoccata l'ora finale del baliatico. Un desiderio che ripagava, nel contempo, la morte del padre. Il segreto di quello scambio, nascosto a tutti, poteva, finalmente, essere rivelato a Eitel perché l'indomani sarebbe stato giustiziato il figlio del padrone. Per ventitré anni lo aveva serbato ed era venuto il momento di rivelarlo.

¹⁹ A mero titolo di esempio basti pensare che *A stolen child*, una delle più note poesie scritta dal premio Nobel per la letteratura nel 1952, William Butler Yeats, irlandese, ha avuto una larga diffusione anche grazie alle sue numerose trasposizioni in musica, soprattutto da parte di gruppi *folk*. A quella poesia si è ispirato il romanzo di K. Donohue, *The stolen child*, trad. it. *Il bambino che non era vero*, Rizzoli, 2006. Il ritornello è stato ripreso anche dal famoso film di Steven Spielberg, *A.I. Intelligenza artificiale*.

²⁰ La nascita di Santo Stefano è rappresentata nella Cappella Maggiore del Duomo di Prato all'interno del ciclo sulla storia del Santo considerato una delle imprese di pittura murale maggiormente significative del Quattrocento toscano. Per una descrizione più dettagliata si veda C. Cerretelli, R. Fantappiè, B. Santi (a cura di), *Il Duomo di Prato*, Le Lettere, 2009, pp. 216 ss.

²¹ L. Pirandello, *Il figlio cambiato*, in *Novelle per un anno*, a cura di Mario Costanzo, vol. II, tomo 1, Mondadori, 1987, p. 501.

²² *Ibidem*.

Ma Eitel, dilaniato tra lo sconvolgimento per lo scambio delittuoso di Lone e il trasporto verso la balia adorata, non credette a quella versione. Prima di ritirarsi si avvicinò al volto sorridente del padre ritratto sulla parete e condivise con lui il pensiero bizzarro di una possibile sorte beffarda. Se lui fosse stato il figlio di Lone, sarebbe stato il nipote del servo ingiustamente ucciso a rinunciare alla sua vita e alla sua felicità per redimere il nome di un signorotto assassino e, persino, cancellarne le colpe.

Il primo pensiero che si affaccia alla mente potrebbe essere: in fondo, giustizia è stata fatta! La moglie del nobile di campagna aveva comunque bisogno di una balia: la sua era una benevolenza per sé stessa vantaggiosa. Lone, con lo scambio dei neonati, aveva assicurato un avvenire al figlio riscattando, allo stesso tempo, la perdita del proprio padre e l'onore di un lignaggio macchiato dal sangue dei Linnert.

Lo scambio di neonati sconvolge, però, la logica del principio riparatorio come ho cercato di enunciarlo in precedenza: vale a dire come onere ereditabile. Perché se a redimere il nome infangato da quella punizione eccessiva, coerente atto di una natura prepotente, è stato il nipote del servo ucciso e non il figlio del responsabile, viene completamente meno la prospettiva riparatoria. Se Eitel è, in realtà, il nipote del contadino Linnert, non deve farsi perdonare nulla dai coltivatori di quelle terre. Anzi: i suoi obiettivi di riforma rivelano il suo legame con gli operai piuttosto che con i padroni del contado; le sue ambizioni alimentano il credito dei primi verso i secondi.

L'effetto paradossale, derivato dalla scambio dei neonati, può trovare spiegazione solo in una logica retributiva che costituisce la rappresentazione aggiornata e perfezionata di quella vendicativa. Lo scambio dei neonati non ha affatto natura riparativa. L'abbozzo riparativo messo in atto dalla madre di Eitel è stato spazzato via dal programma vendicativo di Lone. La balia, infatti, non è mossa dal puro istinto materno di conservare l'intimità del rapporto con il figlio. Il suo è un contratto a termine e socialmente dovrà sempre riconoscere quello come figlio d'altri. Lo scambio comporta, inoltre, un duplice progetto criminoso: nella culla della nobile famiglia viene collocato un impostore, mentre il discendente del casato viene affidato ad una famiglia di miserabili che lo avvieranno alla delinquenza.

Possiamo pensare che il sacrificio di sé stessa in quanto madre, unito all'inganno verso i suoi "debitori" e l'avviamento del loro figlio verso una discarica sociale, sia un atto d'amore da parte di Lone?

Vien da pensare che questa sequenza ci conduca ben oltre la dinamica vendicativa. La vendetta è regolata da un principio di proporzionalità e tende ad un riequilibrio delle sofferenze, del male, dei vuoti creati dal delitto. Qui, invece, scendiamo sul terreno dell'odio che violenta la verità delle relazioni umane nel loro nodo archetipico della filiazione e che ha risposto alla morte del vecchio Linnert con la costruzione di un assassino destinato, a sua volta, a perdere la vita.

Ma qual è la verità?

Subito dopo l'allontanamento di Lone, la vecchia governante raggiunse Eitel per condividere con lui la disgrazia che l'indomani avrebbe colpito l'antica balia. Mamzel

Paaske – questo il suo nome – aveva preferito evitare il colloquio diretto con Lone perché, a volte, la figlia di Linnert era parecchio strana. Spiegò a Eitel come fosse noto a tutti che Lone non era come gli altri. Apparteneva ad una famiglia stramba e, nel passato, tra di loro c’erano state delle streghe. Anche Lone quando c’era la luna piena – come quella notte – non era più lei. Venne assunta perché non c’era altra scelta e perché la prima balia non aveva più latte. Contrariamente al racconto di Lone, la governante precisò a Eitel che Lone si era occupata di lui solo dopo il suo battesimo.

Era, dunque, tutto chiaro per Eitel. Lone, quella donna buona e fedele, amata da tutta la famiglia, desiderava con tutta l’anima di vendicare un’ingiustizia in un modo ancora più orrendo di quella consumata un tempo. Lei non aveva sostituito nessuno ma aveva fatto suo un figlio di altri, confermando così la radici intimamente intrecciate della gente di quell’isola.

Qualunque fosse la versione, Eitel – figlio di contadini abbandonato dalla madre o figlio dai nobili natali moralmente indebitato – si ritrovava in una condizione di solitudine inappagata che avrebbe potuto fronteggiare con l’unica decisione possibile: incontrare il suo doppio in attesa nelle celle della morte, solo quanto lui.

Il giudice gli concesse di incontrare quello che la giustizia considerava il giovane Linnert, l’assassino, e il prigioniero accettò d’incontrarlo.

Il giovane Linnert conosceva bene Eitel, come conosceva bene i suoi boschi e la sua palude a occidente. Forse non gli era noto che sua madre era stata la sua balia e Eitel volle dirglielo subito, preso dall’urgenza di riparare al grave torto fatto dalla sua famiglia a quella del condannato e dalla necessità di trovare rimedio all’ingiustizia che, certamente, era stata all’origine delle disavventure e della fine criminale di un bambino affidato alle cure di persone inadeguate.

Eitel gli confidò lo strano racconto fattogli da Lone la sera prima e gli trasmise la sua incredulità. Se fosse stato vero, il giovane Linnert sarebbe stato il visitatore in quell’anomala scena mentre poco decifrabile sarebbe stato il destino di Eitel. Ma sul volto del prigioniero si diffuse una luce strana, crudele, pensando a quei cervi, a quelle lepri, a quelle pernici che aveva cacciato nei campi e nei boschi che sarebbero stati i suoi. Sarebbe stata davvero beffarda la sorte se fosse stato Eitel a sottrargli quel paradiso.

I due si stavano fissando e a Eitel parve di aver fissato, molto di recente, un viso somigliante.

D’improvviso il giovane Linnert alzò la mano destra e, rivolto a Eitel, gli chiese: «allora vuoi inginocchiarti per baciare la mia mano e ringraziarmi per la mia clemenza?»²³.

La stessa frase che il padre di Eitel aveva pronunciato rivolto al vecchio Linnert, ancora sul cavallo di legno, per risparmiargli la tortura in cambio della rinuncia al suo buon diritto sul torello.

²³ K. Blixen, *Ultimi*, cit., p. 274.

Se il prigioniero non avesse pronunciato quella frase tutta la storia avrebbe avuto una sua spiegazione unitaria.

Non c'era stato nessuno scambio di bambini. Semplicemente, alla vigilia dell'esecuzione del figlio, Lone, spinta dal precipitare dei ricordi drammatici della sua vita, aveva reclamato la sua maternità "sociale" riuscendo, in fondo, ad ottenere da Eitel il nome di madre. D'altra parte questo racconto di campagna è una storia sulla rinuncia alla maternità "biologica". La riparazione offerta dalla madre legittima di Eitel ha dimostrato il fallimento e l'impotenza di quel tipo di maternità: entrambe le madri hanno rinunciato alle loro funzioni proprio negli anni dell'attaccamento e del radicamento dell'identità e del carattere dei loro figli. Così che la personalità di questi ultimi è stata plasmata dalle genitrici sociali.

Ma la frase del giovane Linnert scambussola questa linearità e non permette una ricostruzione veridica dei fatti.

In verità non m'interessa sapere come sono andate realmente le cose.

Anzi: l'aspetto più interessante di questo racconto sta proprio nella sua doppiezza. Entrambe le ipotesi sono legittime perché ogni atto – e non solo l'ingresso di Lone nella famiglia dei nobili di campagna – avrebbe potuto dar corso a delle alternative plausibili, strettamente collegate tra loro.

Per questo mi è venuta in mente l'immagine della doppia elica del nostro DNA dove due filamenti si avviluppano a spirale e sono saldamente associati attraverso delle basi azotate.

Lungo un filamento corre una dinamica retributiva, lungo l'altra scorre un procedimento riparativo.

Tutto nasce da un'offesa che solo la necessità letteraria o la nostra ingenuità può farci apparire come il momento originario di rottura di un precedente equilibrio. Le offese non cadono mai dal cielo.

Il torello è stato rubato, come sostiene il vecchio Linnert, o è stato preso involontariamente dai mandriani? In ogni caso: il contadino non è andato a denunciare il furto e si è limitato a chiedere la restituzione. Sceglie la via pacifica ma ottiene un'offerta risarcitoria che ridicolizza non solo il diritto ma anche la condizione umana di chi lo intende esercitare.

Inoltre: siamo sicuri che il vecchio Linnert rappresenti solo il diritto e le sue ambivalenze? Per tener testa al padrone e vecchio amico d'infanzia doma il possente toro, appena donatogli, e lo riduce in fin di vita pur di presentarsi vincitore a quello che, per lui è, ormai, un nemico, in groppa all'animale del suo antagonista.

Così, non possiamo sapere se Lone abbia realmente effettuato lo scambio dei bambini, se lo abbia solo pensato e non realizzato o se lo abbia pensato e comunicato ad Eitel solo nella notte di luna piena che precedeva la morte del suo unigenito.

Se ci liberiamo per un attimo della crosta apparente del diritto e del suo opposto, che potremmo definire violenza, puro esercizio della forza e che pulsa, comunque, sotto l'epidermide giuridica, possiamo allora meglio rappresentare le spinte retributive e riparative come scelte che compiamo quotidianamente, a volte strategicamente e, spesso, tra loro intrecciate inconsapevolmente e contraddittoriamente.

I filamenti del DNA sono antiparalleli, il senso di un filamento è opposto all'altro. Uno guarda al passato, l'altro al futuro. Ma, si nutrono, l'un l'altro di informazioni.

Insomma. Forse la lezione più interessante di questo racconto sta nell'irrinunciabilità genetica delle due logiche fondamentali del nostro agire verso l'offesa: ripagare il male o ripararlo; vendicarsi o perdonare; comprendere il passato o guardare verso il futuro.

Credo che l'importante sia la ricerca di un'attenta consapevolezza delle conseguenze che comporta il percorso lungo l'uno o l'altro dei filamenti in modo da poter, tempestivamente, approfittare dei ponti azotati per cambiare, se necessario, senso.

È un'opportunità che il giovane assassino ha perfettamente colto durante il colloquio con Eitel quando, per sdebitarsi verso il coetaneo dell'impegno preso di curare la sua vecchia cagna, gli rivela un piccolo dolce segreto.

«Nel torrente del tuo mulino c'è una coppia di lontre, lo so soltanto io e nessun altro. L'inverno scorso, una mattina presto, vidi che sull'erba intorno allo sfiatatoio delle loro tana si era sciolta la brina. Da allora le ho sempre tenute d'occhio. Quest'estate andavo là di tanto in tanto, e restavo seduto vicino a loro per tutta la giornata. Sono stato a guardare le lontre adulte che insegnavano a nuotare ai loro cuccioli. Ormai sono grandi; hanno un bel pelo. Il buco è sotto l'argine orientale; ti sarà facile starle»²⁴.

²⁴ *Idem*, p. 271.

Riflessione

— Un'alternativa non punitiva alla punizione retributiva

A non-punitive alternative to retributive punishment

by Gregg D. Caruso, Derk Pereboom (a cura di Susanna Arcieri)

Traduzione del capitolo 28, *A non-punitive alternative to retributive punishment*, di G.D. Caruso e D. Pereboom, del volume di F. Focquaert, B. Waller, E. Shaw (a cura di), *Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment*, Routledge, 2020.

La punizione costituisce la volontaria inflizione di una pena nei confronti di una persona o di un gruppo di persone in ragione di una condotta ritenuta, correttamente o meno, come immorale o in conflitto con una disposizione di legge. Alcuni esempi classici sono quello dei giocatori di *poker* che escludono dalle successive partite colui che ha imbrogliato o quello di un insegnante che mette in "castigo" gli alunni a causa del loro comportamento indisciplinato. La punizione legale è un tipo specifico di punizione; essa rappresenta l'imposizione intenzionale di una pena per una condotta che è ritenuta, correttamente o meno, in contrasto con una disposizione di legge dello Stato, ed è la stessa autorità statale ad applicare la pena (Zimmerman 2011; Boonin 2008; Bedau e Kelly 2015).

Una delle principali giustificazioni della punizione legale, storicamente e ancora oggi, è il *retributivismo*, un'impostazione secondo la quale i trasgressori meritano l'applicazione di una pena per la sola ragione che, in un'ottica retrospettiva, essi si sono consapevolmente resi responsabili di un torto. Michael S. Moore, uno dei principali sostenitori del retributivismo, pone l'accento su questo carattere essenzialmente retrospettivo della giustificazione retributiva:

«[Il r]retributivismo esprime la posizione secondo cui dovremmo punire i trasgressori in quanto – e unicamente per questa ragione – meritano di essere puniti. La

punizione è giustificata, secondo la prospettiva retributiva, esclusivamente dalla circostanza che chi la riceve la merita. La punizione può scoraggiare la commissione di crimini futuri, neutralizzare soggetti pericolosi, educare i consociati al comportamento richiesto dal vivere civile, rafforzare la coesione sociale, prevenire "atteggiamenti da giustiziere", offrire sollievo alle vittime dei reati o soddisfare le istanze vendicative dei cittadini che non sono essi stessi vittime del crimine. Eppure, per il retributivista tutte queste circostanze rappresentano un "felice surplus" che consegue alla punizione, ma non fanno parte di ciò che rende giusta la punizione: per il retributivista, gli autori di reato, qualora lo meritino, dovrebbero essere puniti anche laddove la punizione non produca alcuno di questi ulteriori, irrilevanti effetti» (2010: 153; si veda anche 1987, 1993).

Tra i sostenitori del retributivismo troviamo anche, ad esempio, Stephen Kershnar (2000, 2001), Douglas Husak (2000) e probabilmente Immanuel Kant (1790). È importante sottolineare che il concetto di *meritevolezza* invocato dai sostenitori del retributivismo (in senso classico o stretto) è sostanzialmente *basilare*, nel senso che esso non trova fondamento in considerazioni rivolte al futuro – come ad esempio l'esigenza di garantire la sicurezza della società, la crescita morale dei criminali – o, più in generale, nell'importanza attribuita alle conseguenze della condotta. Dunque, dal punto di vista del retributivista, l'affermazione che le persone sono moralmente responsabili delle proprie azioni, secondo un concetto di *meritevolezza di base*, è centrale per giustificare l'intervento con il quale lo Stato dà ai trasgressori *ciò che si meritano*, sotto forma di punizione, per aver violato le leggi. Spesso, inoltre, i retributivisti sostengono anche che le giuste punizioni debbano essere *proporzionali alla portata della condotta illecita*.

Sia il fondamento giustificativo della pena sia il requisito della proporzionalità si ritrovano nella definizione di retributivismo offerta da Mitchell Berman:

«Una persona che ingiustificatamente e inescusabilmente procura, o rischia di procurare, un danno ad altri o a interessi sociali significativi merita di soffrire per quella scelta, e merita di soffrire in misura proporzionale a quanto la sua considerazione nei confronti degli si sia rivelata al di sotto del livello che la società ragionevolmente si attendeva da lui» (2008: 269).

Nel sistema giudiziario penale americano, la giustificazione retributiva della punizione legale e il requisito di proporzionalità a essa connesso sono ampiamente presenti. Numerose linee guida in materia di sentenze, negli Stati Uniti, hanno fatto propria la concezione retributiva della meritevolezza come principio fondamentale¹, e questa impostazione è sempre più presente nella sezione "finalità"² dei codici penali statali, nella quale sono dettati i principi guida per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del codice stesso³. In effetti, l'American Law Institute ha recentemente riformato il *Model Penal Code* in modo da individuare nella meritevolezza il criterio fondamentale ufficiale per la pronuncia di una condanna⁴. Le corti americane hanno attribuito alla meritevolezza

¹ Ad es., 204 Pa. Code Sect. 303.11 (2005); See also (Tonry 2004).

² Ad es., Cal. Penal Code Sect. 1170 (a) (1) (West 1985): «Il legislatore osserva e dichiara che lo scopo della reclusione per il fatto di reato è la punizione».

³ Ad es., Model Penal Code Sect. 1.02(2) (Official Draft 1962).

⁴ American Law Institute, Model Penal Code Sez. 1.02 (2) adottato il 24 maggio 2017

il valore di canone guida in una varietà di contesti⁵, così come la Corte Suprema ha qualificato il retributivismo come la «giustificazione primaria della pena di morte»⁶ (Robinson 2008: 145-146). Tuttavia, nonostante la sua presenza diffusa all'interno del diritto penale, rimane un'importante interrogativo filosofico: il retributivismo come teoria della punizione legale è in grado di reggere ad un esame critico più approfondito? In particolare, l'infrazione intenzionale di una punizione, da parte dei poteri statali, è sempre effettivamente meritata?

Diffidenza nei confronti del libero arbitrio.

Una ragione per ritenere che nessun agente umano meriti mai, di fatto, una punizione legale, come invece presuppone il retributivismo, è data dalla considerazione che noi umani non abbiamo alcun controllo sulle nostre azioni, ci manca cioè il libero arbitrio, preconditione necessaria per la responsabilità morale nel senso della *meritevolezza di base*, che possiamo definire come segue:

«Affinché un agente sia moralmente responsabile di un'azione nel senso della meritevolezza di base, occorre che tale azione appartenga al soggetto in modo tale che sarebbe possibile imputargli una colpa laddove si rendesse conto che l'azione è moralmente sbagliata, e viceversa meriterebbe apprezzamento, e addirittura lode, nel caso in cui riconosca la condotta come moralmente corretta. La meritevolezza alla quale si fa qui riferimento è *fondamentale* nel senso che l'agente, per essere ritenuto moralmente responsabile, può essere rimproverato o elogiato esclusivamente perché ha posto in essere l'azione, mostrando di interpretare correttamente lo *status* morale dell'azione stessa, e non, invece, sulla scorta di considerazioni di tipo consequenzialistico o contrattualistico» (Pereboom 2001, 2014; cfr. Feinberg 1970).

Gli scettici nei confronti del libero arbitrio sostengono che, poiché ciò che facciamo e il modo in cui siamo fatti sono, in definitiva, il risultato di fattori che si collocano al di fuori del nostro controllo, non siamo mai moralmente responsabili delle nostre azioni nel senso della "meritevolezza di base" (si vedano, ad esempio Pereboom 2001, 2014; Levy 2011; Caruso 2012).

Di conseguenza, le posizioni scettiche in tema di libero arbitrio pongono una sfida importante nei confronti del retributivismo: se, di fatto, non siamo mai meritevoli di un rimprovero di colpa per il fatto di aver posto in essere il male, allora non siamo mai neppure meritevoli di punizione per il solo fatto di aver consapevolmente posto in essere il male.

Lo scetticismo nei confronti del libero arbitrio, si potrebbe obiettare, ammette però la possibilità di una colpa o di un elogio sulla base di un fondamento diverso dal concetto di "meritevolezza di base" – è il caso, ad esempio, del rimprovero che scaturisce da un'idea di meritevolezza che origina da considerazioni consequenzialiste (ad esempio, Daniel Dennett 1984; Manuel Vargas 2013) o contrattualiste (ad esempio, Ben Vilhauer 2013). In un certo qual modo, la nostra tendenza a ritenere i soggetti agenti moralmente

⁵ Si vedano, ad esempio, i casi *Spaziano v. Florida*, 468 US 447, 462 (1984); *Gregg v. Georgia*, 428 US 153, 183-84 (1976); Cotton (2000).

⁶ *Spaziano v. Florida*, 468 U.S. at 461

responsabili nel senso della meritevolezza dovrebbe essere mantenuta, non perché siamo effettivamente moralmente responsabili, secondo la suddetta prospettiva, ma perché, così facendo, ne deriverebbero conseguenze preferibili rispetto a quelle prodotte dai possibili approcci alternativi. Daniel Dennett (1984) sostiene una particolare versione di questa posizione, così come Manuel Vargas (2013). Ma una punizione giustificata in questo modo non sarebbe veramente coerente con la prospettiva retributiva, poiché la sua ultima giustificazione sarebbe consequenzialistica, il che risulterebbe incompatibile con il retributivismo tradizionalmente inteso.

L'impostazione che prediligiamo, in tema di scetticismo nei confronti del libero arbitrio, si sviluppa in argomenti distinti che conducono a tre visioni contrapposte – il *libertarismo evento-causale*, il *libertarismo agente-causale* e il *compatibilismo* – e postula che la posizione scettica sia l'unica effettivamente sostenibile.

Partiamo dall'esame delle posizioni libertarie.

Nella prospettiva del *libertarismo evento-causale*, le azioni sono causate esclusivamente da eventi, tipicamente concepiti come oggetti aventi determinate proprietà e un certo grado di indeterminatezza, nel processo di produzione delle azioni a partire dagli eventi, che è considerato un requisito essenziale per la responsabilità morale (Balaguer 2009; Ekstrom 2000; Kane 1996). Secondo il libertarismo agente-causale, il libero arbitrio richiesto ai fini della responsabilità morale è rappresentato dalla circostanza che esistono agenti in grado di produrre decisioni causali senza tuttavia essere causalmente determinati a farlo (Chisholm 1976; Clarke 2003; Griffith 2010; Kant 1781/1787/1987; O'Connor 2000; Reid 1788/1983; Taylor 1974). In questa prospettiva, è essenziale che il rapporto di causalità, implicato nel compimento da parte dell'agente di una libera scelta, non sia riducibile a un nesso eziologico tra eventi che coinvolgono l'agente, ma rappresenti piuttosto, irriducibilmente, un'istanza dell'agente-sostanza che produce una scelta non correlata agli eventi. L'agente, esattamente come una sostanza materiale, ha cioè il potere causale di produrre scelte senza essere determinato a farlo. È questa, in estrema sintesi, la ragione per cui rifiutiamo la tesi del libertarismo evento-causale. Perché un soggetto agente sia ritenuto moralmente responsabile di una decisione nel senso della meritevolezza di base, egli deve esercitare un certo tipo e un certo grado di controllo sull'assunzione di quella decisione. Nella prospettiva del libertarismo evento-causale, solo gli eventi sono cause e le decisioni libere sono causalmente indeterminate. Di conseguenza, gli eventi causalmente rilevanti che precedono una decisione – in particolare, eventi che coinvolgono gli agenti – lasciano aperta la questione se la decisione effettivamente venga assunta e, quindi, non sciolgono il nodo se essa si realizzi o meno. Chiarire se una decisione venga o meno posta in essere è una sorta di controllo sull'azione, e l'impostazione fatta propria dal libertarismo evento-causale è causalistica con riferimento al controllo, con la precisazione che il controllo sull'azione assume rilievo sul piano causale.

Tuttavia, poiché da questo punto di vista qualsiasi forma di causalità è riconducibile al paradigma dell'evento-causale, l'agente non può avere alcun ruolo nello stabilire se una decisione si verifica indipendentemente dal ruolo che essa svolge con riguardo agli eventi che coinvolgono l'agente medesimo. Pertanto, tenuto conto dell'indeterminismo richiesto perché una decisione possa essere definita libera, l'agente non è in condizione di stabilire se la decisione si verifica. Di conseguenza, secondo la

prospettiva del libertarismo evento-causale, un agente non può mai esercitare il controllo richiesto per essere moralmente responsabile di una determinata scelta, nel senso della meritevolezza di base. In ragione del fatto che l'agente "viene meno" nel momento cruciale nella nascita della decisione – ossia quando si tratta di stabilire se essa venga o meno in essere – che Pereboom definisce appunto "*l'argomento dell'agente che scompare*" (Pereboom 2004, 2014, 2017a).

Per risolvere questo problema, i sostenitori della teoria del libertarismo evento-causale spiegano come l'agente possa possedere il potere necessario per governare contesti indeterminati. La soluzione proposta è quella di reintrodurre l'agente come causa, questa volta non solo nei termini di un suo coinvolgimento nella produzione degli eventi, quanto, fondamentalmente, come sostanza. Secondo la spiegazione offerta dalla da questa teoria, saremmo in possesso di uno specifico potere causale: il potere che il singolo agente, inteso come sostanza, ha di produrre una decisione, senza essere causalmente determinato a farlo, e di stabilire se tale decisione si deve verificare (Clarke 2003; Chisholm 1976; Griffith 2010; Kant 1781/1787/1987; O'Connor 2000).

Noi non crediamo che l'approccio del libertarismo evento-causale debba essere escluso in quanto incoerente. Tuttavia, vi sono alcune difficoltà che ne minacciano l'attendibilità in termini di possibile giustificazione della punizione in chiave retributiva, specie in considerazione della tesi epistemica di cui si dirà meglio nel prosieguo. Immanuel Kant (1781/1787/1987) sollevò diversi dubbi in merito a questa impostazione, sottolineando come essa potesse apparire non conciliabile con le conclusioni che ci attenderemmo, sulla scorta delle nostre migliori teorie empiriche. Egli sosteneva, infatti, che il mondo fisico, in quanto parte del mondo dell'apparenza, è governato da leggi deterministiche, laddove la causa-agente "trascendentalmente libera" esisterebbe non in quanto apparenza, ma in quanto entità in sé e per sé. Nell'immagine kantiana dell'agente-causale, quando un agente assume una decisione libera è perché il primo (n.r. l'agente) causa la seconda (n.r. la causa) senza essere causalmente determinato a farlo. Lungo il percorso che collega questa decisione indeterminata ai relativi effetti, si verificano dei cambiamenti nel mondo fisico: per esempio, nel cervello del agente o in qualche altra regione del suo corpo.

Tuttavia, è a questo punto che parrebbe riscontarsi un allontanamento dalle leggi deterministiche, dal momento che le modificazioni del mondo fisico, che discendono dalla decisione indeterminata, non sarebbero esse stesse determinati causalmente. A ciò si potrebbe replicare sostenendo che è possibile che le alterazioni fisiche che derivano da decisioni libere finiscano semplicemente col corrispondere a ciò che potrebbe essere previsto, in linea di principio, sulla base delle leggi deterministiche e che quindi, di fatto, nulla di ciò che avviene contrasta con quelle leggi. Nondimeno, questa tesi conciliativa parrebbe implicare la possibilità di coincidenze troppo peregrine per poter essere credibili. Di conseguenza, il *libertarismo agente-causale* sembra non essere conciliabile con l'idea di un mondo fisico deterministico. Pereboom (1995, 2001, 2014) sostiene anche che tale genere di coincidenze si porrebbe in conflitto con l'idea che le libere scelte causate dagli agenti sarebbero compatibili con un mondo governato da leggi indeterministiche e probabilistiche. Se il sostenitore del libertarismo accogliesse questi rilievi sulla base di tali coincidenze, potrebbe replicare che effettivamente possono verificarsi scostamenti dalle probabilità che ci aspetteremmo di osservare sulla base delle leggi fisiche, abbandonando così il proprio proposito di proporre una soluzione conciliativa. Roderick Chisholm (1964)

suggerisce una conclusione di questo tipo. Un'obiezione a questa tesi è l'apparente assenza di evidenze in ordine alla circostanza che, quando prendiamo decisioni, possano verificarsi nel nostro cervello degli scostamenti dalle leggi fisiche a noi conosciute.

L'ulteriore e più popolare alternativa alla posizione scettica nei confronti del libero arbitrio è il *compatibilismo*. Un primo argomento contro l'impostazione compatibilista è l'intuizione per cui, se un agente è causalmente determinato all'azione in virtù, ad esempio, della manipolazione del suo cervello a opera di alcuni scienziati e a sua insaputa, allora egli non può essere ritenuto moralmente responsabile di quell'azione, che pure soddisfa i principali requisiti posti dal compatibilismo per la responsabilità morale (Ginet 1990; Kane 1996; Mele 1995, 2006; Pereboom 1995, 2001, 2014; Taylor 1974; van Inwagen 1983). Il successivo passaggio centrale è che non ci vi è alcuna differenza, tra i suddetti agenti manipolati e i loro corrispondenti *alter ego* deterministici ordinari, che possa giustificare l'affermazione per cui i primi non sarebbero moralmente responsabili, mentre i secondi sì.

La versione più articolata di tale argomento sviluppata da Pereboom propone innanzitutto alcuni esempi di azione, la quale origina da un processo di manipolazione e che apparentemente soddisfa le condizioni poste dal compatibilismo ai fini della responsabilità morale (Pereboom 1995, 2001, 2014). In tale contesto, in ciascuno dei quattro casi proposti, il soggetto agente commette un crimine, per esempio un omicidio per motivi di interesse personale. I casi sono formulati in modo tale che la condotta criminosa sia sempre coerente con i principali requisiti del compatibilismo; ad esempio, l'azione è conforme al criterio della sensibilità alle ragioni («*reasons-responsiveness*») proposta da John Fischer e Mark Ravizza (1998): le spinte che animano l'agente possono essere modificate, e in parte possono anche derivare, dalla valutazione razionale che egli compie in ordine alle ragioni dell'azione, e laddove egli si renda conto che le conseguenze dannose per se stesso, derivanti dal crimine, potrebbero essere maggiori di quanto è verosimile ritenere, potrebbe astenersi dall'agire per questo motivo. I casi di manipolazione soggettiva proposti nell'ambito di tale argomento, considerati separatamente, suggeriscono che è possibile per un agente non essere moralmente responsabile, nel senso della meritevolezza di base, anche se le principali condizioni poste dal compatibilismo appaiono soddisfatte, e che, dunque, queste condizioni sono di per sé insufficienti. L'argomento acquista poi ulteriore forza grazie all'analisi di tre specifici ipotesi di manipolazione, ciascuna delle quali si avvicina sempre più al quarto e ultimo caso, nel quale l'azione è determinata causalmente in maniera naturale. Il primo caso riguarda un'ipotesi di manipolazione immediatamente causalmente determinante: i neuroscienziati controllano in modo diretto il ragionamento dell'agente, in ogni momento. Il secondo caso è analogo al primo, salvo per il fatto che la manipolazione è limitata al solo momento iniziale della vita dell'agente. Anche il terzo caso è simile ai precedenti, ma qui la manipolazione è rappresentata dalla rigida educazione impartita all'agente da parte della sua comunità di appartenenza. Il quarto caso rappresenta lo scenario deterministico naturale o ordinario.

Lo scopo è quello di descrivere i suddetti casi in modo che sia impossibile individuare una differenza tra due casi vicini che possa spiegare perché, a livello di principio, l'agente dovrebbe essere ritenuto moralmente responsabile nel senso della meritevolezza in un caso, ma non nell'altro. La conclusione è che l'agente non è moralmente responsabile in tal senso in nessuno dei quattro casi, e che il miglior modo per spiegare questo fatto risiede necessariamente nella circostanza che egli è

causalmente determinato da fattori che sono al di fuori del suo controllo, in ciascuno dei quattro casi. Tale conclusione è incompatibile con le principali affermazioni dei compatibilisti.

Ulteriori ragioni per rifiutare l'impostazione retributivista.

Anche laddove le argomentazioni contrarie alla nozione di libero arbitrio che il paradigma della meritevolezza di base postula, residua pur sempre un importante *argomento epistemico* contro l'idea di arrecare un danno ad altri in nome di istanze di carattere retributivo che appare sufficiente per il rifiutare il concetto di punizione legale in chiave retributiva (si veda Caruso 2018). Ciò in quanto l'onere della prova, in ordine all'esistenza di una giustificazione accettabile per il danno inflitto al prossimo, incombe su coloro che intendono intenzionalmente infliggere tale male. Questo significa che i retributivisti intenzionati a motivare l'opportunità di ricorrere alla punizione legale sul presupposto che gli agenti siano liberi e moralmente responsabili (e quindi *meritino giustamente* di soffrire per i torti commessi) devono giustificare questo assunto in modo tale da soddisfare un elevato *standard* epistemico probatorio, poiché i danni causati dalla punizione legale sono spesso ingenti. Non è sufficiente limitarsi a evocare la mera possibilità che gli agenti dispongano del libero arbitrio in senso libertario o compatibilista. Né è sufficiente affermare che gli argomenti scettici contro il libero arbitrio e la responsabilità morale nel senso della meritevolezza di base non appaiono soddisfacenti.

Piuttosto, occorre fornire un esempio positivo e convincente del fatto che gli agenti sono a tutti gli effetti moralmente responsabili nel senso della meritevolezza di base, poiché è proprio la meritevolezza da parte degli agenti, in chiave retrospettiva, ciò che i retributivisti invocano per giustificare il danno arrecati tramite il ricorso alla punizione legale.

L'argomento epistemico contro la punizione legale retributiva può essere riassunto come segue (Caruso 2020):

(1) La punizione legale provoca danni agli individui e la giustificazione per tali danni deve soddisfare un elevato *standard* epistemico. Nel caso in cui sia altamente probabile che la giustificazione addotta a supporto della possibilità di arrecare danno al prossimo risulti infondata, allora, quel comportamento è *prima facie* profondamente sbagliato.

(2) La giustificazione offerta dai retributivisti per la punizione legale presume che gli agenti siano moralmente responsabili nel senso della meritevolezza di base e quindi meritino giustamente di soffrire per i torti commessi, secondo un'ottica retrospettiva, e non consequenzialistica (secondo cui il male inflitto deve essere adeguatamente qualificato e conforme al principio di proporzionalità).

(3) Se la giustificazione alla base dell'assunzione per cui gli agenti sono moralmente responsabili nel senso della meritevolezza di base, e quindi giustamente meritano di soffrire per i torti commessi, non soddisfa l'elevato *standard* epistemico sopra specificato (1), allora la punizione legale retributiva legale è *prima facie* profondamente sbagliata.

(4) La spiegazione alla base dell'affermazione per cui gli agenti sono moralmente responsabili nel senso della meritevolezza di base fornita sia dai libertari sia dai compatibilisti deve resistere a obiezioni forti attualmente irrisolte; di conseguenza, essa si

situa molto al di sotto dell'elevato *standard* epistemico necessario per giustificare l'infrazione di tali danni.

(5) Pertanto, la punizione legale di retribuzione è ingiustificata e i danni che essa provoca sono *prima facie* profondamente sbagliati.

Queste argomentazioni si fondano sui lavori di Double (2002), Vilhauer (2015) e Pereboom (2001, 2014), e sono stati recentemente sviluppati e sostenuti da Caruso (2020), Corrado (2017) e Shaw (2014). Riteniamo che quanto affermato fino a ora sul tema sia sufficiente e non abbiamo nulla di nuovo da aggiungere in questa sede, se non per ribadire il fatto che tutte le testimonianze esistenti in tema di meritevolezza di base della responsabilità morale ancora oggi non paiono in grado di soddisfare l'elevato *standard* epistemico necessario per giustificare la punizione legale retributiva.

Esistono poi ulteriori considerazioni aggiuntive contro il retributivismo. Le istanze retributive possono essere fondate su desideri vendicativi, pertanto il ricorso alla punizione non pare troppo diverso dalla vendetta come politica d'azione moralmente ispirata, in termini di plausibilità. Agire sulla scorta di spinte vendicative potrebbe apparire sbagliato per la seguente ragione. Sebbene un'azione fondata di questo tipo di istanze possa provocare piacere o soddisfazione, non è possibile sostenere l'opportunità, in termini morali, di agire in base a tali desideri, più di quanto si possa sostenere l'opportunità di agire sulla scorta di spinte sadiche. Ad esempio: un'azione ispirata da desideri sadici può produrre piacere ma, mentre in entrambi i casi l'azione che origina dal desiderio mira a danneggiare colui al quale l'azione è diretta, in nessuno dei due casi essa mira a qualcosa di diverso dal piacere derivante dalla soddisfazione del desiderio medesimo. Senza contare che, dal momento che le motivazioni addotte dai retributivisti sono rappresentate da desideri vendicativi mascherati, il fatto di agire per il solo amore della punizione è anche moralmente sbagliato (Pereboom 2001, 2014).

Inoltre, anche ammettendo che la capacità di controllo richiesta dai retributivisti effettivamente sussista, e che la meritevolezza di base sia inequivocabilmente giusta, rimane da chiedersi se lo Stato abbia il diritto di invocare tale circostanza per giustificare il ricorso alla punizione. Tra le funzioni legittime dello Stato, generalmente vengono inclusi anche il dovere di proteggere i suoi cittadini dal pericolo di un danno grave e quello di garantire un contesto di interazione sociale che consenta di vivere senza subire danni. A prima vista, queste funzioni potrebbero sembrare funzionali alla prevenzione del crimine. Tuttavia, non vi è un collegamento immediato tra questi ruoli e il ricorso alla punizione sulla base di un principio di meritevolezza di base. La preoccupazione emerge in tutta la sua chiarezza se si prende in considerazione la proposta secondo la quale lo Stato dovrebbe dotarsi di un sistema di istituzioni, ben organizzate e adeguatamente finanziate, deputate a distribuire in modo completo ed equo vantaggi e benefici sulla base del criterio della meritevolezza di base (Pereboom 2014).

Per queste e per altre ragioni (si vedano, ad esempio, Boonin 2008; Zimmerman 2011; Caruso 2017, 2021), riteniamo, in conclusione, che la prospettiva retributiva come giustificazione della punizione legale dovrebbe essere respinta.

Passiamo ora a esaminare la nostra proposta alternativa, non retributiva, per affrontare il problema della condotta criminale: il *modello della quarantena orientato alla salute pubblica*.

Il modello della quarantena orientato alla salute pubblica.

Il modello della quarantena orientato alla salute pubblica si fonda su un'analogia con il meccanismo della quarantena e in particolare su una comparazione tra il trattamento dei criminali pericolosi e quello dei soggetti affetti da malattie pericolose (si vedano Pereboom 2001, 2013, 2014; Caruso 2016, 2017; Pereboom e Caruso 2018, 2021). Nella sua formulazione più semplice, il modello può essere descritto come segue: (1) lo scetticismo nei confronti del libero arbitrio afferma che gli autori di reato non sono moralmente responsabili delle loro azioni nel senso della meritevolezza di base; (2) com'è ovvio, molti di coloro che sono portatori di malattie pericolose non sono in alcun modo responsabili per il fatto di aver contratto quelle malattie; (3) nondimeno, siamo tendenzialmente d'accordo sul fatto che, talvolta, è legittimo imporre a questi soggetti la quarantena, e la giustificazione di ciò risiede nel diritto all'auto-protezione e nella necessità di prevenire che si verifichino danni agli altri; (4) per ragioni analoghe, anche se un reo pericoloso non è moralmente responsabile per i suoi crimini nel senso della meritevolezza di base (forse perché, in effetti, nessuno è mai moralmente responsabile in tal senso), potrebbe forse essere legittimo porlo preventivamente in stato di detenzione, esattamente come viene messo in quarantena il portatore, non responsabile, di una grave malattia contagiosa.

La prima cosa da sottolineare con riguardo alla presente teoria è che, pur essendo possibile giustificare la quarantena (nel caso della malattia) e l'interdizione fisica (nell'ipotesi dei criminali pericolosi) per motivi puramente utilitaristici o consequenzialisti, riteniamo opportuno prendere le distanze da tale impostazione (si veda Pereboom e Caruso 2018).

Al contrario, secondo il nostro punto di vista, l'interdizione fisica dei soggetti pericolosi si giustifica sul terreno del diritto alla legittima difesa e alla difesa altrui da cui discende la possibilità di arrecare un danno ad altri. L'esistenza di questo diritto è un argomento più convincente, di gran lunga, rispetto alla spiegazione utilitaristica o consequenzialistica. Inoltre, esso rende la proposta più resistente a svariate obiezioni e offre una giustificazione più solida per il ricorso alla sanzione penale, rispetto ad altri modelli non retributivi (si vedano, ad esempio, Pereboom 2017b; Pereboom e Caruso 2018; Caruso 2019). Uno dei vantaggi che questo modello presenta, ad esempio, rispetto alle teorie della deterrenza si stampo consequenzialistico, è che pone maggiori limiti alla possibilità di utilizzare le persone semplicemente come mezzo. In particolare, posto che è illegittimo riservare agli individui affetti da malattia mentale un trattamento più gravoso di quello strettamente necessario a neutralizzare il pericolo che essi stessi rappresentano, sarà parimenti illegittimo trattare coloro che manifestano tendenze criminali violente più duramente di quanto occorra per garantire la protezione della società. Innanzitutto, in tutti i nostri scritti sull'argomento, abbiamo sempre sostenuto il *principio del danno minimo*, in virtù del quale dovrebbero essere adottate le misure meno restrittive possibili per tutelare la salute e la sicurezza pubblica (Caruso 2016, 2017; Pereboom e Caruso 2018). Ciò assicura che le sanzioni penali siano sempre proporzionate al pericolo rappresentato dall'individuo e, dunque, qualsiasi sanzione che superi questo limite massimo risulterà ingiustificata.

In secondo luogo, il modello della quarantena pone diversi vincoli al trattamento dei criminali (si veda Pereboom 2001, 2014). Per un verso, così come le malattie meno pericolose giustificano unicamente misure preventive meno restrittive della quarantena, allo stesso modo le manifestazioni di criminalità meno pericolose possono giustificare solo restrizioni più blande (Pereboom 2014: 156). In questo senso, non imponiamo la quarantena a chi è affetto da un banale raffreddore, anche se può causare danni. Al contrario, circoscriviamo il ricorso alla quarantena a una serie di casi tassativamente individuati. Analogamente, nell'ambito del nostro modello il ricorso all'interdizione fisica dovrebbe essere limitato ai soli casi in cui gli autori di reato rappresentino una significativa minaccia per la sicurezza pubblica e non risultino disponibili misure meno afflittive. In effetti, per alcuni reati minori sarebbe possibile prevedere esclusivamente un certo livello di sorveglianza. Per altro verso, la nozione di interdizione fisica che questa analogia presuppone induce a focalizzare l'attenzione sulla riabilitazione e sul benessere del reo, il che avrebbe un impatto significativo su gran parte delle pratiche punitive attuali.

Il principio di equità, esattamente come impone di fare il possibile per curare i malati che decidiamo di mettere in quarantena, così suggerisce di concentrare gli sforzi per promuovere la riabilitazione dei criminali che poniamo in stato di detenzione (Pereboom 2014: 156). La riabilitazione e il reinserimento sociale andrebbero dunque a sostituire la punizione, come fulcro del sistema di giustizia penale. Infine, nel caso in cui un criminale non appaia suscettibile di essere riabilitato e la nostra sicurezza richieda che egli rimanga recluso a tempo indeterminato, non vi sarebbe comunque alcuna giustificazione per rendere la sua vita più miserabile di quanto l'esigenza di proteggere la società dal pericolo che egli rappresenta lo richieda (Pereboom 2014: 156).

Oltre a porre un limite a un trattamento severo e non necessario, il modello in parola promuove altresì un approccio più ampio al problema del comportamento criminale, che non rimane confinato al solo terreno delle sanzioni. Come suggerito da Caruso (2016, 2017, 2019) e condiviso da Pereboom (Pereboom e Caruso 2018), riteniamo raccomandabile il ricorso all'analogia della quarantena nel più generale contesto giustificativo *dell'etica della salute pubblica*. L'etica della salute pubblica non solo ammette la possibilità di imporre la quarantena ai soggetti affetti da malattie infettive in ragione della necessità di tutelare la salute pubblica, ma richiede anche che vengano assunti, a monte, provvedimenti positivi per *impedire che* tali focolai si verificino. Il ricorso alla quarantena diventa necessario solo quando il sistema sanitario pubblico fallisce nel realizzare la propria funzione primaria. Dal momento che nessun sistema è perfetto, occorrerà probabilmente ricorrere alla quarantena nel prossimo futuro; tuttavia, essa *non* dovrebbe rappresentare lo strumento principale per gestire il problema della salute pubblica. Considerazioni analoghe valgono anche per l'interdizione fisica.

L'adozione di un approccio al comportamento delittuoso orientato alla salute collettiva ci consentirebbe di giustificare l'interdizione fisica dei criminali pericolosi quando è necessario, ma consentirebbe al contempo di riconoscere nella prevenzione una *funzione primaria* del sistema di giustizia penale. Così, invece di focalizzarsi in modo cieco sulla punizione, il modello della quarantena orientato alla salute pubblica sposta l'attenzione sull'identificazione e sullo sforzo di contrastare le cause sistemiche della criminalità, tra cui povertà, contesto sociale ed economico disagiato, condizioni di svantaggio sistematico, malattia mentale, mancanza di un alloggio, disuguaglianze nel

campo dell'istruzione, esposizione personale ad abusi e violenza, bassi livelli di salute ambientale e problemi di dipendenza (si veda Caruso 2017).

Siamo convinti che, poiché i *determinanti sociali della salute* e i *determinanti sociali del comportamento criminale* sono sostanzialmente simili (Caruso 2017), il modo migliore per proteggere la salute e la sicurezza pubbliche sia quello di adottare un approccio orientato alla salute collettiva per individuare ed agire su questi determinanti sociali comuni. Un simile approccio porterebbe necessariamente ad indagare come le disuguaglianze sociali e le ingiustizie sistemiche impattano sulla salute e sul comportamento criminale, come la povertà influisce sullo sviluppo del cervello, se vi sia un legame tra condotta criminale e condizioni cliniche preesistenti (in particolare problemi di salute mentale), quali siano le conseguenze dell'assenza di un alloggio e di una mancata istruzione sul piano della salute e della sicurezza, quale sia il ruolo svolto dalla salute dell'ambiente in tema di salute pubblica che di sicurezza, in che modo il fatto stesso di essere coinvolti nel circuito della giustizia penale possa dare origine, o aggravare, problemi di salute e cognitivi e, infine, in quale modo un modello orientato alla salute collettiva possa essere applicato con successo all'interno del sistema di giustizia penale. Riteniamo che, così come è importante identificare e intervenire sui determinanti sociali della salute se siamo intenzionati a migliorare quest'ultima, altrettanto importante è identificare e intervenire sui determinanti sociali del comportamento criminale.

Inoltre, nel contesto di salute pubblica da noi proposto *la giustizia sociale* rappresenta una pietra miliare fondamentale per assicurare la salute e la sicurezza collettive (si vedano Powers e Faden 2006; Caruso 2016, 2017). In un'ottica di etica della salute pubblica, un fallimento da parte delle istituzioni sanitarie nel garantire le condizioni sociali necessarie per conseguire un livello di salute adeguato è considerato una grave manifestazione di ingiustizia. Pertanto, un compito fondamentale dell'etica della salute pubblica è quello di comprendere quali sono le principali disuguaglianze in materia di salute, alle quali dunque dev'essere data massima priorità da parte della politica e della pratica sanitaria. Allo stesso modo, l'approccio orientato alla salute collettiva nei confronti del comportamento criminale attribuisce al sistema di giustizia penale la funzione morale primaria di identificare e porre rimedio alle disuguaglianze sociali ed economiche responsabili del comportamento criminale. Infatti, al pari della salute collettiva, anche la sicurezza pubblica è influenzata negativamente dalla povertà, dal razzismo e dalle disuguaglianze di sistema. Questo approccio più ampio nei confronti della giustizia penale pone dunque in primo piano i problemi della giustizia sociale. Esso vede nel razzismo, nella discriminazione sessuale, nella povertà e nelle disuguaglianze sistemiche alcune gravi minacce alla sicurezza pubblica e considera prioritario ridurre tali disuguaglianze (si veda Caruso 2017).

Il nucleo centrale del modello della quarantena orientato alla salute pubblica, allora, è che il diritto alla legittima difesa e alla difesa del prossimo, da cui derivi un danno ad altri, giustifica l'interdizione fisica del criminale pericoloso con l'inflizione di un danno non superiore a quello necessario a garantire una protezione adeguata. Secondo questa impostazione non risulterebbe giustificato il ricorso a quei sistemi punitivi la cui legittimità è fortemente posta in dubbio, come la pena di morte o la detenzione nelle carceri tradizionali della nostra società. Il modello, inoltre, pone l'accento sul benessere degli autori di reato, il che modificherebbe in larga misura la nostra politica attuale. Ancora, il riferimento alla salute pubblica alla base della teoria attribuisce un ruolo prioritario alla

prevenzione e alla giustizia sociale e si propone di individuare e di agire sui determinanti sociali della salute e della condotta criminosa. Una simile strategia combinata per il contrasto al comportamento criminale – riteniamo – consente di gestire gli autori di reato pericolosi, favorisce una politica sociale più umana ed efficace e appare altresì, a ben vedere, preferibile a tutte quelle forme di punizione aspre e spesso eccessive che tipicamente accompagnano l'impostazione retributiva.

Implicazioni.

Dal momento che la punizione legale prevede l'imposizione intenzionale di una sanzione per un comportamento rappresentato dalla violazione di una legge dello Stato, e dal momento che il modello della quarantena orientato alla salute pubblica non comporta questo genere di punizione, esso può essere considerato un'alternativa non-punitiva al trattamento degli autori di reato. Quando imponiamo la quarantena ad un individuo affetto da una malattia contagiosa al fine di proteggere le altre persone, non stiamo intenzionalmente applicando una sanzione per una condotta illecita. Lo stesso vale nel caso in cui ricorriamo all'interdizione fisica dei confronti dei criminali pericolosi per tutelare la collettività. Il diritto a difendere se stessi e gli altri dal rischio di subire danni giustifica la limitazione o la restrizione della libertà, ma non comporta una punizione nel senso comune del termine.

Dal presupposto per cui il modello della quarantena orientato alla salute pubblica rappresenta un approccio non punitivo alla criminalità discendono svariate conseguenze importanti. In primo luogo, il modello sottolinea chiaramente il nostro favore nei confronti di un approccio basato *sull'intera persona*, secondo il quale gli individui sono incorporati all'interno di sistemi sociali, il comportamento criminale è spesso il risultato di determinanti sociali e la prevenzione è sempre preferibile all'interdizione fisica. In secondo luogo, a fronte della commissione di un fatto di reato, i tribunali dovrebbero operare in collaborazione con soggetti esperti di salute mentale, professionisti del trattamento della tossicodipendenza e operatori dei servizi sociali per individuare soluzioni alternative alla detenzione in carcere. Infine, coloro che devono essere necessariamente ristretti dovrebbero essere ospitati all'interno di contesti non punitivi, concepiti con finalità di riabilitazione e di reinserimento.

Si pensi, ad esempio, alla struttura fisica delle carceri⁷. Pur con un numero crescente di eccezioni, le carceri sono contesti duri e rigidi, progettati per consentire il massimo controllo sul comportamento dei detenuti, in qualsiasi momento. Come scrivono Latham e Klippan: «Le loro dimensioni e il loro aspetto ispirano un senso di sfiducia e anonimato... La possibilità di personalizzare lo spazio, di esercitare la proprietà e il controllo personale sulla propria situazione è volutamente assente. Per lo più, si tratta di ambienti dichiaratamente punitivi, come nessun altro luogo» (2016). Tali ambienti carcerari "freddi" producono un effetto sulle persone che si trovano al loro interno e in genere non favoriscono la riabilitazione e il reinserimento.

⁷ Le osservazioni che seguono, in tema di progettazione delle carceri, sono state sviluppate per la prima volta da Caruso (2017).

Diamo uno sguardo ai tassi di suicidio e autolesionismo nelle carceri statunitensi. Secondo il Federal Bureau of Justice Statistics, sul totale dei decessi occorsi nelle carceri statali e federali, i suicidi rappresentano una quota maggiore rispetto al numero di morti per intossicazione da stupefacenti e alcol, per omicidio e per incidente messi insieme. La situazione è addirittura peggiore nelle carceri della contea, dove nel 2013 il tasso di suicidi era di 46 ogni 100.000. Anche gli episodi di autolesionismo, in Inghilterra e Galles, sono ai massimi storici (Ministero della Giustizia 2016). Inoltre, gli istituti penitenziari degli Stati Uniti e del Regno Unito sono anche terreno fertile per la violenza (Bowker 1980; Irwin 1980; Johnson 1987; Ministry of Justice 2016), il che non sorprende, dal momento che, tipicamente, al loro interno vi è un cospicuo numero di persone stipate in stanze sovraffollate e in condizioni di deprivazione materiale e sociale (Bowker 1980; Toch 1992; Toch e Adams 2002; Wolfgang e Ferracuti 1976; Wortley 2005).

Nel suo libro *Situational Prison Control* (2005), l'ex psicologo penitenziario Richard Wortley ha elaborato alcune strategie per contrastare le condotte violente nei contesti carcerari, anche attraverso la progettazione degli ambienti. Egli suggerisce (a) di promuovere prospettive positive attraverso arredi domestici che ispirino fiducia; (b) di attenuare il senso di anonimato riducendo le dimensioni degli istituti; (c) rafforzare il senso di identità personale delle vittime tramite condizioni più umane; (d) di favorire un senso positivo di comunità attraverso l'esercizio della proprietà e la personalizzazione dello spazio; ed (e) di ridurre le occasioni di provocazione e di stress assicurando ai detenuti la possibilità di esercitare il controllo sulle condizioni dell'ambiente e sullo spazio personale.

L'attuale modello degli istituti penitenziari degli Stati Uniti rappresenta l'opposto di ciascuno dei suddetti suggerimenti. Lutham e Klippan giustamente osservano:

«Ogniqualevolta costruiamo ambienti che alimentano quei comportamenti negativi che naturalmente associamo agli autori di reato, ci troviamo intrappolati in un circolo vizioso: le reazioni dure da parte del mondo politico e della comunità nei confronti delle carceri e dei detenuti perdurano, e continuiamo a costruire carceri manifestamente punitive» (2016).

Alcuni esempi virtuosi di modelli carcerari innovativi sono la prigione di Halden in Norvegia, di Leoben in Australia, di Enner Mark in Danimarca e la prigione sull'isola norvegese di Bastoy. Questi istituti sono stati progettati appositamente per ridurre i tassi di criminalità. Lutham e Klippan spiegano:

«Perseguono questo scopo offrendo occasioni positive ai detenuti e favorendo un maggiore senso di speranza per il loro futuro... Questi luoghi sono progettati per riprodurre più fedelmente il contesto della comunità esterna. In questi istituti le persone sono trattate non solo come "prigionieri", ma anche come membri della comunità, con tutte le conseguenze che questo comporta in termini di responsabilità sociale, professionale ed emotiva» (Lutham e Klippan 2016).

Ad esempio, in tutti i 75 acri del territorio del carcere di Halden, in Norvegia, vi sono alberi, mentre solitamente le prigioni statunitensi sono prive di vegetazione, allo scopo di massimizzarne la visibilità. Inoltre, per aiutare i detenuti a seguire una *routine* e per ridurre la monotonia propria della reclusione, i responsabili del progetto hanno distribuito gli alloggi, le aree di lavoro e i centri di attività di Halden in tutto il terreno della prigione. Ciò

assicura ai detenuti un certo grado di autonomia e favorisce le interazioni sociali, così proponendo lo stesso tipo di condizione alla quale torneranno a seguito del rilascio. Infatti, i sistemi penitenziari norvegesi hanno ufficialmente accolto il *principio di normalità*, un principio che sosteniamo fortemente. Esso stabilisce che, durante l'espiazione di una pena, «la vita all'interno [delle carceri] deve assomigliare il più possibile alla vita fuori dal carcere»⁸. Postula inoltre che: «Nessuno deve essere chiamato a scontare la pena più severa di quella che sarebbe necessaria per assicurare la sicurezza della comunità. Pertanto, i responsabili di una condotta illecita devono essere sottoposti al regime di sicurezza meno rigido possibile». Infine, il principio afferma che il carcere dovrebbe comportare una limitazione della libertà e nulla più, in quanto «la sentenza di condanna non ha negato alcun altro diritto».

In ossequio al principio di normalità, ad un autore di reato dovrebbero essere riconosciuti gli stessi diritti delle altre persone che vivono in Norvegia e la vita all'interno dell'istituto dovrebbe assomigliare il più possibile a quella del mondo di fuori. Ad esempio, a tutti i detenuti in Norvegia è garantito il diritto allo studio e possono votare. La durata delle condanne è contenuta. In media non superano gli otto mesi e quasi nel 90% dei casi durano meno di un anno. Inoltre, la pena più lunga consentita dalla legge è pari a 21 anni, ma può subire successivi aumenti di cinque anni in caso di mancata riabilitazione e se il detenuto continua a essere considerato un rischio per la società. Dal momento che la maggior parte dei detenuti finirà col tornare a far parte della società, le carceri norvegesi preparano i detenuti al reinserimento ricalcando il più possibile il mondo esterno.

Adottare un approccio orientato alla riabilitazione e al reinserimento sociale condurrà a ripensare non solamente la struttura fisica delle carceri, quanto piuttosto tutti gli aspetti dell'esperienza vissuta dal reo durante la detenzione. La persistenza di impostazioni puramente punitive nei riguardi del comportamento delittuoso rimane un ostacolo alla possibilità di conseguire questi obiettivi. Riteniamo che una riflessione critica in ordine alle giustificazioni tradizionali per il trattamento degli autori di reato sia fondamentale per assicurare il progresso in questo campo.

Conclusioni.

Abbiamo sostenuto che una delle principali teorie per giustificare il ricorso alla punizione legale, il retributivismo, è inadeguata e dovrebbe essere respinta. Abbiamo preso le mosse dall'analisi della giustificazione della punizione legale in chiave retributiva, ponendo in evidenza le ragioni per cui essa si pone in contrasto con l'impostazione scettica nei confronti del libero arbitrio. Abbiamo quindi esposto le nostre tesi a supporto dello scetticismo nei confronti del libero arbitrio, affermando, in conclusione, che essa rappresenta l'impostazione migliore da sostenere. Riteniamo inoltre che, anche laddove gli argomenti a favore dello scetticismo nei confronti del libero arbitrio non appaiano convincenti, esistono alcune ragioni aggiuntive per prendere le distanze dalla teoria retributiva, come l'argomento epistemico e le perplessità connesse alla dipendenza delle istanze retributive dal sentimento di vendetta. Abbiamo quindi proposto un'alternativa non

⁸ Per maggiori dettagli, si veda il documento completo del Norwegian Correctional Service: <http://www.kriminalomsorg.no/informationin-english.265199.no.html>.

retributiva e, anzi, non punitiva, per la gestione del comportamento delittuoso, ossia il modello della quarantena orientato alla salute pubblica, il quale affonda le proprie radici in una prospettiva di sanità pubblica e attribuisce carattere di priorità alla prevenzione e alla giustizia sociale. Infine, abbiamo discusso alcune delle implicazioni derivanti da questo approccio non punitivo alla giustizia penale, portando ad esempio, in particolare, la questione della progettazione strutturale degli istituti carcerari.

Bibliografia.

- Balaguer, Mark. (2009) *Free Will As An Open Scientific Problem*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Bedau, Hugo Adam, and Erin Kelly. (2015). "Punishment," *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, first published on June 13, 2003; substantive revision on July 31, 2015. <https://plato.stanford.edu/entries/punishment/>
- Berman, Mitchell. (2008). "Punishment and Justification," *Ethics* 18: 258-290.
- Boonin, David. (2008). *The Problem of Punishment*, New York: Cambridge University Press.
- Bowker, L. H. (1980). *Prison Victimization*, Elsevier Science Ltd.
- Caruso, Gregg D. (2012) *Free Will and Consciousness: A Determinist Account of the Illusion of Free Will*, Lanham, MD: Lexington Books.
- Caruso, Gregg D. (2016). "Free Will Skepticism and Criminal Behavior: A Public Health-Quarantine Model," *Southwest Philosophical Review* 32(1): 25-48.
- Caruso, Gregg D. (2017). *Public Health and Safety: The Social Determinants of Health and Criminal Behavior*, UK: ResearchLinks Books.
- Caruso, Gregg D. (2018). "Justice Without Retribution: An Epistemic Argument Against Retributive Criminal Punishment," *Neuroethics*, DOI: 10.1007/s12152-018-9357-8.
- Caruso, Gregg D. (2019). "The Public Health-Quarantine Model," in Dan Nalkin and Derk Pereboom (eds.), *Oxford Handbook of Moral Responsibility*, New York: Oxford University Press.
- Chisholm, Roderick. (1964). "Human Freedom and the Self: The Lindley Lecture, Department of Philosophy, University of Kansas; reprinted in Gary Watson (ed.), *Free Will*, New York: Oxford University Press.
- Chisholm, Roderick. (1976). *Person and Object*, La Salle IL: Open Court.
- Clarke, Randolph. (2003). *Libertarian Theories of Free Will*, New York: Oxford University Press.
- Corrado, Michael Louis (2017) "Punishment and the Burden of Proof," UNC legal studies research paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2997654> or <https://doi.org/10.2139/ssrn.2997654>
- Dennett, Daniel C. (1984). *Elbow Room*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Dennett, Daniel C., and Gregg D. Caruso. (2018) "Just Deserts: Can we be morally responsible for our actions? Yes, says Daniel Dennett. No, says Gregg Caruso," *Aeon*, October 4, 2018. Available: <https://aeon.co/essays/on-free-will-daniel-dennett-and-gregg-caruso-go-head-to-head>
- Double, Richard. 2002. "The Moral Hardness of Libertarianism," *Philo* 5: 226-234.
- Ekstrom, Laura W. (2000) *Free Will: A Philosophical Study*, Boulder, CO: Westview.
- Feinberg, Joel. (1970) "Justice and Personal Desert," in *Doing and Deserving*, Princeton University Press.

- Fischer, John Martin, and Mark Ravizza. (1998) *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, New York: Cambridge University Press.
- Ginet, Carl. (1990) *On Action*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Griffith, Meghan. (2010). "Why Agent-Caused Actions Are Not Lucky," *American Philosophical Quarterly* 47: 43-56.
- Harris, Sam. (2012) *Free Will*, New York: Free Press.
- Honderich, Ted. (1988) *A Theory of Determinism*, Oxford: Oxford University Press.
- Irwin, John. (1980). *Prisons in Turmoil*, Boston: Little, Brown, and Company.
- Johnson, Robert. (1987). *Hard Times: Understanding and Reforming the Prison*, New York: Wadsworth Publishing.
- Kane, Robert. (1996) *The Significance of Free Will*, New York: Oxford University Press.
- Kant, Immanuel. (1781/1787/1987). *Critique of Pure Reason*, tr. Paul Guyer and Allen Wood, Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Kant, Immanuel. (1790). *The Metaphysics of Morals*, Translated by W. Hastie.
- Kershnar, Stephen. (2000). "A Defense of Retributivism," *International Journal of Applied Philosophy* 14(1): 97-117.
- Kershnar, Stephen. (2001). *Desert, Retribution, and Torture*, Lanham, MD: University Press of America.
- Levy, Neil. (2011). *Hard Luck: How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility*, New York: Oxford University Press.
- Lutham, R., and L. Klippan. (2016). "From Expected Reoffender to Trusted Neighbor: Why We Should Rethink Prisons," *The Conversation*, August 14: <http://theconversation.com/from-expected-reoffender-to-trusted-neighbour-why-we-should-rethink-our-prisons-60114>
- Mele, Alfred. (1995). *Autonomous Agents*, New York: Oxford University Press.
- Mele, Alfred. (2006) *Free Will and Luck*, New York: Oxford University Press.
- Ministry of Justice. (2016). "Safety in custody statistics bulletin: England and Wales," <https://www.gov.uk/government/statistics/safety-in-custody-quarterly-update-to-june-2016>
- Moore, Michael S. (1987). "The Moral Worth of Retribution," in Jeffrie G. Murphy (ed.), *Punishment and Rehabilitation*, 3rd Ed., pp.94-130, Wadsworth Publishing Company.
- Moore, Michael S. (1993). *Act and Crime; The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- Moore, Michael S. (2010). *Placing Blame*, New York: Oxford University Press.
- Nelkin, Dana. (2011) *Making Sense of Freedom and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- O'Connor, Timothy. (2000) *Persons and Causes*, New York: Oxford University Press.
- O'Connor, Timothy. (2009) "Agent-Causal Power," in Toby Handfield (ed.) *Dispositions and Causes*, Oxford: Clarendon Press, pp. 189-214.
- Pereboom, Derk. (1995) "Determinism *al dente*," *Noûs* 29: 21-45.
- Pereboom, Derk. (2001). *Living Without Free Will*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pereboom, Derk. (2004) "Is Our Conception of Agent Causation Coherent?," *Philosophical Topics* 32: 275-86.

Pereboom, Derk. (2014) *Free Will, Agency, and Meaning in Life*, Oxford: Oxford University Press.

Pereboom, Derk. (2017a) "Responsibility, Agency, and the Disappearing Agent Objection," *Le Libre-Arbitre, approches contemporaines*, Jean-Baptiste Guillon (ed.), Paris, Collège de France, 2017, pp. 1-18.

Pereboom, Derk. (2017b). "A Defense of Free Will Skepticism: Replies to Commentaries by Victor Tadros, Saul Smilansky, Michael McKenna, and Alfred R. Mele on *Free Will, Agency, and Meaning in Life*," *Criminal Law and Philosophy* 11 (3): 617-636.

Pereboom, Derk, and Gregg D. Caruso (2018). "Hard-Incompatibilist Existentialism: Neuroscience, Punishment, and Meaning in Life," in Gregg D. Caruso and Owen Flanagan (eds), *Neuroexistentialism: Meaning, Morals, and Purpose in the Age of Neuroscience*, pp.1-22, New York: Oxford University Press.

Powers, Madison, and Ruth Faden. (2006) *Social Justice: The Moral Foundations of Public Health and Health Policy*, New York: Oxford University Press.

Priestley, Joseph. (1788/1963) *A Free Discussion of the Doctrines of Materialism and*

Philosophical Necessity, in a Correspondence Between Dr. Price and Dr. Priestley, 1788, Part III: 147-152; reprinted in Joseph Priestley, *Priestley's Writings on Philosophy, Science, and Politics*, John Passmore (ed.) New York: Collie.

Reid, Thomas. (1788/1983) "Essays on the Active Powers of Man," In Sir William Hamilton (ed.) *The works of Thomas Reid, D.D.*, ed. Hildesheim: G. Olms Verlagsbuchhandlung, 1983.

Robinson, Paul H. (2008). *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should be Punished How Much*, New York: Oxford University Press.

Shaw, Elizabeth. (2014). *Free Will, Punishment, and Criminal Responsibility*, Dissertation, University of Edinburgh, available at:

<https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/9590/Shaw2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Smilansky, Saul. (2000) *Free Will and Illusion*, Oxford: Oxford University Press.

Sommers, Tamler. (2007) "The Objective Attitude," *Philosophical Quarterly* 57: 321-41.

Spinoza, Baruch. (1677/1985) *Ethics*, in *The Collected Works of Spinoza*, Edwin Curley, ed. And tr., Volume 1, Princeton NJ: Princeton University Press.

Strawson, Galen. (1986) *Freedom and Belief*, Oxford: Oxford University Press.

Strawson, Peter F. (1962) "Freedom and Resentment," *Proceedings of the British Academy* 48: 187-211.

Taylor, Richard. (1974) *Metaphysics*, Englewood Cliffs: Prentice Hall.

Toch, Hans. (1992). *Living in Prison: The Ecology of Survival*, revised edition, 1985 New York: The Free Press.

Toch, Han, and K. Adams. (2002) *Acting Out: Maladaptive Behavior in Confinement*, Washington, DC: American Psychological Association, APA Books.

Van Inwagen, Peter. (1983) *An Essay on Free Will*, Oxford: Oxford University Press.

Vargas, Manuel (2013). *Building Better Beings: A Theory of Moral Responsibility*, New York: Oxford University Press.

Vilhauer, Benjamin. (2013). "Persons, Punishment, and Free Will Skepticism," *Philosophical Studies* 162: 143-63.

Vilhauer, Benjamin. (2015) "Taking Free Will Skepticism Seriously," *Philosophical Quarterly*.

Waller, Bruce. (1990) *Freedom Without Responsibility*, Philadelphia: Temple University Press.

Wolf, Susan. (1990) *Freedom Within Reason*, Oxford: Oxford University Press.

Wolfgang, M.E., and F. Ferracuti. (1976). *The Subculture of Violence*, London: Tavistock.

Wortley, Richard. (2005). *Situational Prison Control*, Cambridge, MA: Cambridge University Press.

Zimmerman, Michael. (2011). *The Immorality of Punishment*, New York: Broadview Press.

Riflessione

— Amianto/8: quanto poco vale la vita di un uomo per il diritto penale

Asbestos/8: how little a man's life is worth for criminal law

di Luca Santa Maria

Articolo originariamente pubblicato in *Il Fatto Quotidiano*, [il 22 ottobre 2020](#), all'interno della rubrica settimanale "Giustizia di Fatto", a cura di Antonio Massari

Quanto vale la vita d'un uomo morto d'amianto?

Il diritto civile funziona meglio?

In diritto civile possono valere convenzioni come quelle create dalle Corti Usa che, per condannare il convenuto, cioè il datore di lavoro, pretendono la prova di un aumento del rischio, cioè di un rischio relativo, superiore a 2 (C. Reynolds, *Public Health and Environment Law*, Federation Press, 2011, p. 98).

Il raddoppio del rischio garantirebbe – così si pensa laggiù – che l'attore abbia adempiuto l'onore probatorio del "più probabile che no" perché un rischio statistico relativo più alto di 2 significa – o significherebbe – una probabilità logica maggiore del 50%.

È una convenzione, peraltro assai dibattuta, anche negli Usa.

Se la si volesse importare in Italia, quanto dovrebbe essere alto l'aumento del rischio per soddisfare lo standard? Quanto vale la vita d'un operaio morto d'amianto, se chi difendeva la famiglia ebbe l'accortezza di scegliere la via civile e non quella penale?

Il diritto, però, ha anche bisogno di certezza e quella regola convenzionale, per quanto dubbia, tende a preservare questo valore del diritto.

Negli Usa il problema – o uno dei problemi – è che il *quantum* delle condanne inflitte dalle Corti civili è del tutto imprevedibile, ora non c'è ora può essere o apparire spropositato.

In Italia, invece?

Spesso il *quantum* di risarcimento liquidato dalle Corti in Italia vale meno della parcella dell'avvocato che ha difeso il datore di lavoro, e questo è un bel paradosso che dovrebbe far riflettere molto e invece nessuno ci pensa. Nessuno è innocente, però, di fronte all'ingiustizia feroce.

E se invece, come nella maggior parte dei processi penali ancora accade, il problema della causalità non è il problema della scienza applicata al diritto penale? Quante volte la formula del controfattuale non ha una risposta auto evidente? **Che cosa fa, allora, il giudice?**

Chiede aiuto alle massime d'esperienza, all'*id quod plerumeque accidit* che è solo il nome elegante che il giudice dà alla generalizzazione che ha costruito ad hoc per spiegare l'evento in modo che la spiegazione collimi con la volontà di condanna o di assoluzione. Peggio, molto peggio, quindi.

La causalità pretesa, perché sia possibile imputare l'evento al concorrente ex art. 110 c.p., quale e quanta dev'essere?

E se è un concorrente esterno in associazione ex art. 416 c.p., quanta causalità ci vuole? Quanto è abbastanza e quanto no?

Nessuno lo sa davvero. Il giudice fa il diritto e quando lo vuole lo disfa. Che almeno sappia fare un buon diritto, culturalmente accettabile e adeguato per la società in cui deve essere applicato.

Nel campo dell'amianto si è consumata ormai una tragedia di dimensioni bibliche, ma quasi nessuno lo sa, e non lo hanno visto, per incapacità o cattiva volontà, per decenni nemmeno i pm e i Giudici penali, perché il diritto penale non c'era.

Quando è apparso all'orizzonte, nel nuovo millennio, il diritto penale non solo ha lasciato senza giustizia innumerevoli vittime per le quali nessun processo, pur se ancora possibile, è stato celebrato, ma **quando invece i processi ci sono stati, il diritto penale ha mostrato che deve essere rifondato quasi per intero se davvero pretenda il compito di regolare i conflitti non meno drammatici oggi rispetto a ieri che la nuova società del rischio propone.**

Il problema è, però, assai più generale e non può essere circoscritto al diritto penale della causalità d'amianto.

La causalità è morta, viva la causalità.

(8/Fine)

Conversazione

— Ancora su libero arbitrio, imputabilità e responsabilità penale – Ch. 2

Un diritto penale incoerente?

Conversazione con Carla Bagnoli, Mario De Caro e Pietro Pietrini

Again on free will, imputability and criminal responsibility – Ch. 2

An inconsistent criminal law?

Conversation with Carla Bagnoli, Mario De Caro e Pietro Pietrini

*di Carla Bagnoli, Mario De Caro, Pietro Pietrini (conduzione di Susanna Arcieri,
Raffaele Bianchetti)*

Da quanto detto finora¹, pare che la libertà umana sia più limitata di quanto normalmente si creda. Se è così, ritenete che occorra ripensare l'impostazione attuale del diritto penale, e se sì in quale misura?

Termini come "imputabilità", "colpevolezza", così come la stessa idea di "pena", sono concetti coerenti con la natura dell'uomo che la scienza moderna ci mostra?

Carla Bagnoli

¹ Si veda la prima parte della conversazione con C. Bagnoli, M. De Caro e P. Pietrini, sul tema «[Il diritto penale è l'inferno](#)». *Spunti a partire dall'intervista di DPU con Massimo Cacciari*, in questa rivista, 3 febbraio 2021.

Prima di tutto, sulla scorta delle riflessioni condivise dai due miei interlocutori, vorrei segnalare alcune differenze di pensiero. Credo che sia importante, una volta stabiliti i punti di convergenza generale, chiarire anche gli elementi di divergenza, proprio per favorire un dibattito ulteriore. Personalmente non credo, ad esempio, che la via tracciata da questa feconda interazione tra scienze naturali, neuroscienze, filosofia teoretica e pratica, filosofia della mente e del diritto, vada nella direzione del compatibilismo. Non penso nemmeno che sia opportuno o corretto affrontare la questione della responsabilità e dell'imputabilità a partire dalle due condizioni, quella epistemica e quella del controllo, che invece mi pare che né Il Prof. De Caro né il Prof. Pietrini mettano in discussione.

Infatti, riguardo a ciascuna di queste condizioni, ovvero sia l'idea che per essere responsabili occorra avere il controllo psicologico sul contenuto della rappresentazione dell'azione, la filosofia recente di impostazione neokantiana (ma non solo) ha fatto vedere che, se si intende prendere sul serio la questione della normatività, vi sono altre strade da battere, in particolare quelle che conducono a ripensare tanto l'importanza quanto il contenuto stesso della condizione di controllo psicologico.

Per esempio, Thomas Scanlon² nega che il controllo psicologico sia una condizione del giudizio di responsabilità morale e, seppure per vie diverse, anch'io sostenuto questa tesi nel mio libro sulla teoria della responsabilità³. Non si tratta di una posizione compatibilista in quanto si fonda proprio su un argomento che sposta l'attenzione dalla questione metafisica (del libero arbitrio) alla questione normativa della responsabilità reciproca ed è un invito a prendere sul serio la normatività generata dalle relazioni personali.

A questi rilievi si aggiunge anche una perplessità sulla condizione epistemica, che vincola il giudizio di responsabilità alla trasparenza epistemica. A mio avviso, accettare la condizione epistemica conduce sul sentiero imboccato da Nietzsche e seguito da Cacciari, ossia quello di suggerire che, in assenza di trasparenza epistemica, qualsiasi pratica basata sulla responsabilità e sull'imputabilità sia fundamentalmente immeritata e iniqua. È un'ipotesi che fa della normatività un mero strumento di potere e interpreta il diritto come una violenza sistematizzata, secondo il paradigma "sorvegliare e punire" piuttosto che uno strumento di regolamentazione inteso alla coordinazione e alla cooperazione. Rifiutare la condizione epistemica non ci impegna a negare che l'opacità della mente umana e delle pratiche sociali.

Al contrario, ci consente di apprezzare la capacità di deliberare in modo razionale, **nonostante** le condizioni di opacità sopra menzionate. L'argomento è analogo alla capacità di deliberare razionalmente in condizioni di incertezza: l'opacità e l'incertezza non rendono la deliberazione possibile, anzi la rendono necessaria, dal punto di vista pratico.

² T.M. Scanlon, *Moral dimensions: permissibility, meaning, blame*, Belknap Press of Harvard University Press, 2008. Cf. anche T.M. Scanlon, *Punishment and the rule of law*, in H.H. Koh, R. Slye (eds.), *Deliberative democracy and human rights*, Yale University Press, 1999, pp. 257–271.

³ V. C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, Il Mulino, 2019, del quale l'Autrice ha discusso anche nel corso dell'intervista con DPU, *Natura e funzioni della responsabilità*, pubblicata il 13 novembre 2019.

Oltre alle questioni legate alle neuroscienze, ci sono poi quelle legate alla stessa teoria del ragionamento. Ad esempio, un'agenda di ricerca epistemologica a mio parere interessantissima e non ancora ben sviluppata è quella che riguarda l'opacità degli algoritmi, che vengono oggi utilizzati – o, quantomeno, sembrerebbero in fase di prima utilizzazione – anche in ambito penale. La circostanza che gli algoritmi abbiano una capacità intrinseca che “non va d'accordo” con le pratiche di trasparenza della giustificazione ordinaria crea un livello di complessità difficilmente aggirabile.

Perché, dunque, tenere ferme queste due condizioni – la condizione epistemica e quella del controllo –, che sono messe in crisi da più parti, e non prendere invece sul serio l'idea che si sia parlando di una pratica normativa? Laddove scegliessimo questa seconda strada, noteremmo immediatamente il fatto che le comunità umane sono prima di tutto comunità governate da norme. È vero che i contenuti delle norme cambiano, ma il fatto che le comunità umane siano regolate da norme è di per sé una circostanza che non è mai cambiata. Ciò induce a ritenere che quella normativa sia una struttura costitutiva della comunità umana stessa.

Ecco allora che, a partire da questo dato, su cui si può trovare una convergenza, risulta chiaro come la sfida della filosofia (e non solo) sia prima di tutto quella di capire quali sono i modelli che consentono di comprendere il funzionamento di quella che il Prof. De Caro ha definito la “interazione tra livelli differenti della mente”, del corpo e delle emozioni per esempio.

Affermare l'esistenza di norme costitutive non equivale a dire che vi siano delle norme assolute, che si tramandano dall'età della pietra ai giorni nostri; significa, piuttosto, sostenere che esiste una struttura normativa di qualche tipo, che deve essere indagata, e, forse, il ruolo della responsabilità è proprio quella di regolare rapporti normativi all'interno di una comunità governata da regole.

I possibili modelli sono molti e diversi. Personalmente, propendo per il modello deliberativo fondato sull'eguaglianza e sul rispetto reciproco, che mi sembra garantire l'equità all'interno di una democrazia pluralista e liberale; nondimeno, la storia della filosofia ce ne ha indicati altri, come ad esempio il modello hobbesiano. Guardando alla storia della filosofia, possiamo analizzare e confrontare vari modelli per valutarne i vantaggi comparativi rispetto al problema generale, che è quello di consentire coordinamento e della cooperazione in modo equo.

Mario De Caro

Mi trovo abbastanza d'accordo con il pensiero della Prof.ssa Bagnoli, più di quanto lei pensi, credo. Tuttavia, c'è un'obiezione che a mio parere merita di essere considerata.

Partirei da un esempio: pensiamo alle classiche *slot machine* che a tutti noi è capitato di vedere all'interno dei bar. Quando una persona inizia a giocare, a premere i pulsanti della macchina, è convinta di governare il gioco. Quasi subito però si accorge che il sistema, in realtà, procede da solo: insomma, noi inizialmente crediamo di avere il

controllo sul funzionamento del gioco ma in verità non facciamo accadere assolutamente nulla.

Questo è un classico caso di mente epifenomenica: ci sembra che la mente causi qualcosa, quando in realtà non causa un bel niente. D'altra parte, dalle ricerche della psicologia cognitiva e soprattutto della psicologia sociale oggi sappiamo che questo fenomeno è molto più diffuso di quanto ci piacerebbe credere, che cioè molte delle nostre scelte funzionano esattamente in questo modo.

Molto spesso, infatti, siamo del tutto ignari delle vere motivazioni per cui facciamo una scelta, e ciò nonostante siamo convinti – per via di alcuni stati, credenze o desideri particolari che ci caratterizzano – di avere il controllo su quello che accade. Non è così: esiste una sorta di “opacità della mente”, secondo un modello – di nuovo – che appare profondamente anticartesiano.

Tutto ciò però non significa, come alcuni credono – penso ad esempio a Wegner⁴, o a Johansson⁵ – che, dal momento che le vere ragioni del nostro agire ci sono opache, noi non possiamo in alcun modo e in alcun caso controllare i nostri comportamenti. Al contrario, infatti, sono le situazioni nei quali effettivamente deliberiamo e ponderiamo le ragioni di una determinata scelta, sulla quale dunque siamo in grado di esercitare un reale controllo.

Pensiamo ad esempio alle numerose situazioni in cui agiamo in un modo che definiremmo “libero” pur non essendo pienamente consapevoli, nel momento dell'azione, delle ragioni che ci spingono a compiere quell'azione. Si tratta di una sorta di comportamento automatico, le cui cause profonde vanno cercate nella nostra storia personale, nel nostro carattere e nei condizionamenti che abbiamo subito durante la vita, e in cui nondimeno **decidiamo**, a tutti gli effetti, di porre in essere un certo comportamento.

Il fatto che non ci siano note le ragioni di una determinata scelta, infatti, non consente necessariamente di affermare che di essa non siamo responsabili perché, ad esempio, non siamo responsabili del carattere che ci ha portati ad agire in quel modo. Il carattere, infatti, è qualcosa che ci siamo costruiti nel tempo e che continuiamo a costruire ogni volta che vediamo qualcuno a cui cade il portafogli dalla tasca e decidiamo di prenderlo invece di restituirlo. Noi possiamo essere ignari del motivo per il quale agiamo ma, in determinati casi, quando ciò che facciamo rispecchia l'io che ci siamo costruiti, allora di quel comportamento siamo senz'altro responsabili.

Occorre poi mettere in relazione queste scelte, delle quali dunque siamo a tutti gli effetti padroni, con le varie norme, sia morali sia giuridiche. Torniamo quindi al discorso che ha fatto Carla poc'anzi, e che è un discorso fondamentale: a un certo punto, la nostra

⁴ D. Wegner, *The Illusion of Conscious Will*, The MIT Press, 2002 (le cui riflessioni sono riprese anche da S. Arcieri, *Inganni mentali e causalità apparente. La teoria di Daniel Wegner*, in questa rivista, 15 luglio 2020). Si veda anche M. De Caro, M. Marraffa, *Mente e morale. Una piccola introduzione*, Luiss University Press, 2016, cap. 1.

⁵ P. Johansson, *Choice Blindness: The Incongruence of Intention, Action and Introspection*, Lund University, 2006.

conoscenza delle norme – di come cioè ci dovremmo comportare –, deve figurare nelle nostre decisioni e diventa parte della nostra storia personale.

D'altra parte, un errore che a mio avviso commette il prof. Cacciari⁶ – e con lui moltissimi altri – è quello di ritenere che esista un solo quadro causale, ossia quello della scienza. Questo è l'errore capitale, perché ragionare in questo modo porta alla conclusione che il corpo obbedisca ai (soli) nessi causali studiati dalla scienza e che, quindi, non vi sia alcuno spazio per la normatività. E però non è così: abbiamo molteplici ragioni per aderire, al contrario, a forme di pluralismo causale, in cui esistono anche forme di causalità intenzionale: in questo senso, il metro di giudizio della moralità non contempla solo le cause efficienti, ma anche le tradizionali cause finali di Aristotele, ossia i valori che con le nostre azioni intendiamo realizzare.

In tale quadro, che è il quadro che ha delineato Carla Bagnoli, si colloca l'idea che noi, con riferimento a determinate azioni in particolari momenti, siamo a tutti gli effetti responsabili, anche giuridicamente.

Pietro Pietrini

In questa lunga discussione abbiamo toccato vari aspetti. Il fatto che alcune scelte siano consapevoli, ossia che talvolta i nostri comportamenti siano messi in atto consapevolmente, non implica che quei comportamenti siano necessariamente il frutto di una ponderazione razionale, perché le nostre scelte derivano sempre da impulsi, da istinti che vengono poi filtrati e modulati dalla ragione.

In tempi diversi da quello che stiamo vivendo oggi, magari avremmo svolto questa piacevole conversazione dal vivo, con un *coffee break* e un *buffet*. Ecco, quando ci troviamo davanti al tavolo del *buffet*, riccamente imbandito, fortemente attratti da tutte quelle leccornie, potremmo dire a noi stessi: «No, ieri ho mangiato tanti di quei dolci; è meglio che oggi non lo faccia». Questo è uno dei modi che abbiamo per controllare un impulso, quello di prendere un dolce. Esercitiamo queste forme di controllo costantemente, ma non siamo in grado di farlo quando, ad esempio, siamo colpiti da patologie cerebrali che impattano su alcune aree del cervello, in particolare i lobi frontali: in quei casi, infatti, il comportamento diventa totalmente impulsivo, istintivo, quasi un comportamento animale.

Ma anche in assenza di patologie, tutti noi, in quanto essere umani, siamo molto più condizionabili ed emotivi di quanto ci piaccia pensare.

Esistono diversi esperimenti interessanti su questo, tra cui uno, molto noto, che riguarda proprio i giudici⁷. Siamo portati a pensare che i giudici, proprio per il mestiere che svolgono, compiano valutazioni assolutamente razionali e che le loro decisioni,

⁶ Il riferimento è a quanto dichiarato dal Prof. Cacciari nell'intervista *Alla radice dell'imputabilità e della colpevolezza penali. Conversazione con Massimo Cacciari – pt. 1*, in questa rivista, 16 dicembre 2020.

⁷ S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, in *PNAS*, vol. 108, n. 17, 2011, p. 6889, oggetto di commento da parte di S. Arcieri, *La giustizia è ciò che il giudice ha mangiato a colazione?*, in questa rivista, Fascicolo 4/2019, pp. 265 ss.

anche per quanto riguarda l'applicazione di una pena, siano sempre il frutto di un'accurata analisi assolutamente scevra di qualsivoglia aspetto diverso dal contenuto delle disposizioni di legge.

In uno studio israeliano di una decina di anni fa, i ricercatori hanno preso in considerazione oltre mille sentenze, aventi a oggetto la scelta se applicare o meno una misura alternativa al carcere. L'analisi delle pronunce ha mostrato che, a parità di condizioni (ad esempio, gravità del reato commesso, entità della pena inflitta, anni già scontati in carcere e così via) le probabilità, per il condannato, di ottenere una decisione favorevole (ossia di vedersi concessa la misura alternativa) variavano in maniera inversamente proporzionale alla distanza che separava il momento della decisione del caso da quello dalla colazione, o dalla pausa caffè o dal pranzo.

Perché? L'ipotesi formulata dagli autori dello studio, e supportata da dati neuroscientifici, è che con il passare del tempo aumenta la stanchezza mentale – il termine tecnico è *ego depletion* –: diventa cioè via via sempre più complicato, per i giudici, prendere una decisione che vada oltre lo *status quo*, perché ciò implica la necessità di fare un'analisi accurata e precisa del singolo caso, ed è un'attività che richiede in certo livello di energia. In caso di stanchezza, allora, la tendenza dei giudici è quella di mantenere lo *status quo*, che nel caso specifico oggetto dello studio era la conferma della detenzione in carcere.

Questo e altri esperimenti simili indicano che le nostre scelte sono soggette a molti fattori intrinseci ed estrinseci. Tra questi ci sono anche i valori morali, che necessariamente non sono mai assoluti. Al contrario, essi sono sempre condizionati dalla cultura e dall'ambiente in cui viviamo, i quali esercitano entrambi un'influenza notevole su ogni cosa che pensiamo o facciamo, oltre che su ciò che siamo e che diventiamo. Studi recenti indicano che anche le scelte morali sono modulate da fattori genetici. Varianti di geni che hanno a che fare con il sistema dopaminergico, ad esempio, sembrano favorire scelte utilitaristiche⁸. Non vanno dimenticati, inoltre, gli effetti che l'ambiente esercita sull'espressione dei geni, vale a dire sulla loro attività funzionale. Il genoma che abbiamo al momento della nascita rimane tale per sempre, ma poi, nel corso della vita, l'espressione dei singoli geni viene modulata da fattori ambientali. Questo ci fa riflettere su quanto il rapporto tra ciò che siamo e ciò che diventiamo sia profondamente influenzato dal dialogo con l'ambiente, il che, certo, non fa che ampliare ulteriormente il perimetro della nostra riflessione.

C'è poi la questione della pena. La pena, a mio avviso, non può avere una funzione solo punitiva: del resto, neppure i sistemi retributivistici prevedono questo, dal momento che nessuno pone in dubbio il fatto che la pena debba avere anche uno scopo rieducativo e riabilitativo.

Questo dato, peraltro, pone importanti questioni se pensiamo a come è cambiato il diritto penale, e come tutt'oggi sta cambiando, con riguardo ad alcune categorie di individui. Pensiamo ad esempio ai tossicodipendenti: dal punto di vista dello psichiatra

⁸ S. Pellegrini, S. Palumbo, C. Iofrida, E. Melissari, G. Rota, V. Mariotti, T. Anastasio, A. Manfrinati, R. Rumiati, L. Lotto, M. Sarlo, P. Pietrini, *Genetically-Driven Enhancement of Dopaminergic Transmission Affects Moral Acceptability in Females but Not in Males: A Pilot Study*, in *Front Behav Neurosci.*, 11, 156, 2017.

sono persone malate; per il diritto, almeno fino a non molto tempo fa, e anche tutt'ora in alcune circostanze, sono delinquenti. Quindi qual è la pena giusta per un tossicodipendente? Qual è la pena che consente la riabilitazione di un tossicodipendente?

Queste sono le domande attorno alle quali il dialogo tra scienza e diritto dovrebbe approfondirsi, per cercare insieme nuove soluzioni, diverse da quelle che sono al momento adottate dai due ordinamenti.

(continua...)

Conversazione

— La criminalità dei potenti

Una conversazione con Vincenzo Ruggiero

The criminality of the powerful

A conversation with Francesco Ruggiero

di Raffaele Bianchetti, Vincenzo Ruggiero

Professore, Lei è docente di sociologia ed è, attualmente, Direttore del *Centre for Social and Criminological Research* della Middlesex University di Londra. Tra le Sue [innumerevoli pubblicazioni](#) ve ne sono alcune che ci hanno interessato in modo particolare (come, ad esempio, *Perché i potenti delinquono*¹, *Dirty Money. On Financial Delinquency*², *Los crímenes de la economía*³) perché trattano temi centrali del nostro programma di ricerca, quali, appunto, [la criminalità, l'economia e il potere](#).

Di conseguenza, vorremmo porLe alcune domande in proposito, poiché Lei è uno dei massimi esperti e conoscitori di questi aspetti della società contemporanea.

Gli studi e le ricerche sulla criminalità economica (la c.d. criminalità dei “colletti bianchi”), a che punto sono? Come stanno procedendo? Che cosa stanno riscontrando?

Dai primi studi di Sutherland ad oggi, quali sono stati i principali risultati di ricerca raggiunti? E questi risultati, possono dirsi soddisfacenti rispetto ad altri ambiti della ricerca criminologica?

La criminalità dei potenti viene ancora relativamente ignorata rispetto a quella convenzionale.

¹ Edito da Feltrinelli, 2015.

² Edito da Oxford University Press, 2017.

³ Edito da Marcial Pons, 2018.

Una indagine recente, esaminando le maggiori riviste accademiche internazionali nel campo criminologico, ha concluso che solo il 4-5% dei contributi pubblicati prendono di mira il fenomeno⁴.

La mia stessa esperienza con gli studenti suggerisce che per criminalità si intende ancora, soprattutto, le condotte predatorie o violente di strada: all'inizio di ogni corso devo chiarire a chi mi ascolta che i comportamenti criminali non sono solo il frutto dell'emarginazione e dello svantaggio, ma anche dei privilegi e del potere.

Quando si parla di criminalità dei potenti, che cosa si intende precisamente? Chi sono i soggetti/gli attori di questo tipo di criminalità? Che settori della vita sociale riguardano? Che effetti producono?

Tale tipo di criminalità ha a che fare, oltre che con il mondo economico-finanziario, anche con il mondo della giustizia e della politica?

La criminalità dei potenti, che io definisco anche crimine di potere, viene comunemente commessa da individui e gruppi che posseggono risorse materiali e simboliche esorbitanti rispetto alle risorse possedute da chi ne è vittima.

Questa esorbitante polarizzazione si manifesta in ogni sfera sociale e politica, per cui troviamo crimini di potere nell'economia, nel mondo della politica, dell'amministrazione della cosa pubblica e, in genere, in ogni apparato dello Stato.

Secondo la teoria del bilancio del controllo⁵ un eccesso di controllo in capo ad una persona (o ad un gruppo di persone) dà vita a forme specifiche di devianza (ad esempio danni ambientali, corruzione, riciclaggio di denaro, evasione fiscale), poiché alla base di questi comportamenti vi è la consapevolezza di poter controllare le "regole" del gioco e, quindi, di non essere ostacolati o addirittura puniti. È questo secondo Lei, più che lo *status* sociale dei suoi attori, l'aspetto che caratterizza la c.d. criminalità dei potenti?

Questa domanda ne contiene almeno tre.

Controllare le regole vuol dire anche modificarle, e le violazioni hanno spesso valore "fondante", nel senso che spostano il confine tra comportamento legittimo e illegittimo.

Una volta commessa, la violazione crea un precedente, indica una nuova modalità di azione, cambia la giurisprudenza e può avere infine valore legislativo. Una nuova legge decriminalizzerà quel comportamento illegittimo.

Lo *status* dei rei consente loro di presentare un'immagine di se stessi come persone che commettono errori nel corso di una carriera altrimenti esemplare. Gli "errori", peraltro, hanno carattere sofisticato e richiedono altrettanta sofisticazione da parte di chi deve svelarne la natura criminale: una frode, ad esempio, deve essere molto simile a una transazione legittima per avere successo.

⁴ G. Geis, *White-Collar and Corporate Crime*, Oxford University Press, 2015.

⁵ C.R. Tittle, *Control Balance: Toward A General Theory Of Deviance*, Taylor & Francis Inc., 1995.

Quanto alla punizione degli autori, un semplice calcolo economico può portare alla convinzione che nel punire persone potenti si costringano attori che producono ricchezza all'inattività, e che quella ricchezza venga così persa.

Nel punire un disgraziato, al contrario, si rende inattiva una persona la cui produzione di ricchezza è trascurabile.

Bisogna fare attenzione, però: incriminare un potente può tradursi in un danno di immagine per l'intera *élite*, mentre i potenti che di tanto in tanto vengono puniti sono coloro che, seguendo esclusivamente i propri interessi, pregiudicano gli interessi collettivi delle classi cui appartengono.

Il tema del riciclaggio è fortemente legato a quello della supervisione da parte dei Governi sulle attività finanziarie, supervisione che appare spesso lacunosa, anche perché molto spesso le regole sono scritte dagli stessi centri di potere chiamati poi ad applicarle⁶: è a causa di questi conflitti di interesse che si inceppa il meccanismo di controllo?

Alcuni gruppi sono investiti dell'autorità di fare da supervisori, o da polizia di se stessi. Tra chi è impiegato in un'organizzazione finanziaria e chi è chiamato a valutarne la condotta esiste un costante pendolarismo.

Un supervisore può diventare operatore finanziario e viceversa. Il meccanismo è simile a quello che avviene nei parlamenti, dove i rappresentanti politici favoriscono le imprese che in seguito li accoglieranno tra i loro dirigenti, mentre i rappresentanti delle imprese (tra cui i loro lobbisti) vengono compensati con l'opportunità di una carriera politica.

Che idea si è fatto dello scandalo dei *Fincen Files* portato alla luce dalla recente inchiesta giornalistica internazionale? Com'è possibile che quantità di denaro tanto ingenti – si parla di 2.000 miliardi di dollari (informazioni giornalistiche)⁷ – siano state movimentate senza che nessuno – né le banche né le autorità preposte alla repressione di questi fenomeni – facesse nulla per impedirlo?

A mio avviso bisogna riflettere sulla storia della criminalità finanziaria per comprenderne gli inizi e osservarne gli esiti contemporanei.

Nel Seicento, tra i colpevoli delle irregolarità in materia finanziaria si individuano gli operatori senza scrupoli e gli investitori comuni, che rifiutano il lavoro onesto e cercano fortuna nel gioco di borsa (si pensi allo scandalo dei "bulbi di papavero" in Olanda).

⁶ V. in proposito, in questa rivista, E. Padoan, Giovanna Marcolongo, *Soldi sporchi. Intervista a Giovanna Marcolongo – pt. 1. La criminalità finanziaria oggi: inquadramento del fenomeno e questioni sul tappeto*, 9 dicembre 2020.

⁷ Per raggugli v., ad esempio, S. Arcieri, R. Bianchetti, *«Abbiamo due sistemi di applicazione della legge e della giustizia nel paese»*, in questa rivista, 30 settembre.2020.

Nel Settecento, la criminalità finanziaria viene assimilata agli incidenti, come quelli causati, osservava Jeremy Bentham, da un gentiluomo che investe un passante con la sua carrozza⁸.

Eventi naturali o prodotto di patologie individuali, questi delitti vengono anche visti come componenti dello sviluppo economico. L'imprudenza degli operatori finanziari, commentava ancora Bentham, costituisce il prezzo degli esperimenti necessari mirati al progresso⁹.

Le tecniche dei truffatori, insomma, vanno protette da *copyright*.

Al volgere dell'Ottocento, l'enfasi si colloca sull'ingordigia maldestra di chi investe e nessuna legislazione, si dice, è in grado di neutralizzare l'idiozia degli idioti.

Nel Novecento, le interpretazioni ruotano intorno all'immoralità strutturale dei mercati, alle dinamiche organizzative e alla compresenza nel mondo della finanza di operatori dal colletto bianco e clienti dal colletto "sporco" (rappresentanti di gruppi criminali).

Nel secolo corrente, infine, si osserva una simbiosi tra imprenditori legittimi e imprenditori del crimine che, insieme, godono di un servizio che consente loro di nascondere la rispettiva ricchezza. La colpevolezza, pian piano, scompare, lasciandoci di fronte a ladri che vengono adorati come profeti.

Perché i potenti, che godono già di molti privilegi, delinquono? La volontà di mantenere i propri privilegi, attraverso una diversa distribuzione delle risorse sociali, è, secondo Lei, un fattore alla base della criminalità economica? Lei analizza alcune variabili esplicative (consenso, imitazione, coercizione, occultamento): ci può dire perché le ritiene così rilevanti per la comprensione del fenomeno?

L'*élite* non può mantenere la propria posizione esclusivamente in virtù della forza e della segretezza. Ha bisogno di mostrare che il proprio repertorio d'azione è ragionevole e necessario, e che può essere imitato da chiunque.

Ecco il motivo del mio interesse nella riproducibilità del comportamento criminale dei potenti.

Per riprodursi, quel comportamento deve destare una dose di ammirazione e deve segnalarsi nella società come "conato" di un potere che brucia ogni ostacolo.

I potenti emettono segnali e lanciano una forma di pubblicità delle loro iniziative che, in regime di segretezza, sarebbe impossibile da comunicare. Promuovono le loro abilità e credenziali, si presentano come modelli e complici potenziali di chi ama l'avventura.

⁸ J. Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, Hafner Publishing, 1948.

⁹ J. Bentham, *Defence of Usury*, 1787.

Allearsi idealmente con loro, o soltanto imitarli, vuol dire schierarsi a favore di chi ha successo, mentre osteggiarli significa votarsi al fallimento.

Chi ha potere, come diceva il Marchese de Sade, coltiva il sogno di infrangere qualsiasi proibizione.

I privilegi, dice Sutherland (1983)¹⁰, sono fattori favorenti a) la messa in atto di comportamenti devianti e/o criminali e b) la loro reiterazione nel tempo, se non altro per mantenere o incrementare gli stessi privilegi. Di conseguenza, quanto rileva secondo Lei l'elemento/la variabile culturale in tale settore?

Sono diversi gli elementi culturali che giustificano la criminalità dei potenti, tra i quali includerei: concorrenza senza freni, arroganza pervasiva e un'etica della titolarità (o del merito).

È quanto ho già suggerito in *Perché i potenti delinquono*.

Con la variabile concorrenza faccio riferimento alle economie di mercato come ambienti potenzialmente criminogeni.

La variabile arroganza allude alla sicurezza acquisita da chi è abituato a dare ordini e all'insolenza di chi non ha mai ricevuto rifiuti o incontrato disubbidienti.

Infine, un'etica della titolarità o del merito comporta la ripulsa di qualsiasi forza esterna che si opponga al diritto di accumulare ricchezza. Questo tipo di etica, va notato, può diffondersi al punto da diventare costume e tradursi in disprezzo automatico per la legalità.

Lei scrive che le relazioni di potere comportano l'abilità da parte di alcuni di tracciare dei confini obbligati alle azioni di altri. Che cosa intende dire? È vero che l'esercizio del potere si estrinseca non solo nello stabilire le priorità sociali (cioè i problemi sociali che devono essere trattati) ma anche a livello legislativo (ossia nello stabilire che cosa è vietato e come deve essere contrastato) e a livello giudiziario (ovverosia nello stabilire che cosa deve essere perseguito e che cosa, in concreto, deve essere punito)? Se così fosse, può farci qualche esempio di un recente intervento legislativo e di una recente decisione giudiziaria che vanno chiaramente in questa direzione?

Se lei si riferisce al contrasto della criminalità dei potenti, credo che ogni legislazione al proposito sia insufficiente se non accompagnata da "proibizioni" che emergono dal seno della società civile.

I movimenti sociali hanno spesso indicato delle "proibizioni", operando una sorta di controllo o di vigilanza etica nei confronti dei potenti.

¹⁰ E. Sutherland, *White Collar-Crime: The Uncut Version*, Yale University Press, 1983.

Una novità in questo senso è l'uso delle cosiddette "licenze o permessi di collettività" in questioni riguardanti le grandi aziende e il loro diritto ad operare in certi territori.

Diversi colleghi australiani, ad esempio, hanno studiato il ruolo delle comunità nell'impedire, modificare o consentire l'operato delle imprese¹¹.

Non basta un "permesso legale" per condurre gli affari, occorre anche la ratifica di chi potrà trarne beneficio e di chi prevede di pagarne le conseguenze. Questo tipo di "licenza o permesso collettivo", insomma, ricorda a chi avvia un'attività produttiva che il suo scopo principale è il benessere di tutti, non l'arricchimento di pochi e la distruzione dell'ambiente.

La paura del futuro può essere tra le cause della criminalità? Di tutte le persone o solo dei potenti? Per quanto riguarda nello specifico la criminalità dei potenti, perché questa paura spinge alla messa in atto di condotte devianti e/o criminali?

Evito di ripetere quanto affermato in diverse occasioni e, quindi, rinvio ad alcuni miei recenti scritti¹².

Vorrei piuttosto esplorare altre strade interpretative, riferendomi ad alcuni elementi di "economia comportamentale".

Quello che comunemente chiamiamo *homo oeconomicus*, presumibilmente, è in grado di raccogliere informazioni sufficienti per massimizzare i propri interessi.

L'economia comportamentale espelle dalla scena questo carattere fittizio, descrivendo gli esseri umani come inadeguati ad effettuare un preciso computo dei costi e benefici della propria azione.

Il rispetto per se stessi, la reputazione, la moralità e la passione motivano il nostro operare in maniera più potente di quanto non possa fare il guadagno materiale.

La nostra razionalità, insomma, è selettiva, mentre le nostre scelte derivano da "scorciatoie logiche" e da condizioni situazionali.

A volte, anzi, possiamo decidere di non decidere, il che ci consente di abitare senza sforzi nella zona inerte dello *status quo*.

Uno dei principi che si prestano all'analisi dei potenti e della loro criminalità consiste in quello che l'economia comportamentale definisce "percezione differenziale del rischio".

Quest'ultima ci dispone ad adottare condotte altamente rischiose per evitare quanto possiamo perdere e scarsamente rischiose quando perseguiamo un guadagno.

¹¹ J. O'Brien, G. Gilligan, A. Roberts, *Professional Standards and the Social Licence to Operate: A Panacea for Finance or an Exercise in Symbolism?*, in *Law and Financial Markets Review* 9, 2015, pp. 283-292.

¹² V. Ruggiero, *Power and Crime*, Routledge, 2015; Id., *Visions of Political Violence*, Routledge, 2020.

Ecco chiarito il ruolo della nostra paura del futuro, presentato da Hobbes nel *Leviatano* come caratteristica degli umani, unici animali che avvertono oggi la fame che avranno domani.

Per questo, i potenti rischiano molto per mantenere la propria posizione di privilegio, in quanto temono che, con un imprevisto mutamento nel clima sociale e politico, i propri privilegi possano svanire.

Riflessione

— ***Cannabis* oggi: posso o non posso?**

Gli orientamenti giurisprudenziali italiani riguardo le principali questioni controverse sul tema

Cannabis today: can I or can't I?

The Italian jurisprudential guidelines on the main controversial issues on the subject

di Alessandra Ferrazzi Portalupi

Abstract. Il presente contributo si pone l'obiettivo di verificare lo stato della giurisprudenza italiana di legittimità in materia di utilizzo, coltivazione e commercializzazione della cannabis. L'analisi è suddivisa per temi, focalizzata sulle principali questioni controverse, che sono illustrate fin da subito e approfondite successivamente nel testo. Sono state prese in considerazione molteplici sentenze, più o meno recenti, in modo tale da offrire al lettore una panoramica quanto più possibile completa dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, in particolare dalla Corte di Cassazione, riguardo le differenti tematiche affrontate.

Abstract. This paper aims to check the status of Italian Supreme Court case-law on the use, cultivation and marketing of cannabis. The analysis is organized according to themes, focusing on the main controversial issues, which are illustrated immediately and then deepened in the text. Several judgments, more or less recent, have been taken into consideration in order to offer the reader an overview as complete as possible of the interpretation provided by case-law, in particular by the Supreme Court, regarding the different issues addressed.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quadro normativo italiano e profili controversi. – 3. Lieve entità ex art. 73 comma 5 Testo Unico. – 4. Coltivazione per uso personale. – 5. Uso di gruppo. – 6. La spinosa questione della *cannabis light*. – 7. Tossicodipendente: imputabile o incapace di intendere e di volere? – 8. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Italian legal framework and controversial profiles. – 3. Minor cases ex art. 73 paragraph 5. – 4. Cultivation for personal use. – 5. Group use. – 6. The thorny issue of light *cannabis*. – 7. Drug addicted: responsible or unfit to plead? – 8. Conclusions.

1. Introduzione.

Nell'ultimo decennio abbiamo assistito ad una svolta verso la legalizzazione della *cannabis* attuata da parte di molteplici Paesi stranieri¹; da ultimo, è d'obbligo fare riferimento alle notizie provenienti dagli Stati Uniti, che confermano come la spinta antiproibizionista stia prevalendo sempre più².

Quando si leggono queste notizie, provenienti dall'estero, nasce spontaneamente la domanda: e qui – in Italia – a che punto siamo sul tema?

Che esista una norma di riferimento, il **Testo Unico sugli stupefacenti**³, è cosa nota. Ma esattamente, quali sono i recenti sviluppi della giurisprudenza riguardo alla *cannabis* e al suo utilizzo?

Con il presente contributo⁴ si vuole effettuare una sintesi panoramica degli orientamenti adottati dalla recente giurisprudenza italiana di legittimità in tema di stupefacenti, ed in particolare quelli riguardanti la sostanza che, ad oggi, risulta la più diffusa ed utilizzata: la *cannabis*⁵.

2. Quadro normativo italiano e profili controversi.

Il Testo Unico regola, ad oggi, vari aspetti connessi alla produzione, all'impiego e al commercio di sostanze stupefacenti, prevedendo la repressione delle attività illecite sia con sanzioni penali sia con sanzioni amministrative.

¹ Oltre ad alcuni Stati degli U.S.A. che già da anni hanno reso legale l'utilizzo della *cannabis* per scopi ricreativi – come il Colorado e Washington dal 2012, a cui sono seguiti altri – anche il Canada, con l'emanazione del Cannabis Act, ha legalizzato tale sostanza il 17 ottobre 2018. Prima ancora, l'Uruguay fu il primo Paese a legiferare, nel 2013, sull'uso della *cannabis* per gli adulti. In Europa invece ci si limita ad una depenalizzazione di alcune condotte connesse all'utilizzo di sostanze stupefacenti, come in Portogallo, dove non si distingue tra i vari tipi di droga, o nei Paesi Bassi dove è invece posto in essere un regime di ampia tolleranza nei confronti della sola *cannabis*.

² In contemporanea con le elezioni americane, infatti, sono stati cinque i paesi degli U.S.A. a votare a favore della legalizzazione della *cannabis*, sia a scopo terapeutico sia ricreativo (le votazioni si sono svolte in New Jersey, Arizona, Montana, Mississippi e South Dakota). Grazie a questi ultimi cambiamenti, il numero degli stati dove la *cannabis* terapeutica è legale sale a 36, mentre quello dove è possibile acquistarla ed utilizzarla anche a scopo ricreativo è, ad oggi, 15.

³ D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", con ultime modifiche apportate con d.l. 1 marzo 2018, n. 21 e D.M. 23 ottobre 2019.

⁴ Per la realizzazione del presente contributo sono state analizzate principalmente le sentenze pronunciate dai giudici di legittimità dal 1997 ad oggi, con un *focus* sulle decisioni dell'ultimo decennio. Tutte le sentenze menzionate sono tratte dalle seguenti banche dati: De Jure – Giuffrè; Italgire – Ministero della Giustizia.

⁵ Come indicato dalla Relazione europea sulla Droga del 2020, realizzata dall'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, in Italia, nel 2017, il 32,7% degli adulti (tra i 15 e i 64 anni) ha dichiarato di aver fatto utilizzo di *cannabis* nell'arco della propria vita. Il dato è cinque volte maggiore rispetto a quello riferito alla cocaina (6,9% degli adulti nel 2017) o agli oppiacei (6,5% degli adulti nel 2018).

La *cannabis* è compresa tra le c.d. “droghe leggere”, terminologia dapprima abolita dalla legge n. 49/2006, la rinomata legge Fini-Giovanardi, e tornata successivamente in uso a seguito del d.l. 20 marzo 2014, n. 36.

Le questioni ritenute di rilievo ai fini del presente contributo, sia per la loro importanza sia, in alcuni casi, per le molteplici contraddizioni rinvenute nella giurisprudenza, sono essenzialmente cinque e riguardano principalmente gli articoli 73 e 75 del Testo Unico, sotto differenti profili applicativi.

In primo luogo, va ricordato che l’art. 73 è la norma chiave per l’incriminazione del traffico, della produzione e della detenzione delle sostanze stupefacenti, con pene che possono variare da sei a vent’anni. È tuttavia prevista una pena ridotta, al comma 5 del medesimo articolo, per i fatti illeciti di **lieve entità**. A fronte di tale disposizione, spetta alla giurisprudenza chiarire il significato di questo concetto, che il legislatore ha tentato di circoscrivere con il riferimento a «i mezzi, la modalità o le circostanze dell’azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze». Ma quanto valore hanno tali singoli elementi nell’applicazione pratica della norma?

D’altro canto – e veniamo alla seconda questione –, la detenzione di sostanze stupefacenti per **uso personale** è punita unicamente come illecito amministrativo, così come indicato nell’art. 75 del Testo Unico. La linea di demarcazione in questo senso è definita dal Ministero della Salute, il quale indica la quantità massima detenibile ai fini di utilizzo personale, lasciando tuttavia al giudice la possibilità di valutare il superamento dei livelli fissati dal Ministero in alcune circostanze. Anche questo secondo aspetto risulta controverso se si analizzano le sentenze della Corte di Cassazione. Infatti, dal momento che la norma non prevede l’ipotesi della coltivazione, gli ermellini hanno dovuto affrontare il problema della rilevanza di tale condotta quando effettuata per un utilizzo personale. Sarà quindi ritenuta penalmente irrilevante, oppure verrà punita la condotta di **coltivazione per uso personale** ex art. 73 del Testo Unico?

Inoltre, un altro punto cruciale riguardo il tema dell’uso personale, su cui pare che da qualche anno la Corte abbia adottato un orientamento ben preciso e lo stia mantenendo, è quello dell’**uso di cannabis all’interno di un gruppo** circoscritto ed identificabile di persone, nel caso in cui si incarichi un solo soggetto ad acquistare la sostanza per poi dividerla con gli altri consumatori.

In quarto luogo, ampliando l’analisi della normativa in ambito di sostanze stupefacenti e prendendo in considerazione anche la legge 2 dicembre 2016, n. 242⁶, è possibile riscontrare un ulteriore profilo dibattuto e molto attuale: il problema della commercializzazione della c.d. “*cannabis light*”, cioè quella che presenta un contenuto di THC inferiore allo 0,2%. Sebbene in questo ambito, soprattutto a causa della legge particolarmente recente, la giurisprudenza abbia avuto meno occasioni di esprimersi, è tuttavia possibile – come si dirà – ravvisare due orientamenti differenti.

⁶ Legge 2 dicembre 2016, n. 242, “Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa”.

Infine, l'ultimo profilo affrontato in questo contributo, sebbene ad oggi non possa essere considerato una questione controversa, essendo la giurisprudenza sul punto – purtroppo – sempre conforme ai propri precedenti, riguarda l'**imputabilità del tossicodipendente**.

3. Lieve entità ex art. 73 comma 5 Testo Unico.

Il comma 5 dell'articolo 73 Testo Unico punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da euro 1.032 a euro 10.329 coloro che pongono in essere le condotte descritte nel medesimo articolo, ma che, per «i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze», sono da ritenersi di più lieve entità.

La differenza tra la cornice edittale definita dal comma 5 e quella del comma primo è immediatamente riscontrabile: la reclusione minima per la fattispecie "comune" è di sei anni, fino ad un massimo di 20 anni.

Il comma 5 ha subito nondimeno varie modifiche negli anni. Infatti, nella versione del Testo Unico del 1990 la lieve entità era punita con una reclusione da uno a sei anni, poi diminuita nel massimo, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146⁷, a cinque anni. Questa previsione ha comunque avuto vita breve, in quanto già con la legge 16 maggio 2014, n. 79⁸, si è giunti alla definizione della cornice edittale oggi in vigore.

Il comma 5, a partire dalla riforma del 2014, costituisce una figura autonoma di reato, rispetto a quella delineata dal comma primo. Questa interpretazione è stata corroborata dalla Corte di Cassazione che ha dichiarato la sopravvenienza di una nuova fattispecie «per ragioni letterali e sistematiche, alle quali si coniuga l'inequivoca ricostruzione della *intentio legis*»⁹. Il dato letterale, innanzitutto, consente di individuare una nuova figura di delitto in quanto la norma «contiene in esordio una clausola di sussidiarietà testualmente e logicamente compatibile solo con il carattere di autonomia della previsione "salvo che il fatto costituisca più grave reato"». A dissipare ogni ulteriore dubbio, la Corte sottolinea altresì come «nella relazione governativa che accompagnava il disegno di legge di conversione del Decreto n. 146 (presentato alla Camera dei deputati il 23/12/2013, n. 1921) si legge testualmente che per l'ipotesi lieve è stata prevista "una disciplina sanzionatoria autonoma" proprio allo scopo di sottrarla al giudizio di comparazione regolato dall'art. 69 c.p.».

⁷ D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria", convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10. La modifica in particolare è stata introdotta dall'art. 2 comma 1, lett. a).

⁸ Legge 16 maggio 2014, n. 79, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36, recante disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale. La modifica è stata introdotta dall'art. 1, comma 24-ter, lett. a).

⁹ Cass. Pen., sez. VI, 8/01/2014, n. 14288.

Tanto premesso, resta da comprendere che cosa concretamente la giurisprudenza intenda con “lieve entità” e quali siano gli elementi atti a definire il carattere “lieve” delle condotte descritte dalla norma. È possibile notare, sul punto, come nel tempo si siano consolidati due orientamenti giurisprudenziali, in leggera contrapposizione.

La prima interpretazione, consolidatasi fin dai primi anni del nuovo millennio¹⁰, quindi in tempo anteriore alla configurabilità della lieve entità come reato autonomo, è quella fatta propria dalle **Sezioni Unite** nella pronuncia n. **35737/2010**. La Corte consente di rilevare l’elemento della “lievità” solo nei casi di minima offensività della condotta, la quale deve dedursi «sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione, con la conseguenza che ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio»¹¹.

Da tale pronuncia si apprende come il giudizio sugli elementi contemplati dal comma 5 dell’art. 73 debba espletarsi attraverso una valutazione complessiva degli stessi, non essendo sufficiente l’analisi di un unico parametro tra quelli indicati dalla norma. Anzi, anche **il venir meno di uno solo di questi, può comportare l’esclusione della pena ridotta per lieve entità** così come ribadito nella più recente **sentenza n. 35666/2015**¹². La Corte ha poi continuato ad esprimersi in tal senso, anche a distanza di anni dalle prime pronunce, con molteplici sentenze¹³, fino alla più recente sentenza n. 7464/2019¹⁴, che ancora l’anno scorso ribadiva il medesimo orientamento.

Negli ultimi anni è emersa tuttavia un’interpretazione leggermente differente e meno restrittiva di quella adottata dalla giurisprudenza in tempi precedenti. Infatti, parte della giurisprudenza ritiene oggi che ci si debba discostare dall’orientamento che fornisce rilevanza ostativa a priori alla mancanza (anche) di uno solo degli elementi indicati dalla norma, ritenendo invece che i parametri identificativi della lieve entità non debbano tutti avere segno positivo o negativo, ma possano compensarsi tra loro.

Rilevante in questo contesto è la **sentenza n. 51063/2018**, in cui le Sezioni Unite, pur suffragando il principio della valutazione complessiva esposto in particolare dalle sentenze n. 17/2000 e n. 35737/2010¹⁵, esprimono chiaramente il concetto per cui tale valutazione implichi la «necessità di abbandonare l’idea che gli stessi [elementi] possano essere utilizzati dal giudice alternativamente, riconoscendo od escludendo, cioè, la lieve entità del fatto anche in presenza di un solo indicatore di segno positivo o negativo, a prescindere dalla considerazione degli altri. **Ma allo stesso tempo anche che tali indici non debbano tutti indistintamente avere segno positivo o negativo**». La Corte, infatti, ritiene possibile che tra tali parametri si «instaurino **rapporti di compensazione e neutralizzazione**

¹⁰ Tra le altre si vedano: Cass. Pen., S.U., 21/06/2000, n. 17; Cass. Pen., sez. IV, 29/09/2005, n. 38879; Cass. Pen., sez. VI, 14/04/2008, n. 27052.

¹¹ Cass. Pen., S.U., 24/06/2010, n. 35737.

¹² Cass. Pen., sez. Fer., 18/08/2015, n. 35666.

¹³ Si vedano: Cass. Pen., sez. IV, 12/11/2010, n. 43399; Cass. Pen., sez. IV, 22/12/2011, n. 6732; Cass. Pen., sez. III, 10/11/2016, n. 12157.

¹⁴ Cass. Pen., sez. VI, 28/11/2019, n. 7464.

¹⁵ Cfr. *supra*, note n. 10 e 11.

in grado di consentire un giudizio unitario sulla concreta offensività del fatto anche quando le circostanze che lo caratterizzano risultano prima facie contraddittorie in tal senso»¹⁶.

In particolare, proseguendo nell'analisi in diritto, la Corte affronta il tema dell'**elemento ponderale**, che spesso riveste un ruolo primario nella decisione riguardo la lieve entità e afferma come «anche la detenzione di quantitativi non minimali potrà essere ritenuta non ostativa alla qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, e, per converso, che quella di pochi grammi di stupefacente, all'esito della valutazione complessiva delle altre circostanze rilevanti, risulti non decisiva per ritenere integrata la fattispecie in questione», a conferma del fatto che ogni dato – qualitativo, quantitativo o di altro tipo ex art. 73 comma 5 – debba essere confrontato con gli altri parametri di riferimento, senza che a priori lo scostamento di uno di essi possa escludere l'applicazione delle disposizioni sulla lieve entità.

A seguire, nell'ultimo biennio, ulteriori sentenze¹⁷ hanno confermato questa nuova sfumatura interpretativa, in casi che spesso riguardavano proprio l'ultimo elemento preso in considerazione dalle Sezioni Unite: il quantitativo di sostanza rinvenuto.

In ogni caso, pare che la tendenza sia quella di rendere la valutazione complessiva meno rigida e più confacente al caso concreto, in modo da adattarsi il più possibile alla singola situazione.

4. Coltivazione per uso personale.

L'articolo 75 del Testo Unico comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa per colui che «per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope». Le sanzioni si differenziano nella durata a seconda della sostanza rinvenuta (2 mesi – 1 anno per le sostanze delle tabelle I e III; 1 – 3 mesi per le sostanze contenute nelle tabelle II e IV) e si possono concretizzare nella sospensione della patente di guida, della licenza di porto d'armi, del passaporto o del permesso di soggiorno per motivi di turismo.

Ciò che esclude la punibilità del soggetto agente, come confermato dalla giurisprudenza¹⁸, instaurando invece un procedimento amministrativo ex art. 75 T.U. è l'uso esclusivamente personale della sostanza.

La disposizione in questione ha lasciato tuttavia un vuoto normativo non menzionando, tra le condotte rilevanti per l'integrazione dell'illecito amministrativo, la

¹⁶ Cass. Pen., S.U., 27/09/2018, n. 51063.

¹⁷ In questo senso si veda Cass. Pen., sez. III, 15/01/2019, n. 5819, che esclude la lieve entità quando «pur in presenza di cessioni di modica quantità o in quantità non accertata, tale condotta sia indicativa di una più ampia e comprovata capacità dell'autore di diffondere in modo non episodico, né occasionale, sostanza stupefacente». Nello stesso senso, si vedano anche: Cass. Pen., sez. IV, 15/01/2019, n. 5444; Cass. Pen., sez. IV, 08/11/2019, n. 49897.

¹⁸ Corte Appello Roma, sez. I, 01/02/2018, n. 407.

“coltivazione” destinata ad uso personale; si è quindi venuta a creare una situazione paradossale per cui colui che alimenta il mercato illegale acquistando sostanze stupefacenti, tra cui la *cannabis*, per farne uso senza rivenderle, può essere sottoposto alla sanzione amministrativa, mentre colui che si dedica alla coltivazione di una o due piante di marijuana nella propria abitazione è stato a lungo passibile di sanzione penale ai sensi dell’art. 73 T.U. Infatti, come ricorda la Corte di Cassazione, nella sentenza n. **36037/2017**, la questione interpretativa che desta maggior problemi in giurisprudenza «concerne la rilevanza penale da attribuire alle condotte di coltivazione che siano finalizzate alla produzione di sostanza stupefacente destinata al consumo esclusivamente personale del coltivatore»¹⁹.

In principio, l’orientamento dettato dalle **Sezioni Unite** nella **sentenza n. 28605/2008** sanciva l’illiceità di qualsiasi tipo di coltivazione di piante da cui fosse possibile ricavare una sostanza stupefacente, indipendentemente dalla destinazione d’uso. Destinazione che infatti, affermava la Corte, «non può assumere alcun rilievo, sia perché difetta il nesso di immediatezza della coltivazione con l’uso personale, sia perché non può determinarsi a priori la potenzialità della sostanza stupefacente ricavabile»²⁰. Per non lasciare adito a dubbi riguardo la liceità della **coltivazione domestica**, la Corte menzionava espressamente anche quest’ultima, escludendo una sua equiparabilità alla detenzione per uso personale ex art. 75 T.U.

Nonostante ciò, si lascia comunque uno spazio d’azione al giudice, per “temperare” la disposizione nei casi in cui «la sostanza ricavabile dalla coltivazione sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato», che ricordiamo essere la salute pubblica. In questo primo panorama si inseriscono ulteriori sentenze a conferma di questa libertà lasciata al giudice, per escludere la rilevanza penale quando la condotta non venga considerata concretamente offensiva²¹.

Successivamente tale orientamento è stato meglio delineato dalla giurisprudenza, da ultimo dalla **sentenza n. 27213/2019**, che fornisce una definizione più precisa di offensività della condotta, sottolineando l’importanza dell’idoneità della pianta coltivata «a produrre la sostanza per il consumo, sicché **non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell’immediatezza, ma la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine**, anche per le modalità di coltivazione, **a giungere a maturazione e a produrre lo stupefacente**, nell’obiettivo di scongiurarne il rischio di diffusione futura»²². In questa nuova declinazione del primo orientamento, si introduce un elemento aggiuntivo rilevante, cioè la prospettiva futura della vendita della sostanza ricavabile dalla coltivazione.

¹⁹ Cass. Pen., sez. III, 22/02/2017, n. 36037.

²⁰ Cass. Pen., S.U., 24/04/2008, n. 28605. Sul punto viene richiamata anche: Cass. Pen., sez. IV, 23/03/2006, n. 10138.

²¹ Tra le altre, si vedano: Cass. Pen., sez. IV, 28/10/2008, n. 1222; Cass. Pen., sez. IV, 17/02/2011, n. 25674.

²² Cass. Pen., sez. IV, 21/05/2019, n. 27213. Questa interpretazione era già stata più volte adottata dalla Corte di Cassazione, in particolare in: Cass. Pen., sez. IV, 20/03/2019, n. 32485; Cass. Pen., sez. VI, 28/04/2017, n. 35654; Cass. Pen., sez. IV, 23/11/2016, n. 53337; Cass. Pen., sez. VI, 22/11/2016, n. 52547; Cass. Pen., sez. VI, 15/03/2013, n. 22459.

Negli ultimi anni, comunque, si è sviluppato un secondo orientamento che definisce l'offensività in altri termini. Nella già citata **sentenza n. 36037/2017**, facendo una disamina degli orientamenti attuali sulla questione, la Corte illustra la propria posizione, che risulta in contrapposizione con i primi sviluppi ricostruttivi della norma, particolarmente restrittivi. Pur analizzando il panorama giurisprudenziale precedente e concordando sulla premessa della centralità dell'elemento offensivo, la Corte giunge ad un esito interpretativo differente rilevando che, dovendosi accertare l'offensività in concreto della condotta, è necessario valutare «l'effettiva ed attuale capacità a produrre un effetto drogante, rilevabile nell'immediatezza alla stregua del riscontro della quantità di principio attivo ricavabile»²³, non ritenendo sufficiente la conformità della pianta al tipo botanico vietato.

La Corte aggiunge, inoltre, richiamando giurisprudenza precedente²⁴, come sia possibile affermare la necessità di vagliare anche il «concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso», trovandosi, su questo punto, sostanzialmente concorde con l'orientamento difforme, che aveva espresso il medesimo concetto.

Sebbene questo secondo orientamento sia effettivamente quello che, all'apparenza, meglio definisce la concretezza dell'offensività della condotta, una recentissima pronuncia delle **Sezioni Unite**, la n. **12348/2020**²⁵, nondimeno richiama il primo indirizzo, giungendo tuttavia ad una conclusione differente rispetto alla rilevanza penale di qualsiasi tipo di coltivazione di *cannabis*.

Infatti, la Corte, pur mantenendo come premesse essenziali la necessaria conformità al tipo botanico vietato e la sua idoneità a giungere a maturazione e produrre una sostanza stupefacente, indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, si concentra principalmente sulla struttura della coltivazione e sulle tecniche utilizzate dal coltivatore-consumatore. La Corte non intende equiparare la coltivazione destinata ad uso personale alla detenzione, ma piuttosto opera una distinzione tra la coltivazione domestica e quella, considerata penalmente rilevante, definita «tecnico-agraria». Infatti, richiamando l'art. 27 T.U., la Corte sottolinea come lo stesso legislatore, definendo la coltivazione autorizzata, faccia esplicito riferimento ad elementi – quali le particelle catastali e la superficie del terreno – ovviamente non riscontrabili nei casi concreti di «coltivazione domestica», che hanno a oggetto per lo più poche piantine tenute sul balcone, senza alcuna struttura industriale dietro alla loro crescita.

Le Sezioni Unite, poi, rievocano anche il tema della prevedibilità della potenziale produttività futura, che funge da elemento di distinzione rispetto alla coltivazione non penalmente rilevante, dove questa è generalmente molto modesta. Per poter operare,

²³ Cfr. *supra*, nota 19.

²⁴ La Corte, sul punto del pericolo di aumento di disponibilità e diffusione, cita varie pronunce, tra cui: Cass. Pen., sez. VI, 8/04/2014, n. 33835; Cass. Pen., sez. VI, 10/11/2015, n. 5254; Cass. Pen., sez. VI, 17/12/2015, n. 2548; Cass. Pen., sez. VI, 17/02/2016, n. 8058. Per quanto riguarda invece specificatamente la definizione di offensività della condotta, in tema di coltivazione, è possibile vedere: Cass. Pen., sez. VI, 10/12/2012, n. 12162; Cass. Pen., sez. VI, 21/10/2015, n. 2618; Cass. Pen., sez. IV, 27/10/2015, n. 4324.

²⁵ Cass. Pen., S.U., 19/12/2019, n. 12348.

questo parametro necessita tuttavia di una serie di ulteriori condizioni, atte a escludere la rilevanza penale della condotta, ossia: le **minime dimensioni della coltivazione** che deve essere svolta in **forma domestica**, le **rudimentali tecniche utilizzate**, lo **scarso numero di piante**, il **modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile** e la **mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato** degli stupefacenti. Solamente grazie alla compresenza di tali elementi sarà possibile ritenere il coltivatore alla stregua di un consumatore, il quale produce la sostanza per destinarla unicamente al proprio uso.

Data la recente pubblicazione di quest'ultima pronuncia, è ancora troppo presto per prevedere gli sviluppi futuri della giurisprudenza, a seguito del principio enunciato dalle Sezioni Unite; tuttavia, pare che si stia aprendo uno scenario differente, in cui la coltivazione di *cannabis* – destinata ad un utilizzo personale – possa essere consentita all'interno di determinati limiti.

5. Uso di gruppo.

Alle incongruità sopra descritte, registrate delle decisioni dei giudici della Corte di Cassazione in tema di *cannabis* si è aggiunto, nel tempo, anche il problema della continua modifica della legge penale in materia di stupefacenti. Il fatto che il tema della punibilità per l'acquisto di sostanze a scopo di utilizzo all'interno di un gruppo circoscritto sia stato affrontato, negli anni, in modi differenti da parte dei giudici di legittimità, è anche il risultato dell'influenza esercitata dai continui interventi del legislatore.

Infatti, l'orientamento adottato inizialmente, e tornato in vigore negli ultimi anni, optava per la non punibilità in questi casi e si era consolidato dopo che le Sezioni Unite, con la **sentenza n. 4/1997**, avevano stabilito che «non sono punibili l'acquisto e la detenzione di sostanze stupefacenti destinate all'uso personale che avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse anche di soggetti diversi dall'agente, quando è certa fin dall'inizio l'identità dei medesimi nonché manifesta la loro volontà di procurarsi le sostanze destinate al proprio consumo»²⁶, facendo quindi rientrare queste situazioni nella sfera dell'illecito amministrativo ex art. 75 T.U.

Sebbene al tempo non ci fossero problemi interpretativi e tale orientamento sembrasse pienamente condiviso dalla maggior parte della giurisprudenza, fu il legislatore ad intervenire direttamente sulla norma, con la legge n. 49/2006, introducendo il comma *1-bis* all'art. 73 T.U.²⁷. A causa dell'aggiunta del riferimento all'«uso esclusivamente

²⁶ Cass. Pen., S.U., 28/05/1997, n. 4.

²⁷ Legge 21 febbraio 2006, n. 49, "Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, recante misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi". Ciò che interessa in questa sede è in particolare la lett. a) del comma citato, che recitava: «1-bis: Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene: a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto [...] ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, **appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale**».

personale», la giurisprudenza è stata obbligata ad adeguare la propria interpretazione della norma, dichiarando superato l'orientamento che si era ormai consolidato. Sebbene in principio tale condotta non fosse ritenuta assimilabile alla cessione di stupefacenti, ma piuttosto ad una forma di codetenzione per uso proprio²⁸, tale riferimento sembrava infatti escludere *in toto* la possibilità di estendere l'applicazione della sanzione amministrativa a chi acquista sostanze stupefacenti anche per conto di altri.

In questo senso si è espressa la giurisprudenza negli anni successivi alla modifica introdotta dalla l. n. 49/2006, fornendo un'interpretazione più restrittiva della portata dell'illecito amministrativo e confermando le condanne inflitte ad un soggetto che, all'interno di locali di sua proprietà, consumava sostanze stupefacenti unitamente ad altre persone, ai sensi dell'articolo 73 T.U., come è avvenuto ad esempio con la **sentenza n. 23574/2009**²⁹.

La prima pronuncia in senso difforme, con un ritorno alla non punibilità delle condotte classificabili come "consumo di gruppo", è stata emessa, solamente due anni dopo, con la **sentenza 8366/2011**, la quale infatti si inserisce in un panorama in cui la scia della punibilità di tali condotte è ancora presente e forte. Tuttavia, la conclusione a cui giungono i giudici della sesta sezione è diametralmente opposta a quella elaborata nel 2009, che la stessa Corte analizza con attenzione. Difatti, ad avviso della Corte, il legislatore della riforma non avrebbe espresso in modo inequivoco la volontà di sanzionare l'uso di gruppo, ma anzi avrebbe peccato di indeterminatezza, nonostante l'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente", in quanto «l'uso della forma indeterminativa "un uso esclusivamente personale" consente inquadramenti nell'area di rilevanza meramente amministrativa delle condotte finalizzate all'uso esclusivamente personale (anche) di persone diverse»³⁰.

La Corte conclude stabilendo che quando i soggetti coinvolti aderiscono in via preliminare al progetto di acquisto comune ciò «esclude che colui (o coloro) che acquista, su incarico degli altri soldai, si ponga in una posizione di estraneità rispetto ai mandanti l'acquisto destinatari dello stupefacente», spostando sostanzialmente la condotta sul piano della rilevanza amministrativa. Affinché ciò accada, tuttavia, è bene specificare che sono necessarie ulteriori condizioni, così come spiegato nella sentenza citata, la quale rimanda a molteplici pronunce antecedenti, che già avevano espresso il medesimo concetto. In particolare, è essenziale che «l'acquirente-mandatario, il quale opera materialmente (o conclude) le trattative di acquisto, sia anche uno degli assuntori»^{31,32,33}.

²⁸ Cfr. *supra*, nota 26.

²⁹ Cass. Pen., sez. II, 06/05/2009, n. 23547. Per pronunce successive si vedano: Cass. Pen., sez. III, 13/01/2011, n. 7971; Cass. Pen., sez. III, 20/04/2011, n. 35706; Cass. Pen., sez. IV, 7/06/2011, n. 46023.

³⁰ Cass. Pen., sez. VI, 26/01/2011, n. 8366.

³¹ In questo senso, precedentemente, si era espressa Cass. Pen., sez. IV, 10/07/2007, n. 35628.

³² In questo senso, precedentemente, si erano espresse: Cass. Pen., sez. VI, 1/03/2007, n. 37078; Cass. Pen., sez. VI, 3/06/2003, n. 28318.

³³ In questo senso, la Corte cita Cass. Pen., sez. V, 4/07/2006, n. 31443.

Questa interpretazione in favore del reo è quella oggi assolutamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità³⁴, nella quale non si registrano, di recente, indirizzi difformi, ed è stata poi confermata anche dalle Sezioni Unite, nella **sentenza n. 25401/2013**³⁵, giungendo finalmente ad un quadro compatto, che ben delinea ciò che è punito dal D.P.R. 309/1990. Il testo della norma è rimasto peraltro invariato, dal 2006 ad oggi, segno dunque del fatto che l'evoluzione relativa al trattamento sanzionatorio nei casi di consumo di gruppo è unicamente il frutto di un'inversione di rotta da parte della Cassazione, che riguardo allo stesso disposto letterale ha modificato il proprio orientamento.

6. La spinosa questione della *cannabis light*.

Negli ultimissimi anni, un'ulteriore questione è stata dibattuta dalla giurisprudenza a seguito dell'entrata in vigore della **legge 2 dicembre 2016, n. 242**³⁶, che stabilisce la liceità della coltivazione della *cannabis sativa* L.³⁷ con THC³⁸ inferiore a 0,2, nota come *cannabis light*, per finalità espresse e tassative, indicate all'articolo 2³⁹.

L'art. 4 comma 5 della legge 242/2016 comunque esclude la responsabilità del coltivatore nel caso in cui, a seguito dei controlli sulla sostanza ottenuta da coltivazioni poste in essere secondo le direttive della medesima normativa, risulti un tasso di THC tra lo 0,2 e lo 0,6%.

Questa legge ha portato all'apertura di tutti i c.d. "*cannabis shop*" che vendono – del tutto lecitamente – prodotti e derivati dalla canapa, inflorescenze o alimenti, e che a poco a poco abbiamo visto aumentare in ogni città.

Tuttavia, proprio l'enumerazione (ex art. 2) delle possibili sostanze ricavabili dalla coltivazione ha dato modo alla giurisprudenza di intervenire per puntualizzare l'effettiva portata della legge, non senza qualche contrasto.

³⁴ A titolo esemplificativo, si citano le sentenze: Cass. Pen., sez. VI, 12/01/2012, n. 3513; Cass. Pen., Sez. IV, 23/01/2014, n. 6782; Cass. Pen., sez. IV, 23/03/2018, n. 24102.

³⁵ Cass. Pen., S. U., 31/01/2013, n. 25401.

³⁶ Legge 2 dicembre 2016, n. 242, "Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa".

³⁷ "*Cannabis Sativa* L." è la denominazione scientifica di una delle tre differenti tipologie di *cannabis* (le altre due sono la *cannabis indica* e la *cannabis ruderalis*); in particolare è quella inclusa nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002.

³⁸ Il THC – il cui nome per esteso è tetraidrocannabinolo – è uno dei principi attivi contenuti dalle piante di *cannabis*. Si tratta del principio con effetti psicoattivi, quindi quello per cui la *cannabis* viene considerata sostanza stupefacente.

³⁹ L'art. 2 stabilisce che dalla coltivazione ex art. 1 è possibile ottenere: a) alimenti e cosmetici; b) semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali; c) materiale destinato alla pratica del sovescio; d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o bioedilizia; e) materiale per la fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati; f) coltivazioni per attività didattiche e dimostrative o di ricerca; g) coltivazioni destinate al florovivaismo.

L'orientamento maggioritario, sviluppatosi nel 2018, e consolidatosi poi con una sentenza delle Sezioni Unite l'anno successivo, **esclude che la legge 242/2016 consenta la commercializzazione di prodotti derivati dalla *cannabis sativa* L.**

Con la sentenza n. **56737/2018**, infatti, la Corte afferma come non sia possibile rinvenire «alcuna indicazione testuale proveniente dalla predetta legge in ordine alla estensione della esenzione della responsabilità – prevista per il solo agricoltore – a tutta la filiera di coloro che acquistano e rivendono al minuto le sostanze»⁴⁰, puntualizzando che la Legge 242/2016 «non ha affatto reso lecita la commercializzazione della *marijuana* e dell'*hashish*». Infatti, secondo questo orientamento – ulteriormente confermato dalle Sentenze Unite nella **sentenza n. 30475/2019**⁴¹, **del 30 maggio** – non può ritenersi che la legge citata preveda il commercio, la cessione o la vendita delle inflorescenze, degli oli o della resina derivanti da *cannabis*, rendendo quindi sostanzialmente illegali buona parte dei prodotti attualmente sul mercato.

Un secondo orientamento, minoritario e sviluppatosi alla fine dell'anno 2018, con la sentenza n. **4920/2018**, sostiene invece che il legislatore abbia voluto promuovere «non solo la coltivazione, ma espressamente l'intera filiera agroindustriale della canapa»⁴². Secondo le argomentazioni della Corte, il limite dello 0,2% di THC ha una finalità unicamente e strettamente connessa agli aiuti economici a favore degli agricoltori. Il limite dello 0,6% invece costituisce la soglia entro cui «la coltivazione di canapa da semente autorizzata è conforme alla legge», in quanto «non è considerata dalla legge come produttiva di effetti stupefacenti giuridicamente rilevanti».

Seguendo tale ragionamento, la Corte considera lecita la commercializzazione dei prodotti derivanti dalla predetta coltivazione – ed in particolare delle inflorescenze – in quanto ciò «costituirebbe un corollario logico-giuridico dei contenuti della legge n. 242/2016». Infatti, proseguono i giudici della VI sezione, «i prodotti contenenti un principio attivo THC inferiore allo 0,6%, non potrebbero più considerarsi (ai fini giuridici), sostanza stupefacente soggetta alla disciplina del d.P.R. 309 del 1990, al pari di altre varietà vegetali che non rientrano tra quelle inserite nelle tabelle allegate al predetto d.P.R.».

Viene quindi fatto valere il principio generale secondo cui «la commercializzazione di un bene che non presenti intrinseche caratteristiche di illiceità deve [...] ritenersi consentita nell'ambito del generale potere delle persone di agire per il soddisfacimento dei loro interessi».

Pur non essendo copiosa la giurisprudenza in questo ambito particolare, tale interpretazione è stata condivisa da un'altra sentenza di legittimità solo pochi giorni dopo⁴³.

⁴⁰ Cass. Pen., sez. VI, 27/11/2018, n. 56737. Nello stesso senso si vedano anche: Cass. Pen., sez. IV, 13/06/2018, n. 34332; Cass. Pen., sez. VI, 10/10/2018, n. 52003.

⁴¹ Cass. Pen., S. U., 30/05/2019, n. 30475.

⁴² Cass. Pen., sez. VI, 29/11/2018, n. 4920.

⁴³ Cass. Pen., sez. III, 7/12/2018, n. 7166.

Dall'orientamento maggioritario deriva oggi un problema, come ampiamente denunciato⁴⁴, per tutti quei lavoratori che hanno creato, in questi anni, un *business* basato sulla vendita della *cannabis* sativa a seguito della legge 242/2016. Lasciando qui sullo sfondo il problema dell'impatto negativo della predetta tendenza con riguardo alle condizioni economiche dei commercianti coinvolti, è importante sottolineare come la giurisprudenza abbia considerato su due piani totalmente differenti l'utilizzo della *cannabis* sativa a scopo ricreativo e per finalità diverse (ad esempio alimentare), pur trattandosi della medesima sostanza, quindi con il medesimo effetto. La necessità di vietare la vendita delle inflorescenze della *cannabis* c.d. *light* risulta pertanto incoerente con l'inserimento della sostanza stessa nell'elenco di quelle prive di effetti stupefacenti.

Attualmente, inoltre, rimane aperta la questione sulla liceità della vendita di prodotti, quali oli, a base di CBD – cioè l'altro principio attivo contenuto nella *cannabis*, privo di effetti psicoattivi – a seguito di due decreti del Ministero della Salute, emessi a ottobre, e in attesa di un parere dell'ISS e di indagini più approfondite⁴⁵.

7. Tossicodipendente: imputabile o incapace di intendere e di volere?

Come noto, il codice penale, agli articoli 93 e 94, stabilisce una presunzione di imputabilità in capo a chi commette un fatto criminoso sotto l'azione di sostanze stupefacenti, eccetto i casi di assunzione per ragioni di forza maggiore o caso fortuito. L'art. 95 esclude invece la responsabilità, del tutto o parzialmente, per colui che non ha capacità di intendere e di volere, a causa di un'alterazione dovuta a intossicazione cronica da sostanze stupefacenti; condizione, questa, che viene dunque assimilata quella dell'infermità (totale o parziale) di mente, di cui agli articoli 88 e 89 c.p.

Con riguardo all'imputabilità del tossicodipendente⁴⁶, il principale orientamento adottato dalla giurisprudenza è estremamente restrittivo e considera non imputabile solamente la persona che mostri un'alterazione permanente ed ineliminabile, derivante dall'utilizzo di sostanze, con conseguente impossibilità di guarigione. In questo senso si esprime, ad esempio, la **sentenza n. 17305/2011**: «La tossicodipendenza, per essere causa d'infermità mentale, deve necessariamente tradursi in un'intossicazione grave, tale da determinare un vero e proprio stato patologico psicofisico dell'imputato, incidendo profondamente sui processi intellettivi o volitivi di quest'ultimo [...]. Tale stato patologico psicofisico può esser riconosciuto solo allorché **si accerti che l'intossicazione sia tale da escludere qualsiasi guarigione e provochi una patologia cerebrale che permane a carico del tossicodipendente, a prescindere da nuove assunzioni di sostanze**»⁴⁷.

⁴⁴ *Cannabis light, il consorzio denuncia: Con la chiusura a rischio 10 mila addetti*, in *La Repubblica*, 9 maggio 2019.

⁴⁵ Sul punto si rimanda a A. Ferrazzi Portalupi, *CBD e diritto penale: una situazione in stand-by*, in *questa rivista*, 4 novembre 2020.

⁴⁶ Sul tema, v. anche S. Arcieri, *La dipendenza è una malattia del cervello?*, in *questa rivista*, 2 settembre 2020.

⁴⁷ Cass. Pen., sez. VI, 20/04/2011, n. 17305. Nello stesso senso si vedano anche: Cass. Pen., sez. VI, 24/10/2013, n. 47078; Cass. Pen., sez. VI, 03/05/2018, n. 25252.

Nella medesima occasione la Corte riprende la massima secondo cui **la crisi d'astinenza non può integrare lo schema dell'art. 89 c.p.**, in quanto essa non compromette l'equilibrio biologico provocando una permanente alterazione dei processi intellettivi, ma è una condizione che viene superata con il termine della crisi stessa⁴⁸. Nello stesso senso, in una successiva sentenza, la n. **45068/2014**⁴⁹, la Corte esclude lo stato di necessità nel caso di un soggetto in preda ad una crisi d'astinenza, richiamando in particolare l'orientamento, già consolidato, che definiva la crisi di astinenza una «conseguenza di un atto di libera scelta e quindi evitabile da parte dell'agente»⁵⁰.

In una recentissima sentenza si stabilisce che per applicare l'art. 95 c.p., sebbene spetti al giudice l'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere dell'imputato, grava invece su quest'ultimo l'onere di allegare la documentazione medica necessaria che attesti la sua tossicodipendenza cronica, con conseguente «alterazione psichica permanente, ossia una psicopatologia stabilizzata non strettamente correlata all'assunzione di sostanze psicotrope»⁵¹, non essendo sufficiente produrre una documentazione che riporti il generico stato di dipendenza da sostanza stupefacente.

Su questo specifico tema, la giurisprudenza appare pacifica nel senso di escludere che la tossicodipendenza o le crisi d'astinenza da essa derivanti influiscano in alcun modo sull'imputabilità, pur senza che sia fatta menzione, nelle motivazioni di tutte le sentenze qui citate, di evidenze o studi scientifici riguardanti gli effetti concreti che possono derivare dall'assunzione prolungata di determinate sostanze.

8. Conclusioni.

Sul fronte del consumo e del commercio di sostanze stupefacenti, e della *cannabis* in particolare, i temi controversi in Italia, come abbiamo visto, non sono pochi. D'altra parte, pare possibile concludere che l'unico profilo, tra quelli qui affrontati, sul quale non si registrano oscillazioni o contraddizioni nelle pronunce della Cassazione, sia proprio l'ultimo, riguardo l'imputabilità del tossicodipendente. A ogni tentativo di interpretazione meno orientata alla repressione penale del consumo della normativa del Testo Unico sugli Stupefacenti da parte della giurisprudenza, sembra infatti fare subito seguito un cambio di rotta nell'orientamento della stessa Corte, generando non pochi dubbi su ciò che viene considerato lecito, e talvolta generando pregiudizi economici, anche significativi, a danno di un'intera filiera produttiva.

In un momento in cui fuori dall'Italia la discussione riguardo la *cannabis*, anche come sostanza a fini terapeutici, è in continuo divenire, sia oltreoceano⁵² sia più vicino a

⁴⁸ Nello stesso senso anche Cass. Pen., sez. I, 18/01/1995, n. 3633.

⁴⁹ Cass. Pen., sez. VI, 24/09/2014, n. 45068.

⁵⁰ Cass. Pen., sez. IV, 25/06/2008, n. 31445.

⁵¹ Cass. Pen., sez. V, 30/01/2020, n. 12896.

⁵² Si ricorda che negli Stati Uniti il 4 dicembre 2020, la Camera dei Rappresentanti di Washington ha approvato il *Marijuana Opportunity Reinvestment and Expungement (MORE) Act*, volto a depenalizzare la *cannabis* a livello federale. Si tratta di un primo *step*, che forse avrà solamente un valore simbolico, in quanto probabilmente non passerà il vaglio del Senato, ma che smuove la situazione in un Paese dove sempre molti più Stati, come

noi, in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pare che in Italia ci sia una tendenza più che altalenante nei confronti di un'apertura verso nuovi orizzonti sul tema⁵³, soprattutto se si tiene conto di eventuali restrizioni sulla normativa già esistente anche per i principi c.d. non psicoattivi, quali il CBD, che ad oggi sono venduti ed utilizzati per molteplici scopi.

Forse la recente **sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, del 19 novembre scorso**⁵⁴, in una causa riguardo la commercializzazione del CBD in Francia, indirizzerà in modo definitivo le scelte del Ministero della Salute e del legislatore, almeno su questo tema. Una delle ragioni per cui questa sentenza assume particolare rilevanza è data dal fatto che essa contiene un esplicito riferimento anche all'importanza di tenere conto dello «stato attuale delle conoscenze scientifiche»⁵⁵: potrebbe questo concetto essere applicato anche ad altri ambiti, e non solo in tema di Cannabidiolo? In particolare, da una maggiore attenzione ai risultati degli studi scientifici in materia di effetti delle sostanze sull'organismo potrebbe conseguire, da parte della giurisprudenza, un ripensamento nel modo di guardare al tema dell'imputabilità del tossicodipendente (che ad oggi, si è visto, è esclusa solo a seguito di accertamenti che indaghino lo stato permanente dell'alterazione biologica prodotta dalle sostanze)?

I punti da affrontare e risolvere, a livello giurisprudenziale in materia di stupefacenti sono ancora tanti, purtroppo. Rimane la speranza che sulla scia europea, anche la legislazione e la giurisprudenza italiana si avviino – seppur lentamente – sulla strada che conduce verso una interpretazione coerente, e scientificamente informata, dei problemi legati al consumo di sostanze stupefacenti.

si è visto, stanno optando per una depenalizzazione e regolamentazione della *cannabis*, sia a livello terapeutico sia ricreativo.

⁵³ Cfr., sul tema, S. Arcieri, P. Tincani, *Riflessioni su droghe e antiproibizionismo (ovvero: non sempre il silenzio è d'oro)*, in *questa rivista*, 7 ottobre 2020; P. Tincani, *Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale)*, in *ivi*, 18 novembre 2020.

⁵⁴ Corte di Giustizia EU. Quarta sezione. sentenza 19/11/2020, causa C-663/18.

⁵⁵ Il riferimento era in particolar modo alla relazione del 2017 dell'OMS, in cui si raccomanda di eliminare il CBD dall'elenco dei prodotti dopanti, non avendo un effetto psicoattivo riconosciuto scientificamente.

Riflessione

«Aiutiamoci a casa loro»

Di immigrazione, società civile e coscienza morale

«Let's help us in their own homes»

About immigration, civil society and moral conscience

*di Antonio Salvati**

Lo scorso 15 agosto si è conclusa la procedura di regolarizzazione dei rapporti di lavoro dei migranti avviata lo scorso 1 giugno per agricoltura, lavoro domestico e assistenza alla persona. Com'è noto la sanatoria ha previsto un doppio binario: da un lato la possibilità per il datore di lavoro di sottoscrivere un nuovo rapporto di lavoro subordinato con un cittadino straniero o di dichiararne uno irregolarmente instaurato. Sono state oltre 200mila le domande ricevute dal portale del ministero dell'Interno, in prevalenza da colf e badanti (85%); il resto ha riguardato il lavoro subordinato. Evidentemente, pur essendo in un tempo di crisi, domande di lavoro in alcuni settori ce ne sono sempre, anzi sono in crescita.

Far emergere i lavoratori stranieri dall'irregolarità – con uomini e donne sottratte all'invisibilità e restituite alla dignità e regolarità di rapporti di lavoro – è sempre positivo, ha sostenuto Andrea Riccardi, in particolar modo in questo periodo di rischio di contagio per chi è ai margini dei circuiti istituzionali.

«Un bene per loro – ha aggiunto Riccardi – e per le aree dove abitano. È stato anche un segnale alle mafie e al caporalato nelle campagne, che spadroneggiano su “uomini ombra” fuori dal sistema, bonificando “terre di nessuno” ai margini della legge. Ma è avvenuta pure la legalizzazione di rapporti di fatto, cui molte famiglie aspiravano da

* Testo, rivisto e aggiornato dall'Autore, dell'articolo [La coscienza e la legge](#), pubblicato sul portale *Notizie Italia News*, il 26 marzo 2019, che ringraziamo per la cortese autorizzazione.

anni per il personale domestico, senza possibilità dal 2012. La domanda è più larga di quanti hanno potuto accedere alla regolarizzazione»¹.

Certo l'alto costo per il datore di lavoro (500 euro) ha creato – com'era prevedibile – problemi specie nel mondo agricolo e i diversi "paletti" nel provvedimento hanno reso il percorso più arduo. Purtroppo sono stati lasciati fuori i lavoratori dell'edilizia, ristorazione, logistica e altri. Tuttavia, un provvedimento di civiltà e legalità necessario per diminuire le aree "in nero" dei lavoratori (che la nostra società di fatto richiede e richiama), con l'obiettivo di regolare i "flussi" di lavoratori stranieri con processi regolari, registrando i bisogni di lavoro che si stanno sviluppando.

Chi si è speso per la regolarizzazione lo ha fatto anche perché aveva in mente un cambio radicale del mercato del lavoro, ponendo la politica di fronte ad una scelta di legalità e sicurezza, oggi più che mai necessaria, con diversi effetti positivi. Una scelta saggia e lungimirante che offre l'opportunità di vivere e lavorare legalmente a chi già si trova nel nostro Paese ma che, senza titolo di soggiorno, è spesso costretto a lavoro nero e sfruttamento. Infine, si realizza un maggiore controllo e contezza della presenza sui nostri territori di centinaia di migliaia di persone di cui non sappiamo nulla.

Il tema dell'immigrazione resta comunque molto divisivo, sollecita l'emotività delle masse e genera spesso reazioni irrazionali. Serve una maggiore intelligenza politica per affrontare la condizione degli immigrati presenti già nel nostro paese. Invece di una saggia lungimiranza, si continua a scegliere una prospettiva miope e dannosa per tutti, come nel caso della cittadinanza da dare ai bambini nati da genitori stranieri. Una situazione chiarissima che, tuttavia, non si riesce a sbloccare per paura da parte dei politici di perdere consensi.

Della cittadinanza da dare ai bambini nati da genitori stranieri in Italia o giunti da piccoli nel nostro paese, ne hanno parlato anche Raffaele Cantone e Vincenzo Paglia, nel loro volume *La coscienza e la legge*, uscito nel 2019 (Editore Laterza), che tratta diffusamente il tema dell'immigrazione, nonché altri temi nevralgici del nostro tempo come la sicurezza, la corruzione, il perdono, la pena di morte, la questione carceraria, l'ingiustizia.

Raffaele Cantone e Vincenzo Paglia si confrontano a partire dalle loro differenti esperienze e visioni del mondo, cercando di comprendere e definire insieme cosa è giusto. Sulla necessità di una legge sullo *ius soli* si è tanto dibattuto:

«È irresponsabile – spiega Paglia – e nocivo per il paese e per gli stessi ragazzi. Oltre il 22% degli immigrati in Italia è costituito da minori (più di 932.675). Di questi ormai più di 573.000 sono nati in Italia, sono bambini e bambine che si sentono italiani, che lo sono di fatto, ma che non sono cittadini e con molte difficoltà lo diventeranno a 18 anni. La normativa attuale è del tutto irragionevole. Per un ragazzo nato 18 anni fa da genitori stranieri e che ha sempre vissuto in Italia ma non ha avuto la residenza anagrafica, non è automatico divenire cittadino italiano. Lui, che cittadino lo è di fatto, dovrà chiedere il permesso di soggiorno che così cambierà da motivi familiari a motivi di lavoro, se ha un lavoro, o un permesso di studio. Due tipi di permesso più "deboli"

¹ A. Riccardi, *La civiltà e la legalità della regolarizzazione*, in *Il Corriere della Sera*, 24 agosto 2020.

rispetto al precedente. Se non ha lavoro e se non fa un percorso di studio, diventa irregolare, clandestino, e quindi rischia di essere espulso nel proprio paese di origine che non conosce e dove non è conosciuto. È solo un esempio. Ma come ci si può integrare in questa situazione e con questa legge?»².

Da uomo di chiesa, Paglia sostiene che l'accoglienza allo straniero – "l'estraneo" al quale ci si fa "prossimo" – è scritta nel cuore stesso della fede cristiana.

«Gesù ne fa addirittura una condizione della salvezza, come appare dal noto brano di Matteo sul giudizio finale: "Venite benedetti del Padre mio, ricevete in eredità il regno preparato per voi fin dalla fondazione del mondo, perché [...] ero straniero, e mi avete ospitato" (25,34-35). È una parola universale che non riguarda solo i credenti, anzi si riferisce direttamente a chi non crede (o crede diversamente). Papa Francesco, affermando che non difendere i migranti non è cristiano, si iscrive nella immutata tradizione evangelica che traversa la storia da duemila anni»³.

Il papa chiede saldezza sul comandamento dell'ospitalità e assieme creatività umanistica nel governare l'accoglienza.

Coscienza morale e legge civile non debbono confliggere, semmai dialettizzarsi per trovare una soluzione. È diventata una tristissima moda di alcuni politici scaricare sui migranti il sentimento di paura e di insicurezza degli italiani. Sarà pure pagante in termini di consenso. Tuttavia, immette nella società sentimenti distruttivi che sfuggono al controllo. Non mancano episodi di violenza razzista che dovrebbero far riflettere seriamente su tale deriva. La predicazione dell'odio sociale è divenuta il veicolo su cui transitano aggressività e violenza, ricorda Paglia. L'odio sociale va ben al di là dell'obbiettivo disagio dal quale è sorto, seguendo percorsi imprevedibili. L'insicurezza c'è, eccome, ricordano i due autori ed è un problema reale con cui fare i conti. Ma le cause sono ben oltre il fenomeno delle migrazioni.

Bauman avvertiva:

«Siamo "oggettivamente" le persone più al sicuro nella storia dell'umanità. Come le statistiche dimostrano, i pericoli che minacciano di abbreviare la nostra vita sono più scarsi e lontani di quanto generalmente non fossero nel passato o non siano in altre parti del pianeta... Tutti gli indicatori oggettivi che si possono immaginare mostrano un aumento apparentemente inarrestabile della protezione di cui uomini e donne della parte "svilupata" del pianeta godono su tutti e tre i fronti lungo i quali si combattono le battaglie in difesa della vita umana: rispettivamente contro le forze sprezzanti della natura, contro la debolezza congenita del nostro corpo e contro i pericoli che vengono da aggressioni di altre persone»⁴.

Eppure, con tutto ciò la paura aumenta. Le riflessioni contenute nel volume prendono spunto dall'analisi dei dati del fenomeno. In Italia, l'immigrazione da circa quattro anni è sostanzialmente stabile. Nel nostro paese ci sono poco più di 5 milioni di immigrati. Le difficoltà economiche sopravvenute hanno ridotto i nuovi ingressi in maniera

² R. Cantone, V. Paglia, *La coscienza e la legge*, Laterza, 2019, Edizione Kindle, cap. 5.

³ *Ibidem*.

⁴ Z. Bauman, *Paura liquida*, Laterza, 2018, p. 161.

drastica. Malgrado la visibilità degli sbarchi e dell'arrivo di richiedenti asilo, l'ingresso dei migranti incide poco su questo quadro generale. Si tratta infatti, tra rifugiati riconosciuti e richiedenti in accoglienza, di circa 350.000 persone, meno del 7% del totale.

Ricorda Paglia – facendo tesoro dell'esperienza della Comunità di Sant'Egidio – che fino al 2014-2015 chi sbarcava in Italia proseguiva il viaggio verso il Nord Europa, e anche oggi la mobilità in una certa (faticosa) misura prosegue. In tal senso, fornire:

«I numeri degli sbarchi risalendo indietro nel tempo e facendo credere che si tratti di persone rimaste in Italia e nascoste da qualche parte è una grossolana falsificazione. Qualche piccolo spunto di chiarimento sul fenomeno migratorio in Italia mostra quanto sia ancora tendenziosa la comunicazione al riguardo. Molti, ad esempio, pensano che gli immigrati in Italia siano maschi, africani o al più arabi, e certamente musulmani. I dati ci dicono invece che si tratta in maggioranza di europei, di donne, di persone provenienti da paesi di tradizione cristiana. La seconda religione d'Italia per numero di aderenti, per quanto è possibile stimarli, è quella cristiana ortodossa, con circa 1,6 milioni di fedeli. I musulmani sono intorno a 1,5 milioni. La maggior parte degli immigrati in Italia non è quindi costituita da uomini soli, bensì da famiglie spesso accompagnate da minori: abbiamo 826.000 minori nelle scuole, benché la crescita anche in questo caso si sia pressoché arrestata, e la maggioranza di essi (oltre 500.000) è nata in Italia. Da ultimo, i dati contraddicono l'idea che l'immigrazione non sia nient'altro che una conseguenza della povertà dell'Africa che si riversa sulle nostre coste. La graduatoria dei paesi di origine, invece, classifica nell'ordine Romania, Albania, Marocco, Cina, Ucraina, Filippine, Moldavia. Nessuno di questi paesi è poverissimo, dove si muoia di fame per la strada. Ed è così anche nel resto d'Europa e del mondo. I migranti provengono prevalentemente da paesi intermedi per livello di sviluppo. E non sono neppure di regola i più poveri dei rispettivi paesi. Per migrare occorrono risorse, che i più poveri raramente riescono a mettere insieme»⁵.

Cantone si sofferma in particolare sul decreto sicurezza, responsabile di aver ridotto gli spazi per la protezione umanitaria tramite condizioni più stringenti, e:

«Soprattutto senza compensare questo restringimento con accordi bilaterali per rimpatriare chi non ha diritto di restare in Italia, avrà infatti come unico effetto l'aumento degli irregolari: coloro ai quali non verrà concesso l'asilo, esaurita la procedura e ottenuto il diniego, diventeranno clandestini che nessuno Stato sarà disponibile a riaccolgere perché mancano intese apposite, oppure, se esistono, l'Italia non sarà in grado di allontanarli»⁶.

La norma rischia dunque di produrre l'effetto opposto a quello annunciato.

«È stato calcolato che coi ritmi attuali, sostanzialmente in linea con quelli degli anni precedenti, anche se gli arrivi si interrompessero ci vorrebbe un secolo solo per riportare nei paesi d'origine tutti gli irregolari allo stato presenti sul territorio nazionale. Senza contare che ogni singola espulsione che si riesce a mettere in atto costa migliaia di euro soltanto di biglietti aerei, almeno cinque per ogni rimpatrio: tre all'andata e due al ritorno per i soli agenti di pubblica sicurezza»⁷.

⁵ R. Cantone, V. Paglia, *La coscienza e la legge*, cit., cap. 5.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

Come talvolta accade in Italia si sposta altrove il problema senza preoccuparsi di risolverlo davvero, come accaduto con la Bossi-Fini. In caso di tumulti o di morti nelle baraccopoli, le responsabilità ricadranno sempre contro i migranti anziché contro le condizioni in cui sono costretti a vivere.

Fra l'altro, osserva giustamente Cantone:

«Nelle pieghe della nuova normativa, si cela un dettaglio non secondario: l'impossibilità per i richiedenti asilo di iscriversi all'anagrafe per ottenere la residenza, con l'effetto di essere tagliati fuori da tutta una serie di servizi sociali. Un principio gravissimo, che ufficializza la divisione fra cittadini di serie A e di serie B: a parità di diritto a vivere in Italia, ci sarà chi avrà determinati diritti e chi no. Si tratta di un tema rilevante, di cui sembrano consapevoli quei sindaci che hanno annunciato l'intenzione di disapplicare la nuova legge. Credo che la disobbedienza civile preannunciata sia una risposta non accettabile, ma il problema posto è reale: l'iscrizione anagrafica è di competenza comunale e il decreto Sicurezza non ha abrogato la parte del Testo unico sull'immigrazione che prevede che il possesso del permesso di soggiorno sia sufficiente per ottenerla. L'intenzione di sottoporre a un giudizio di legittimità costituzionale la nuova previsione di legge potrebbe pertanto essere il modo per dirimere una questione tanto delicata»⁸.

Nel dibattito pubblico sull'immigrazione viene spesso sollevata la questione dell'«aiutarli a casa loro». Spesso il dibattito generale sul tema migrazioni continua a focalizzare l'attenzione sulla gestione – o meno – degli effetti dei flussi migratori solo nella loro dimensione finale (quando prossimi all'Europa). Manca, invece, una presa di coscienza delle dinamiche complessive dell'immigrazione, cosa che permetterebbe di concentrarsi sulle vere questioni chiave e non concentrarsi solo su presunte soluzioni di breve periodo – che, oltre a porre notevoli dubbi dal punto di vista etico, di fatto continuano solo a rincorrere improbabili soluzioni, semplici e a basso costo, per problematiche che richiederebbero ben altro. «Aiutarli a casa loro» per anni è stato lo *slogan* di presa facile della destra. Ora è diventato il mantra di quasi tutte le forze politiche. Uno *slogan* carino e facile da pronunciare. Anche se, talvolta, ha avuto l'obiettivo di mettere a tacere la coscienza di chi lo pronuncia e di chi lo ascolta. In fondo, è un modo per dire che tanto cattivi non siamo, né egoisti, anzi – in ottemperanza del Vangelo (oggi ritornato prepotentemente di moda nelle manifestazioni politiche e non) – scegliamo di aiutare il prossimo. Però decidiamo noi dove e come.

La percezione comune dell'Africa è quella di un continente povero, e che dunque necessiterebbe di un sostanziale sviluppo economico e aumento della ricchezza. Se da un lato questo è un concetto generale corretto, dall'altro, tuttavia, non ci spiega le reali dinamiche e vicissitudini del continente africano. D'altra parte, l'Africa è un continente troppo grande per poterlo descrivere, avvertiva Ryszard Kapuściński, straordinario *reporter* morto nel 2007. Il continente africano è «un oceano, un pianeta a sé stante, un cosmo vario e ricchissimo. È solo per semplificare e per pura comodità che lo chiamiamo Africa. A parte la sua denominazione geografica, in realtà l'Africa non esiste»⁹, sosteneva Kapuściński. Nonostante il presente non possa che apparire nella sua drammaticità, l'Africa non è soltanto sinonimo di miseria e arretratezza. Oggi l'Africa è cambiata, è

⁸ *Ibidem*.

⁹ R. Kapuściński, *Ebano*, Feltrinelli, 2000, p. 7.

diventata la terra delle mille opportunità. I dati assoluti rivelano che la crescita africana è enorme ed è, quello africano, l'unico continente a non conoscere la crisi. In altri termini, accanto alle cifre spaventose che tutti conosciamo – sulla povertà, l'Aids e la guerra – vi sono anche altri dati, che però non vediamo e in tanti ignorano.

In Africa – spiega Giro, professore di Storia delle relazioni internazionali all'Università per stranieri di Perugia ed esperto di questioni africane come pochi, che di queste vicende ci informa compiutamente da tempo – si sta svolgendo una grande guerra commerciale: un triangolo di influenze tra Cina, Europa e Usa, che potrebbe anche dirsi quadrangolo se si conta la Russia in piena ripresa di influenza. Infatti:

«I poteri politico-commerciali sanno che nel continente nero sono nascoste enormi risorse in termini di acqua, terra, minerali ed energia. Occorrono solo i denari per sfruttarle. Di *business* se ne farà dunque tanto negli anni a venire: innanzi tutto in agro-business. L'Africa è l'unico continente dove rimane terra coltivabile libera: 200 milioni di ettari liberi (fatte salve le foreste che non andrebbero toccate). Per nutrire il pianeta ci sarà assoluto bisogno di mettere quelle terre in produzione: un "oro verde" ormai raro. Ma per farlo ci vuole del metodo, non il *land grabbing* selvaggio e in ordine sparso attualmente messo in atto dalle multinazionali del *food*»¹⁰.

Avverte sempre Mario Giro che:

«Sarebbe un miracolo se il settore agro-*business* italiano si organizzasse (si tratta di migliaia di Pmi) per fare un'offerta aperta a questa "Africa verde". In teoria le nostre piccole e medie imprese sarebbero molto più accettate dagli africani che non i colossi anonimi, come Nestlé e Danone. Si tratterebbe di insegnare a produrre e creare la catena del valore alimentare. Possiamo farlo ma ci stiamo organizzando per questo? È un'ipotesi *win-win*: aiuterebbe le nostre piccole imprese del settore a crescere e internazionalizzarsi ma anche gli africani a "produrre a casa loro", imparando le regole itosanitarie per esportare»¹¹.

Un altro settore importante è quello dell'energia rinnovabile dove l'Enel sta facendo bene. Occorre un modello di elettrificazione adattato al continente, considerando che il continente africano è sottopopolato e vastissimo, ma sostanzialmente vuoto. Pertanto, servono rinnovabili adattate, più che enormi tralicci stesi per migliaia di chilometri. Per quanto riguarda logistica e infrastrutture da trasporto sappiamo che Salini costruisce dighe ovunque; i cinesi si occupano di ferrovie; il francese Bolloré di porti. Occorrono tuttavia anche strade medie e logistica intermodale settore dove la situazione è anarchica. Nel 2016 l'Italia è stata la terza fonte di investimenti nel continente, dopo Cina ed Emirati Arabi Uniti: un fatto storico. Il passaggio dalla ventunesima posizione del 2014 alla terza, testimonia gli sforzi che hanno portato molte nostre società ad acquisire quote rilevanti del mercato africano e a vincere appalti. Le missioni italiane imprenditoriali in Africa sono aumentate.

Tuttavia occorre un rafforzamento del sistema e degli strumenti per aumentare la forza d'urto: la nascita di operazioni di partenariato imprenditoriale necessita di tempo e di mezzi adeguati. La nuova cooperazione (che la legge 125 del 2014 permette) non può

¹⁰ M. Giro, *Aiutiamoci a casa loro*, in *L'Espresso*, n. 24 del 9 giugno 2019, pp. 54 ss.

¹¹ *Ibidem*.

fare a meno di coinvolgere il settore privato nazionale nell'aiuto allo sviluppo per tentare di rendere sostenibili nel tempo le iniziative e autonomi sul mercato i loro protagonisti. «Aiutarli a casa loro» può diventare il risultato di una connessione tra privati e cooperazione, tra internazionalizzazione di Pmi italiane e nascita di una vera imprenditorialità africana. Occorre muoversi in fretta, avverte Giro. Le imprese italiane coinvolte in queste iniziative sono ancora pochissime. Potremmo dire lavoriamo per poter dire «Aiutiamoci a casa loro».

Scriveva un grande credente italiano, David Maria Turolto:

«La terra è una nave sulla quale siamo imbarcati tutti, magari c'è chi viaggia in prima classe, chi in seconda e chi nella stiva, e sarà opportuno fare in modo che tutti viaggino bene, ma non possiamo permettere che affondi, perché non ci sarà un'altra Arca di Noè che ci salverà»¹².

¹² D.M. Turolto, *Profezia della povertà*, Servitium, 1998, p. 30.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org